

Francesco Sandrino Ratta¹
Dottore in Giurisprudenza e in
Scienze dei Servizi Giuridici, Lecce

Mediazione civile e conciliazione

03 novembre 2010

Abstract

In questo intervento l'autore cerca di chiarire alcuni termini che assumono una diversa connotazione e un diverso significato secondo il contesto in cui vengono posti. Pertanto si tenta una comparazione tra la definizione giuridica e quella corrente della lingua italiana, con particolare riferimento alle innovazioni legate alla disciplina della mediazione conciliativa.

Parole chiave: conciliazione stragiudiziale e giudiziale, ADR, transazione, negoziazione, mediatore, mediazione, arbitraggio, conciliazione endoprocessuale, conciliazione stragiudiziale, conciliazione amministrata,

Si fa un gran parlare di “conciliazione”, “mediazione”, “ADR (Alternative Dispute Resolution) ed altro ancora”. In modo semplice e schematico vorrei fare dei distinguo attingendo sia dal significato letterale e poi anche da quello giuridico e, in tal modo, cercare di facilitare il lettore anche nell'interpretazione corretta, secondo che l'argomento sia di tipo giuridico, sociologico, commerciale o altro.

Conciliazione (stragiudiziale e giudiziale):

- è l'accordo con il quale le parti decidono di definire una controversia, di regola mediante l'intervento di un terzo (il conciliatore).
- La composizione della lite che avviene di solito davanti al giudice, il quale cerca di ottenere che le parti, facendosi reciproche concessioni, pongano fine alla controversia. La conciliazione si distingue dalla transazione, essendo quest'ultima il risultato della volontà negoziale delle parti, non prevedendo l'intervento di terzi.
- La conciliazione, in campo giuridico, è il procedimento attraverso cui un terzo aiuta le parti a comporre una lite. Si dice *giudiziale*, quando il terzo è un giudice, di solito quello che è già stato adito per decidere la controversia; *stragiudiziale* - che è propriamente una forma di ADR, *Alternative Dispute Resolutions* - quando è svolta al di fuori del giudizio, ed è riservata ad un conciliatore, ovvero un soggetto anche professionale, che funge da mediatore. In tutti i casi, la conciliazione presuppone una libera determinazione delle parti, anche se raggiunta con l'aiuto di un terzo

Transazione:

- è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro (art. 1965 c. 1 cod. civ.).
- Operazione commerciale che comporta il trasferimento di beni, servizi, moneta, crediti o titoli in genere acquistati o forniti in cambio di un corrispettivo economico o gratuitamente (*transazione unilaterale*). Le transazioni che non danno luogo a trasferimenti materiali di beni, come, per es., i redditi da fattori produttivi, prendono il nome di *transazioni invisibili*.
- Nell'ordinamento civile italiano la transazione è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che potrà sorgere tra di loro. Tale nozione è accolta dal codice civile all'art. 1965.

¹ AMCI – Associazione Mediatori e Conciliatori Italiani

Negoziazione:

- trattative, di norma mediante un terzo in qualità di negoziatore, per giungere ad un accordo cosiddetto negoziato.

L'opera, l'attività di negoziare; è termine particularum usato nel diritto internazionale per indicare l'insieme di trattative che portano a un accordo tra stati, e nella pratica commerciale e bancaria per indicare affare di compravendita o affare di banca: *distinta di negoziazione*, documento compilato da una banca, relativo alla compravendita di divise estere; *negoziazione alle grida*, contrattazioni che si fanno in borsa con offerta e domanda a voce alta.

- Negoziazione è il termine con cui si indica la conduzione di un negozio, ovvero un affare, una trattativa (non solo in senso economico). Più in generale significa avere un'interazione con un altro soggetto al fine di conseguire i reciproci obiettivi.

- Uno degli scopi della negoziazione può essere di massimizzare il proprio beneficio (o profitto) indipendentemente da quello della controparte, ma in generale il concetto di negoziazione indica l'attività che coinvolge due o più individui o gruppi di persone che comunicano interattivamente gli uni con gli altri con lo scopo di raggiungere un accordo in merito a qualcosa.

Mediazione:

- è una modalità di approccio efficace alla gestione positiva dei conflitti. Il suo obiettivo è quello di condurre le parti in disaccordo ad individuare una soluzione mutualmente accettabile e soddisfacente per entrambe attraverso l'ausilio di un terzo neutro: il mediatore.

Chiamando in causa nel proprio processo gli stessi attori della controversia e conducendoli all'individuazione di una soluzione al conflitto *in cui non ci siano né vincitori né vinti*, la mediazione offre un modo di affrontare il tema del conflitto come una dimensione naturale nel processo di evoluzione di un sistema organizzato, che trova applicazione in ogni ambito della vita sociale.

- La mediazione civile (oppure mediazione civile e commerciale, secondo la definizione della Comunità Europea che ne ha richiesto l'adozione sin dal 2008) è un istituto giuridico, introdotto con il Decreto Legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, per la composizione dei conflitti tra soggetti privati relativi a diritti disponibili. L'istituto è finalizzato alla deflazione del sistema giudiziario italiano rispetto al carico degli arretrati e al rischio di accumulare nuovo ritardo. Esso, infatti, rappresenta uno dei pilastri fondamentali della riforma del processo civile.

La mediazione civile è sostanzialmente suddivisa in due tipologie: mediazione obbligatoria e facoltativa.

- Nel primo caso, la mediazione costituisce *condizione di procedibilità*, ossia è condizione necessaria per poter avviare il processo e riguarda una serie di situazioni individuate con specifica cura. Si tratta di cause in cui il rapporto tra le parti è destinato a prolungarsi anche oltre la definizione della singola controversia (ad esempio, la locazione, l'affitto d'azienda, le successioni ereditarie, il condominio). Oppure di rapporti particolarmente conflittuali che si prestano ad essere meglio composti in via stragiudiziale (danni da circolazione dei veicoli, responsabilità medica, diffamazione). Oppure ancora, in presenza di alcune tipologie contrattuali (contratti assicurativi, bancari, finanziari).

- Nella mediazione facoltativa, invece, le parti scelgono liberamente la via della composizione stragiudiziale della lite.

La mediazione civile può essere inoltre demandata dal giudice il quale può invitare le parti a risolvere il loro conflitto davanti agli organismi di conciliazione, quando la natura della causa e le risultanze dell'istruttoria lo suggeriscano.

Così come delineata dal Decreto Legislativo 28/2010, la mediazione civile rappresenta uno strumento rapido ed economico anche in considerazione del fatto che sono previste agevolazioni fiscali sotto forma di credito di imposta per i compensi versati al mediatore.

La mediazione civile ha lo scopo di far addivenire le parti ad una conciliazione attraverso l'opera di un *mediatore*, vale a dire un soggetto professionale, qualificato e terzo che aiuti le parti in conflitto a comporre una controversia. Il mediatore assiste le parti nella ricerca di una composizione non giudiziale del problema senza attribuire ragioni e torti.

Il compito principale del mediatore (organismo pubblico o privato controllato dal Ministero della Giustizia) è quello di condurre le parti all'accordo amichevole. Soltanto in caso di richiesta congiunta e concorde delle parti, egli può proporre alle stesse una soluzione della controversia.

Il decreto legislativo distingue nettamente l'istituto della mediazione civile da altre forme di conciliazione già esistenti nell'ordinamento giuridico italiano. L'atto, infatti, dispone che per *mediazione civile* debba intendersi l'attività finalizzata alla composizione di una controversia e che, invece, la *conciliazione* sia il mero risultato di tale attività. Tale distinzione è stata ben evidenziata per sottolineare il fatto che la mediazione civile, rispetto a precedenti istituti finalizzati alla composizione dei conflitti, sia uno strumento innovativo di portata generale riguardante tutte le controversie civili e commerciali.

Mediatore:

- Il Codice Civile definisce nell'articolo 1754 la figura del mediatore come colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza.

Il mediatore può rappresentare una delle parti solo nelle fasi esecutive del contratto, ovvero dopo la sua conclusione. Il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti, se l'affare è concluso per effetto del suo intervento. La misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità.

- Mentre il D. lgs. 28/10 definisce la nuova figura di mediatore così: “ 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 (art. 1), dettagliandone gli obblighi all'art.14 oltre a chiarire che il compenso, salvo i casi di gratuità, è di esclusiva pertinenza all'Organismo di Conciliazione secondo la tabella resa pubblica ed accettata dalle parti. Pertanto scompare il concetto di “provvigione” così come nella formulazione classica. Non sarebbe errato, pertanto, parlare nel primo caso di “mediatore d'affari” e nel secondo di “mediatore per la conciliazione”.

Tra la mediazione e la conciliazione vi è, pertanto, una differenza semantica e ontologica. Il mediatore non mira alla soluzione di conflitti e, tanto meno, ad una conciliazione (dal latino *cum calare*, “chiamare insieme”), che significa riunire, legare insieme, rendere amici, ma tenta di ridurre gli effetti indesiderabili di un conflitto più o meno grave, in altre parole di favorire una sospensione, almeno temporanea, delle ostilità e quindi una ripresa del dialogo tra persone che pacificamente possano riconoscersi differenti (riconoscimento dell'alterità e dell' alienità), al fine di consentire loro di riappropriarsi della propria attiva e responsabile capacità decisionale. Le parti confliggenti devono poter passare dalla condizione di “soggetto agito” e agitato dalle proprie reazioni emotive all'interno delle dinamiche del conflitto, a quella di “soggetto agente”, elaborando e proponendo esse stesse un progetto costruttivo di regolamentazione concordata del conflitto.

La mediazione si distingue dalla transazione per la natura, perché non è un contratto; per l'oggetto, che non è una lite (più volte richiamata, anche con sinonimi, nella disciplina codicistica; si vedano gli artt. 1965 e segg. cod. civ.) ma uno stato di conflittualità; per le modalità, in quanto non è finalizzata a reciproche concessioni ma ad un reciproco riconoscimento di diritti e di doveri. Tra l'altro, etimologicamente transazione deriva dal verbo latino *transigere*, che significa "spingere oltre", orientamento che non riguarda invece la mediazione (dal latino *mediare*, "essere a metà").

La conciliazione e la mediazione si avvicinano per la struttura ternaria e per la logica operativa di fondo, ossia il risultato deve essere condiviso dalle parti, ma i due mezzi differiscono tra loro per la professionalità dell'operatore e per lo scopo. La prima mira all'accordo, la seconda alla rielaborazione della comunicazione.

Il Decreto Legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, introducendo in Italia l'istituto della mediazione civile (obbligatoria o facoltativa), fa riferimento al termine *conciliazione*. L'intento però è quello di ridimensionare la portata di detto termine definendone espressamente il significato. La norma dispone infatti che, nell'ambito della mediazione civile, la conciliazione costituisca soltanto il semplice risultato del procedimento di mediazione civile e non il nome con cui identificare il nuovo istituto. Tutto questo allo scopo di distinguere la mediazione civile e commerciale da altre preesistenti forme di risoluzione delle controversie, quali appunto la conciliazione lavoristica o la conciliazione presso le Camere di Commercio.

Pertanto appare opportuno precisare che:

La conciliazione è diversa dall'arbitrato.

Riguarda l'ambito negoziale, mentre l'arbitrato, che pure costituisce una forma di risoluzione della controversia alternativa al processo, riveste carattere contenzioso e prevede la pronuncia del lodo, che è vincolante e determina un soccombente ed un vincitore rispetto alla controversia.

La conciliazione è diversa dall'arbitraggio. L'arbitraggio è finalizzato a dirimere le vertenze societarie in relazione alla gestione, e corrisponde all'ipotesi in cui la volontà dell'arbitratore concorre ad integrare la volontà delle parti che non sono riuscite a raggiungere l'accordo. Nell'arbitraggio non si ha dunque né conciliazione, perché l'accordo delle parti manca, né giudizio arbitrale in quanto non vi è alcun lodo che dirima la controversia.

La natura giuridica della conciliazione.

L'attività che il conciliatore compie è riconducibile ad un incarico ricevuto dalle parti. Il conciliatore non esplica alcuna funzione giurisdizionale, in quanto non emana alcuna decisione su diritti soggettivi - a differenza dell'arbitro - si limita a condurre le parti, con la sua autorevolezza, alla composizione della vertenza che avviene esclusivamente in virtù dell'incontro delle rispettive volontà. Le parti conciliandosi, senza dubbio, concludono un negozio che, secondo alcuni avrebbe natura transattiva, secondo altri sarebbe un negozio atipico che realizza interessi meritevoli di tutela. Tra le parti ed il conciliatore si instaura un rapporto negoziale oneroso, che trova giustificazione nella previsione dell'art. 1322 cod. civ., ed infatti è espressamente previsto che l'Organismo di conciliazione si munisca di un tariffario (modellato su uno schema previsto dalla legge) da presentare insieme all'istanza di iscrizione. Il conciliatore è figura vicina al prestatore d'opera, tanto più se si considera che il corrispettivo del conciliatore è dovuto anche se la conciliazione non riesce, il che per la mediazione non avviene.

Tipologie. Si distingue la conciliazione facilitativa, nel caso in cui il conciliatore si limiti ad agevolare le parti, promuovendo o favorendo il raggiungimento dell'accordo, dalla conciliazione valutativa, nel caso in cui il conciliatore formuli una o più proposte di accordo,

basandosi sulla valutazione delle opposte ragioni, in base alle leggi applicabili, naturalmente non vincolante.

E' possibile l'adozione di uno stile misto. Esiste poi la conciliazione endoprocedurale e quella stragiudiziale. La prima si svolge all'interno del processo e vede il giudice stesso in funzione di conciliatore. La seconda può essere attivata dalle parti in piena autonomia, sia in forza di una clausola contrattuale preesistente, (ad esempio nello statuto societario), sia in base ad un accordo successivo all'insorgere della controversia. In ogni caso il ricorso alla conciliazione è libero: le parti possono sempre ricorrervi, anche senza seguire le procedure dettate dall'articolo 40 del decreto legislativo. In tal caso, tuttavia, non sarà possibile che al tentativo di conciliazione, riuscito o meno, conseguano gli effetti previsti dalle norme in tema di processo societario, per ottenere i quali è necessario ricorrere ad un organismo di conciliazione autorizzato. Solo il tentativo di conciliazione posto in essere con le regole previste, sia che riesca o che fallisca, è in grado di produrre effetti anche in relazione all'eventuale futuro giudizio: ecco perché si tratta di una conciliazione amministrata ossia controllata dalla pubblica amministrazione.

A norma del citato dall'articolo 40 n. 8 del decreto legislativo, se la conciliazione riesce, il relativo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore, omologato dal competente Presidente del Tribunale, costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Se la conciliazione fallisce vi sono comunque effetti: si dovrà redigere verbale, ed il comportamento delle parti potrà essere valutato dal giudice nel successivo giudizio al fine della ripartizione delle spese di lite.

Curriculum Vitae dell'autore:

Francesco Sandrino Ratta

Lauree in Giurisprudenza e Scienze dei Servizi Giuridici, giornalista, è responsabile dell'Area "Affari Generali" e tutor aziendale per i tirocinanti della Facoltà di Economia dell'UniSalento, presso BCC di Leverano. Già consulente del lavoro, ha svolto incarichi di docenza e direzione in corsi di formazione professionale. Dirige la Collana "Appunti&Formazione" della Casa Editrice "Il Raggio Verde" di Lecce di cui è anche responsabile R.U. E' direttore responsabile e componente il comitato di redazione di riviste e periodici. Ha una notevole esperienza nel settore del volontariato come formatore e dirigente di associazioni Onlus. Ha frequentato i corsi intensivi CESD in mediazione e in comunicazione, con il patrocinio dell'Università e-Campus; è soggetto attuatore di un ciclo formativo in collaborazione scientifica con il Dipartimento scienze psicologiche, pedagogiche e didattiche dell'UniSalento; socio AMCI.

sanratta@alice.it

Bibliografia

Marzario M. (2009). <http://www.diritto.it>

Associazione Nazionale per l'Arbitrato & la Conciliazione <http://www.anpar.it>

Enciclopedia Universale Treccani . <http://www.treccani.it/Portale/ricerche/searchUniversale.html>

Wikipedia. <http://it.wikipedia.org>