

Servizi di ADR la Mediazione per “uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”

La fonte normativa del D.L.vo n.28/10 come noto è la L. n.69/09 art.60 che, a sua volta, ha dato esecuzione alla direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

A fronte delle polemiche suscitate dall'entrata in vigore, in Italia, di tale disciplina e degli strumenti anche giurisdizionali posti in essere per impugnarne taluni aspetti di illegittimità ovvero incostituzionalità, vorrei soffermarmi su alcune affermazioni riportate nei *Considerando* che premettono il testo comunitario ed esprimere alcune riflessioni sugli obiettivi sostanziali ad esso sottesi.

Nel primo *considerando* si legge testuale: “*La Comunità si è prefissa l'obiettivo di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone. A tal fine, la Comunità deve adottare, tra l'altro, le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile necessarie al corretto funzionamento del mercato interno.*”

Prosegue quindi qualificando come fondamentale il principio dell'accesso alla giustizia e ricorda come il Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 abbia invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative.

E' evidente, infatti, che la maniera più rapida ed efficace di ottenere un omogeneo percorso che consenta alle persone di accedere alla giustizia sia superare le peculiarità dei diversi istituti di diritto processuale interni, garantendo un appropriato sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie in materia civile e commerciale.

Le disposizioni della direttiva dovrebbero applicarsi alle controversie transfrontaliere ma “*nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni.*”

La mediazione quindi è definita come valido strumento di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale.

Gli accordi risultanti da tale attività hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.

Alla luce di tali principi si comprende come il d.lg.vo n.28/10, se pur perfettibile, possa darne concreta attuazione e fare sì che il territorio nazionale sia parte di quello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che la Comunità vuole garantire.

Conoscere la mediazione così come altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie è quindi importante in particolare per gli Avvocati, che sono chiamati ontologicamente a fare da raccordo tra i cittadini e le leggi.

Tale strumento peraltro va ad inserirsi in un quadro normativo già volto, per taluni settori, alla promozione di procedure di conciliazione alternative e comunque in parallelo alla giustizia ordinaria.

A riguardo il d.lg.vo n.28/10, con l' art. 5 c.1 per le materie ivi indicate (*diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno da responsabilità medica e sanitaria e diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari*), richiede l'esperimento obbligatorio della mediazione ovvero il procedimento di

conciliazione previsto dal D.L.vo 8 ottobre 2007 n.179 ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art.128-bis del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al d.lg.vo n.385/93. Questi tentativi di bonaria definizione delle controversie a tutela degli investitori quindi sono anch'essi a condizione di procedibilità ed alternativi a quelli avanti agli organismi ex D.L.vo n.28/10.

Lo spazio per il tentativo obbligatorio di conciliazione era altresì previsto dalla L. n.249/97 istitutiva dell'Autorità Garante delle Comunicazioni ed andava esperito presso i Corecom quale condizione di procedibilità per le azioni a tutela dei consumatori e degli utenti.

Inoltre il Codice del consumo (D.L.vo n.206/05) agli artt. 137,140,140bis prevede le azioni a tutela degli interessi collettivi e di classe esperibili avanti il Tribunale ovvero le Camere di Commercio ed organismi di conciliazione.

Anzi con riferimento alle azioni a tutela di interessi superindividuali, la mediazione civile, non trova applicazione restando esclusa da un'autonoma condizione di procedibilità ovvero dalla considerazione che la mediazione nell'azione di classe, non sia esperibile sino a quando non sia intervenuta la scadenza del termine di adesione. Questo al fine di garantire che non sia esperita una mediazione fin tanto che essa non sia allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata.(1)

Vorrei quindi richiamare l'art.23 del D.L.vo n.28/10 che abroga gli artt. da 38 a 40 del D.L.vo n.3/2005 sulla conciliazione societaria in quanto da ritenersi assorbito nel testo entrato in vigore che infatti ,in larga parte attinge al D.M.222/04 che ne dava attuazione. Pertanto deve ritenersi che la mediazione civile e commerciale sia esperibile anche per le controversie societarie. La delega contenuta nell'art.60 ha infatti abilitato il legislatore delegato a disciplinare la mediazione in relazione a tutte le controversie in ambito civile e commerciale, vertenti su diritti disponibili, così ponendo le basi per un assorbimento della conciliazione societaria nell'alveo della nuova normativa.(2).

L'art.23 comma 2 ,invece, fa salvi i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione,comunque denominati. Si riferiva ad esempio ai procedimenti in materia lavoro (art. 410 c.p.c.)oggi modificati dal collegato lavoro -L.183/2010- ed ai procedimenti disciplinati dall'art.46 della l. n. 203/1982 in tema di contratti agrari.

Da questa panoramica si evince quanto spazio dell'attuale contenzioso sia destinato anche da precedenti interventi normativi, alla procedura di mediazione e conciliazione.

Di qui l'importanza che sin dal primo impatto il conflitto sia gestito con competenza e nell'ottica di dare concreta attuazione al tentativo di conciliazione.

Sin ora gli organismi a ciò preposti, Uffici Provinciali del lavoro, Corecom,sezioni del Tribunale non disponevano di personale ed organizzazione univocamente attrezzati e preparati ad assolvere tale compito.

Di fatto il tentativo non veniva esperito, le parti non venivano concretamente coinvolte né si dava opportunità all'ascolto delle loro effettive esigenze e pretese.

La mediazione nella sua ultima accezione ,ex D.L.vo 28/10, dovrebbe dare spazio proprio a quelle pretese-non esclusivamente di diritto- cui le parti hanno interesse- Uno spazio di libertà , nel senso di una procedura organizzata ma svincolata dai meccanismi processuali, ove ottenere giustizia sostanziale.

Vorrei qui soffermarmi sulla riflessione che principi quali: *tempus regit actum*,del contraddittorio, dell'onere della prova, della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato sono conquiste della dottrina processuale che vanno ritenute assorbite ormai dagli operatori del sistema giustizia e che devono permeare anche le stanze, gli spazi della mediazione.

Qui si ha la possibilità di aggiungere elementi creativi-non arbitrari- al percorso di giustizia.

Il fine è infatti garantire non solo una pronuncia conforme ai principi costituzionali e di diritto ma di effettiva e sostanziale soddisfazione per le parti coinvolte.

L'accordo raggiunto quale considerazione positiva del conflitto insorto tra le parti

ed il suo componimento dovrà tenere conto di tutta la cultura giuridica sino ad oggi maturata ma anche arricchirsi di quel portato pragmatico che ogni mediatore dovrà tradurre nell'esercizio della propria attività.

L'accordo scaturito dall'attività di mediazione non è quindi svuotato di contenuto giuridico ma arricchito di elementi atti a renderlo calzante per la fattispecie.

La legge è per sua natura generale ed astratta, la fattispecie di diritto positivo è anch'essa necessariamente astratta.

Il buon giurista cerca di rintracciare per il caso concreto, la norma, l'istituto giuridico più calzante per darvi tutela.

La mediazione, come in altri ambiti, è un servizio che dovrebbe "tagliare l'abito su misura" per le parti coinvolte.

Nell'occidente così sviluppato ed organizzato non basta più una soluzione sulla carta, una sentenza formalmente esecutiva.

Occorre che le parti, a monte, abbiano partecipato alla sua stesura e ne diano attuazione perché condivisa.

Potrebbe apparire utopistico, ma le persone hanno maggiore cultura e maggiori aspettative di giustizia troppo a lungo rimaste frustrate sia a causa della lunghezza dei processi che dalla "disobbedienza"-inadempimento- delle obbligazioni nascenti dalle sentenze, non meramente dichiarative, cui non sempre la fase esecutiva dà attuazione.

Ecco perché i tempi sono maturi per questa rivoluzione copernicana, le parti e la complessità dei loro rapporti al centro del procedimento.

Un procedimento che se dipanato da Organismi seri e da mediatori competenti dovrebbe dare attuazione concreta alle istanze richiamate in principio.

La comunità europea non è più solo un Mercato ma uno spazio ove le persone, i cittadini degli stati membri, si incontrano, si sposano, intessono relazioni commerciali e non: per questo ne va garantita la libertà, sicurezza e capacità di ricevere tutela, id est, giustizia.

Avv. Maria Francesca Corradi

(1) commento all'art.5 d.lg.vo n.28/10 di G.de Paolo-L. D'Urso-R.Gabellini "Il ruolo dell'Avvocato nella mediazione"ed. Giuffrè

(2) idem

Pubblicato su M&A Mediazione e Arbitrati maggio 2011