



A.D.R.

Alternative Dispute Resolutions

Il recepimento della direttiva europea ed i riflessi nel comparto dei centri commerciali.

Il 28 ottobre 2009, il Consiglio dei Ministri ha approvato uno schema di decreto legislativo che, in attuazione della delega conferita al Governo dalla legge n. 69 del 2009 introduce la disciplina obbligatoria della mediazione finalizzata alla conciliazione di tutte le controversie in materia civile e commerciale, con obiettivi di deflazione del contenzioso e di diffusione della cultura del ricorso a soluzioni alternative a quelle giudiziali.

Lo schema di decreto, recepisce la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, 2008/52/Ce, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, con particolare riferimento all'introduzione delle cd ADR: *Alternative Dispute Resolution*.

La Comunità, fin dalla riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, aveva invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali ed alternative di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale per poi presentare, il 19.04.2002, un *Libro Verde* espressamente dedicato alla materia.

Il Libro verde, nel diritto europeo, è una comunicazione con la quale viene illustrato un determinato settore da disciplinare e le relative linee guida comunitarie. Fa parte dei c.d. atti "atipici" previsti, ma non disciplinati, dal Trattato CEE e quello del 19.04.2002, aveva appunto come obiettivo, quello di avviare un'ampia consultazione degli ambienti interessati nel campo della risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale.

Il Libro del 19.04.2002, nella sua parte di sintesi, espressamente enunciava come << *modi alternativi di risoluzione delle controversie in campo civile e commerciale (in appresso designati, ai fini del Libro verde e per convenzione lessicale, come "ADR", che sta per "Alternative Dispute Resolution") sono oggetto di un rinnovato interesse all'interno dell'Unione europea, per tre ragioni. In primo luogo, ci si è resi conto del rinnovamento che conoscono sul campo i metodi di ADR, a beneficio dei cittadini, il cui accesso alla giustizia risulta migliorato. Secondo, l'ADR è oggetto di una particolare attenzione da parte degli Stati membri, attenzione che a volte si traduce in iniziative legislative. Infine, l'ADR rappresenta una priorità politica - più volte riaffermata - per le istituzioni dell'Unione*

europea cui spetta il compito di promuovere tali metodi alternativi, di garantire il miglior contesto possibile per il loro sviluppo, e di cercare di garantirne la qualità. Questa priorità politica è stata messa in particolare evidenza nel settore della società dell'informazione, dove, in particolare, è stato riconosciuto il ruolo dei nuovi servizi on line di risoluzione delle controversie ("ODR", che sta per "Online Dispute Resolution") in materia di risoluzione delle controversie transfrontaliere su Internet.>>

La successiva direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, 2008/52/Ce rilevando che << *La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti...*>> ha infine dettato le regole della materia con il relativo obbligo per gli Stati membri di recepirle nell'ambito dei rispettivi ordinamenti nazionali.

La mediazione, risponde certamente alle più elementari e naturali esigenze connesse con la vita all'interno di una qualunque struttura sociale. La risoluzione delle controversie, sottratta ad un giudice togato e demandata ad un soggetto terzo, affidabile rispetto ad entrambi i contendenti, affonda le proprie origini nell'antichità salvo poi, progressivamente, aver lasciato il posto all'egemonia della giustizia amministrata dallo Stato, vuoi per la progressiva espansione delle strutture sociali e della loro complessità, vuoi per il progressivo imbrigliamento della mediazione, delle sue forme e procedure, nell'ambito di meccanismi, come l'arbitrato, analoghi a quelli della procedura ordinaria.

Da circa un ventennio, sia per l'intrinseca utilità sociale della mediazione sia per la necessità di recepire gli indirizzi comunitari che si sono mano a mano sviluppati sia, infine, per l'esigenza di sopperire al bilancio fallimentare della giustizia amministrata dallo stato, il legislatore italiano ha avviato un percorso teso all'espansione ed al consolidamento di procedure conciliative, a partire dalla legge di riforma del 1993 della CCIAA con la conseguente costituzione delle prime Camere di Conciliazione sino ad arrivare alla riforma del diritto societario ex d.lgs. 5/2003, con l'istituzione del Registro degli Organismi di Conciliazione pubblici e privati presso il Ministero della Giustizia.

La legge 69/2009, con la delega prevista dall'articolo 60 di cui si è fatto cenno, appare portatrice del maggior carico riformatore della materia, proprio a cominciare dall'introduzione dell'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, per la conseguente incidenza sull'intera struttura processuale della giustizia ordinaria ma, prima ancora, nei rapporti fra i privati e nei costumi.

L'art.5 dello schema di decreto, infatti, prevede che <<*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di **condominio**, diritti reali, divisione,*

*successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari deve esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n.179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. **L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale...>>***

La portata della nuova normativa nel comparto dei centri commerciali, appare evidente e gli operatori del settore, i costruttori, i fondi d'investimento, le società di gestione, gli affittanti, gli affittuari ecc., debbono, rapidamente, confrontarsi sulla materia ed approntare idonei strumenti ed apparati in grado di adeguarsi alla stessa.

Gli stakeholders sono ormai universalmente riconosciuti, dalla scienza e dalle prassi aziendalistiche, come una tra LE PRINCIPALI FORME DEL PATRIMONIO E DELLA RICCHEZZA DI UNA AZIENDA. Il vantaggio del ricorso alle ADR è che con esse non si distruggono relazioni faticosamente costruite negli anni con partners, fornitori, soci, dipendenti, collaboratori, in presenza di una crisi di rapporti, talvolta secondaria o del tutto occasionale. Crisi di rapporti che invece quando sfocia in una lunga lite giudiziaria mette, come è esperienza di tutti in pericolo le relazioni tra le parti anche se ottime fino a quel momento, o le lascia comunque inutilizzate per tutta della durata della lite, distruggendo tutto il lavoro e le risorse aziendali che erano state investite proprio per creare e mantenere quelle relazioni, ritenute essenziali per la vita e lo sviluppo della “mission” aziendale.

La locuzione rappresentata dall'acronimo ADR, contiene già nella sua interpretazione letterale, la rappresentazione della sostanza .

Si tratta di un metodo di risoluzione delle controversie “alternativo”, rispetto ai metodi “tradizionali”.

E' ovviamente un metodo alternativo rispetto a quello del ricorso al giudice ordinario ed alla sua funzione alla quale, addirittura, si contrappone escludendola.

E' un metodo che non ha neppure nulla a che vedere con l'istituto dell'arbitrato (rituale o irrituale che sia), né sotto il profilo della sostanza né sotto quello dell'impianto procedurale che, nell'arbitrato, finisce per scimmiettare quello del rito ordinario.

Il metodo alternativo, nella ratio dello schema di decreto, è costituito dalla mediazione, intesa come attività maieutica, diretta alla eliminazione del conflitto fra le parti in un'ottica volta all'abbandono del tradizionale criterio *win-lose* per dare ingresso a quello *win-win*.

L'art.1 dello schema di decreto definisce la **mediazione** 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, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”* e la **conciliazione**, *“la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”*.

La norma prevede che la mediazione debba essere svolta da un **organismo** definito come *“l'ente pubblico o privato, abilitato a svolgere il procedimento di mediazione, privo dell'autorità di imporre alle parti una soluzione della controversia”*.

L'esperimento della mediazione, reso obbligatorio ai sensi dell'art. 5 dello schema di decreto sopra trascritto, diviene **condizione di procedibilità dell'eventuale domanda giudiziale**.

Tale è l'aspettativa del legislatore e la volontà che l'esperimento non si traduca in mero adempimento formale, che all'art.3 dello schema di decreto è stato previsto che *“l'avvocato è tenuto, nel primo colloquio con l'assistito, a informarlo della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto, a pena di nullità del contratto concluso con l'assistito. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione”*

E non solo, anche una volta instaurato il giudizio (in qualche modo analogamente a quanto già previsto dall'attuale art. 185 c.p.c.) è previsto che *“il giudice, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può in qualunque momento invitare le parti con ordinanza a procedere alla mediazione”*.

A rafforzare la comunanza fra il procedimento ordinario e l'arbitrato e le differenze rispetto al ricorso all'ADR, è espressamente previsto che la condizione di procedibilità sopra indicata, si applica anche ai procedimenti arbitrali mentre viene espressamente esclusa nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile; nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile; nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; nei procedimenti in camera di consiglio e nell'azione civile esercitata nel processo penale.

Se l'ADR deriva anche dell'esigenza deflattiva del contenzioso ordinario, è assai naturale che per il relativo procedimento sia stata prevista una durata breve, non superiore a quattro mesi.

Per quanto attiene al procedimento, lo stesso è improntato ad una sostanziale assenza di formalità. E' previsto che, all'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designi un mediatore e fissi il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda, dandone immediata comunicazione all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.

Il ruolo del mediatore è individuato nell'attività dallo stesso svolta *“affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia”* ed è previsto che nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo possa nominare dei “mediatori ausiliari”.

Il mediatore, è un “facilitatore”, un soggetto in grado di consentire, appunto, di facilitare il confronto fra i contendenti affinché loro, e solo loro, pervengano autonomamente alla conciliazione: ad individuare un punto di incontro inteso non nel senso tradizionale e codicistico della transazione (art. 1965 c.c.: reciproche concessioni e conseguenti rinunce) bensì nel senso di nuova regolamentazione dei loro rapporti nell'ottica del mantenimento degli stessi.

E' evidente che il successo di una simile aspettativa, ben difficilmente potrà derivare dalla sola imposizione normativa senza prima passare attraverso un profondo mutamento dei costumi e del radicamento di una diffusa consapevolezza sociale delle potenzialità e dei benefici intrinseci della mediazione, sia sotto il profilo sociale che economico.

Un procedimento così strutturato, si fonda sulla possibilità delle parti, di esternare e rappresentare liberamente le proprie posizioni così come gli elementi di forza ovvero di debolezza delle proprie posizioni: sulla necessità di “scoprire le rispettive carte” in maniera preventiva rispetto ad un eventuale giudizio.

L'unica possibilità affinché la mediazione, nel senso previsto dal legislatore, possa avere successo è che tutto questo possa accadere ed accada veramente, senza ritrosie ed omissioni da parte dei contendenti.

E' pertanto evidente che, elemento nodale del procedimento, è la tutela della riservatezza e delle informazioni emerse nel corso del procedimento medesimo.

A tal fine, l'art.9 dello schema di decreto prevede che *“Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione”* ed al successivo art. 10 che *“Salvo diverso accordo delle parti, 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. Sulle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale. Il mediatore non può essere tenuto a deporre sulle dichiarazioni e sulle informazioni conosciute nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità”*.

La terzietà del mediatore è garantita dall'art. 14 che prevede come il mediatore debba sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità e come allo stesso ed ai suoi ausiliari sia fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, ad eccezione di quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio nonché di percepire compensi direttamente dalle parti.

Al termine della mediazione, qualora la mediazione riesca, è previsto che il mediatore formi processo verbale al quale deve essere allegato il testo dell'accordo sottoscritto dalle parti mentre, nel caso contrario, quando l'accordo non è raggiunto, è previsto che il mediatore debba formulare una proposta di conciliazione rispetto alla quale le

parti sono tenute a far pervenire la loro eventuale accettazione o il loro rifiuto (in mancanza la proposta si ha per rifiutata).

In ipotesi di mancata conciliazione e di successivo giudizio, lo schema di decreto prevede, con evidente intento sanzionatorio oltre che deterrente, che il giudice debba escludere la *“ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto.”*

Il verbale di accordo, omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo (nelle controversie transfrontaliere dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione) costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

L'art. 16 dello schema di decreto, introduce la figura istituzionale degli organismi di mediazione, generalizzando il sistema già previsto per la conciliazione societaria di cui al d.lgs. n. 5 del 2003. In particolare, viene prevista la formazione di sezioni separate, per i mediatori che trattino controversie particolari, tra cui quelle disciplinate dall'articolo 141 del codice del consumo e quelle che presentano elementi di internazionalità, nonché l'istituzione, sempre con decreto, di un albo dei formatori con il chiaro intendo di stimolare il decisivo profilo di professionalità dei mediatori.

lo schema di decreto prevede altresì che i consigli degli ordini forensi e le camere di commercio possano costituire organismi che facciano uso del proprio personale e dei locali messi a disposizione dal presidente del tribunale.

Al fine di incentivare il ricorso alla mediazione, lo schema di decreto prevede un regime di esenzione fiscale, che è integrale con riferimento all'imposta di bollo e parziale con riferimento all'imposta di registro (quest'ultima non è infatti dovuta per i verbali di conciliazione entro il limite di valore di 51.646 euro) mentre, sempre con la medesima finalità, è previsto che con appositi decreti da parte del Ministero della Giustizia, vengano determinati: l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici e il criterio di calcolo; i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati; le maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione; le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità.

Roma 01 febbraio 2010

Avv. Roberto Folgori

Avv. Giovanni Bizzarri