

Le Circolari della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro

N. 11 del 28.09.2010

Oggetto: Mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali.

La disciplina.

Il 4 marzo 2010 è stato approvato il decreto legislativo n. 28, attuativo dei principi contenuti nella legge delega n. 69 del 19 giugno 2009, in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali.

All'articolo 1 del citato decreto, la mediazione viene definita 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 (mediazione compositiva), sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa (mediazione propositiva)".

La conciliazione si perfeziona nella composizione della lite, a seguito dell'attività di mediazione. Sebbene si tenda a sovrapporre i due concetti di "mediazione" e "conciliazione", il legislatore ha voluto connotarli in modo differente sotto il profilo lessicale definendo la "mediazione" come l'attività, svolta dal mediatore, tesa alla definizione della controversia e la "conciliazione" come il risultato del procedimento di mediazione.

La *ratio* del legislatore è quella di incentivare il ricorso a procedure alternative di risoluzione delle controversie, intento che si sostanzia nella possibilità di avvalersi della mediazione per tutte le controversie concernenti diritti disponibili e con la previsione della stessa quale condizione di procedibilità (mediazione obbligatoria) nelle controversie individuate dal D.Lgs. n. 28 in materia di:

- condominio;
- diritti reali;
- divisione;
- successioni ereditarie;
- patti di famiglia;
- locazione;
- comodato;
- affitto di aziende;
- risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti,
- risarcimento del danno derivante da responsabilità medica;

- risarcimento del danno derivante da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità;
- contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Le esclusioni dal regime di improcedibilità sono espressamente individuate dal comma 4 dell'articolo 5.

La mediazione – la cui obbligatorietà scatterà dal 20 marzo 2011 – ha dunque lo scopo di raggiungere soluzioni transattive, deflazionando il contenzioso giudiziale attraverso la ricerca di un accordo amichevole per la definizione di una lite e si esplica in un'attività tesa alla formulazione di proposte per la risoluzione della stessa. Tutti questi compiti sono svolti dal mediatore.

La mediazione e la conciliazione vengono così normate come attività prodromiche al processo civile e divengono strumento obbligatorio da esperire da parte di chi voglia esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia avente ad oggetto le materie menzionate (art. 5). Si tratta di procedure "alternative", aventi cioè natura giuridica diversa sia dall'arbitrato sia dal processo, poiché si concludono attraverso i procedimenti previsti dal D.Lgs 28, con un accordo conciliativo e non con sentenza o lodo.

In caso di mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione l'improcedibilità potrà essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o potrà essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza.

Gli organismi di mediazione e la figura del mediatore.

Secondo il dettato dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 28 il mediatore viene definito come *"la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo"*.

Il tutto va letto senza dimenticare lo spirito della norma, vale a dire semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia: fornire quindi una soluzione stragiudiziale, come tale più celere e strutturata in base alle esigenze delle parti, che si svolge peraltro senza formalità.

Il mediatore è un soggetto terzo, neutrale, indipendente e imparziale nonché specificatamente preparato per aiutare le parti a gestire la controversia e raggiungere un accordo. E' privo, in ogni caso, del potere di dare giudizi o prendere decisioni vincolanti per le parti.

Al mediatore è inoltre fatto obbligo di:

- a) sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento;
- b) informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione;
- c) formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative;

d) corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo.

Gli organismi che possono svolgere la mediazione sono individuati negli Enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza: questi possono istituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione nelle materie individuate dal decreto legislativo 28. Gli organismi devono essere iscritti a un apposito registro: la domanda di iscrizione va depositata presso il Ministero della Giustizia unitamente al proprio regolamento di procedura e al codice etico.

Anche i Consigli degli Ordini professionali possono istituire, per le materie riservate alla loro competenza e previa autorizzazione del Ministero della Giustizia, organismi speciali, avvalendosi di proprio personale.

Il procedimento di mediazione.

La domanda di mediazione concernente le controversie sopra elencate è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo abilitato: questa deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa (c.d. *causa petendi*).

Il legislatore ha previsto una sorte di litispendenza: in caso di più domande riguardanti la stessa controversia, la mediazione si svolge dinnanzi all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda.

La regola generale per la procedura di mediazione è il rinvio alla disciplina definita dall'organismo scelto dalle parti: il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

Dal 20 marzo scorso è inoltre entrato in vigore l'obbligo di informativa al cliente da parte del difensore, per gli incarichi assunti a partire da tale data: questo deve avvenire mediante atto scritto da far sottoscrivere all'assistito e da allegare al ricorso introduttivo. L'avvocato – all'atto del conferimento dell'incarico – deve dunque informare l'assistito circa la possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, nonché dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto: in tal senso il Consiglio Nazionale Forense, il 16 marzo 2010, ha predisposto un apposito fac-simile dell'informativa.

All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti, non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.

L'articolo 5, comma 6 del D.Lgs. 28 ha poi previsto che, dal momento della comunicazione all'altra parte, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale, quindi interruzione e sospensione del relativo termine. L'attività di mediazione deve concludersi entro 4 mesi dal deposito dell'istanza presso l'organismo di mediazione.

A garanzia dell'autonomia del procedimento, la norma stabilisce poi che le dichiarazioni rese nel corso dello stesso non possano essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto della mediazione; allo stesso modo il mediatore non può essere chiamato a deporre né in giudizio né dinnanzi ad altra autorità.

Al termine del procedimento (c.d. conciliazione valutativa), o in qualsiasi momento dietro espressa e concorde richiesta delle parti (c.d. conciliazione aggiudicativa), il mediatore potrà effettuare una proposta conciliativa che – se rifiutata – e successivamente confermata in sede giudiziale, potrà essere tenuta in considerazione da parte del giudice quale elemento per una diversa ripartizione delle spese inerenti la controversia.

Se si raggiunge l'accordo di conciliazione, il relativo verbale – redatto dal mediatore – può essere omologato, su richiesta di parte, con decreto del presidente del Tribunale competente e costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Nel caso invece di esito negativo del procedimento, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta e delle ragioni del mancato accordo: a tal punto, nel caso delle materie soggette alla condizione di procedibilità, è consentito alle parti di iniziare il processo civile.

I vantaggi della mediazione.

In primo luogo va detto che tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.

L'*appeal* della mediazione consiste inoltre in agevolazioni di natura fiscale: esenzione da marchi o bolli per il procedimento di mediazione; esenzione dell'imposta di registro sull'accordo transattivo, entro il limite di valore di 50.000 euro; credito d'imposta alle parti pari all'indennità corrisposta al mediatore, con un tetto massimo di 500 euro, in caso di successo dell'attività di mediazione.

Come sopra accennato gli effetti del procedimento possono avere anche riflessi in termini di ripartizione delle spese processuali, rendendo così la conciliazione conveniente alle parti.

Al mediatore, indipendentemente dall'esito della mediazione, sarà dovuta una somma pari all'importo che verrà determinato dal Governo attraverso i decreti attuativi della legge.

Da ultimo vi è un altro aspetto interessante: ferme le ipotesi in cui la mediazione è obbligatoria, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione (c.d. conciliazione delegata).

Il ruolo dei Consulenti del lavoro.

La mediazione civile e commerciale vede entrare a pieno titolo la figura dei Consulenti del Lavoro, quali garanti *super partes* e mediatori nelle controversie: a tal proposito, il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro è incluso nell'ambito degli organismi deputati a gestire le procedure di mediazione.

Un nuovo ruolo e una professionalità che va dunque ad arricchire le competenze dei Consulenti del Lavoro ma che dovrà essere oggetto di specifica formazione, altamente qualificata, come imposto dalla normativa in esame. Questa deve essere finalizzata all'acquisizione, da parte degli iscritti, delle competenze professionali necessarie alla

gestione dei procedimenti di mediazione, nonché a promuovere la cultura degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali.

In particolare va segnalato che sul tema il Consiglio Nazionale dell'Ordine ha già attivato i corsi per mediatori, tramite la Fondazione Studi, nonché la costituzione dell'Organismo di conciliazione.

Riferimenti normativi.

- Direttiva CE 21 maggio 2008 n. 2008/52
- Legge 18 giugno 2009 n. 69 – G.U. 19 giugno 2009 n. 140
- Decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 – G.U. 5 marzo 2010 n. 53

Fondazione Studi
Il Presidente
Rosario De Luca

