

TOMASO GALLETTO

ART. 1

TESTO ARTICOLO

Definizioni

1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

((a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa));

b) mediatore: 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;

c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;

d) organismo: l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto;

e) registro: il registro degli organismi istituito con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 16 del presente decreto, nonchè, sino all'emanazione di tale decreto, il registro degli organismi istituito con il decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222.

ART. 2

TESTO ARTICOLO

Controversie oggetto di mediazione

1. Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto.

2. Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, ne' le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi.

* * *

DEFINIZIONI E ART. 2

1. *Le definizioni*

Secondo una tecnica legislativa ormai ampiamente diffusa l'art. 1 del D.Lgs. 28/2010, di seguito il "*Decreto*" offre le definizioni rilevanti ai fini della nuova normativa.

Viene dapprima definita la "*mediazione*", intesa quale attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con la formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa (art. 1, lett. a) come modificato dal "*Decreto del fare*" nel 2013).

La scelta così operata dal legislatore delegato di qualificare quale mediazione l'attività finalizzata a consentire alle parti di raggiungere un accordo per la composizione amichevole della controversia è fonte di qualche ambiguità, in quanto scinde l'attività dal risultato positivo di essa, che viene invece definita "*conciliazione*" ed è intesa quale composizione della controversia a seguito dello svolgimento della mediazione (art. 1, lett c)).

L'ambiguità deriva dalla necessità di distinguere nettamente la mediazione disciplinata dal *Decreto*, e della quale si è già richiamata la definizione normativa, rispetto alla mediazione definita dall'art. 1754 cod.civ. quale attività di 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.

E' evidente nella scelta operata dal legislatore delegato, la derivazione comunitaria della nozione di "*mediazione*", termine con il quale si è inteso tradurre la parola inglese *mediation* (utilizzato proprio nel mondo anglosassone per definire l'attività conciliativa, anche se non è inusuale rinvenire, specialmente in epoca più risalente, il termine *conciliation*¹).

La relazione illustrativa del *Decreto*, sul punto, sottolinea la irrilevanza della denominazione, eventualmente diversa, che le parti o coloro che svolgano tale attività attribuiscono alla medesima, nella consapevolezza della difficoltà di individuare una definizione che sia in grado di sintetizzare un fenomeno complesso ed eterogeneo che non può essere ricondotto a rigide formule definitorie.

Ciò che conta è la finalità dell'attività svolta, che è diretta ad agevolare le parti al raggiungimento di una soluzione stragiudiziale della controversia tra loro insorta.

Ma la definizione offerta dal legislatore ricomprende i due aspetti della mediazione ai quali si è fatto riferimento già in precedenza: l'attività di mediazione, infatti, consiste

¹ Ad esempio sia le norme suggerite dall'UNCITRAL nel 1980, sia la *Model Law* predisposta da tale organismo nel 2001, e poi approvata nel 2003, si riferiscono esplicitamente al fenomeno con il termine *conciliation*.

sia nella assistenza alle parti nella ricerca di un accordo amichevole (e quindi si riferisce alla c.d. “*mediazione facilitativa*”), sia nella attività di formulazione di una proposta di risoluzione della controversia (che ricade invece nel fenomeno della c.d. “*mediazione valutativa*”).

Sotto questo profilo la definizione legislativa non è esente da critiche, ritenendosi assai discutibile l’ipotesi che il mediatore formuli una autonoma proposta di conciliazione, che presuppone una scelta rispetto alle posizioni contrapposte, attività che esula da quella di assistenza alle parti affinché possa emergere tra queste ultime l’ipotesi di un accordo amichevole, risolutivo della controversia in sede non contenziosa.

Proseguendo nelle definizioni si individua quale “*mediatore*” la persona o le persone fisiche che individualmente o collegialmente svolgono l’attività di mediazione senza essere dotate del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per le parti.

La definizione rispecchia la caratteristica fondamentale del mediatore, che lo distingue nettamente dagli altri soggetti forniti di poteri agiudicativi, quali ad esempio gli arbitri.

Il mediatore, infatti, non attribuisce torti e ragioni, non esprime giudizi ed in ogni caso le valutazioni di quest’ultimo non possono in alcun modo vincolare le parti.

L’ente pubblico o privato presso il quale si svolge l’attività di mediazione, come in precedenza definita, è denominato “*organismo di mediazione*” e risulta il fulcro attorno al quale si sviluppa il procedimento di mediazione.

Il “*registro degli organismi di mediazione*” è quello istituito con decreto del Ministro della Giustizia ai sensi dell’art. 16 del *Decreto* (D.M. 180/2010).

2. L’ambito oggettivo della mediazione.

Ai sensi dell’art. 2 del *Decreto* possono formare oggetto di un procedimento finalizzato alla conciliazione le controversie in materia “civile e commerciale” vertenti su “diritti disponibili”.

Entrambe le fattispecie necessitano di essere approfondite.

L’espressione “*controversia civile e commerciale*” evoca la nozione di materia civile e commerciale, di derivazione comunitaria, introdotta dall’art. 1 della Convenzione di Bruxelles del 1968, oggi riprodotta all’art. 1 del Regolamento CE n. 44/2001.

Si tratta, com’è noto, di una nozione autonoma, adottata a livello comunitario per individuare l’ambito oggettivo di operatività della disciplina in tema di giurisdizione e riconoscimento della sentenza nello spazio giudiziario europeo, caratterizzato da profonde differenze degli ordinamenti statuali interessati, alcuni dei quali non conoscono una netta distinzione tra il diritto privato ed il diritto pubblico e distinguono piuttosto tra diritto civile e diritto penale, sicché anche la materia fiscale e amministrativa ricade nell’ambito del diritto civile.

Il nostro ordinamento non conosce una definizione autonoma di materia “*civile e commerciale*” che è comunque disciplinata dalle regole del diritto privato a seguito della abrogazione del Codice di Commercio ad opera della codificazione del 1942 e della riconduzione nell’ambito del Codice Civile delle disposizioni in tema di impresa individuale e collettiva ed introduzione di una specifica regolamentazione dell’insolvenza dell’imprenditore commerciale nell’ambito della legge fallimentare.

Né il *Decreto*, né la relazione illustrativa che lo accompagna offrono elementi idonei a consentire la ricostruzione di una nozione autonoma di materia civile e commerciale, ma l’esplicita menzione, nel preambolo al *Decreto*, della Direttiva Comunitaria 52/2008 relativa a taluni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale induce ad individuare nella nozione comunitaria di tale materia quella alla quale è opportuno fare riferimento per delimitare l’ambito oggettivo di operatività della nuova disciplina.

Dovranno congruentemente ritenersi escluse dalla materia civile e commerciale le controversie escluse dall’ambito di operatività, oggi, del Regolamento 44/2001 nella interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia Europea.

Saranno quindi certamente escluse dalla possibile mediazione finalizzata alla conciliazione le controversie in materia fiscale, doganale e amministrativa e di responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell’esercizio di pubblici poteri (in questo senso cfr. l’art. 1 della Direttiva n. 52/2008).

Non saranno escluse, in linea di principio, le controversie in materia di diritto di famiglia, salvo che non riguardino diritti indisponibili.

Ulteriore limite oggettivo alla mediazione finalizzata alla conciliazione è costituito, infatti, dalla circostanza che la controversia, anche se astrattamente riconducibile alla materia civile e commerciale, non verta su “diritti indisponibili”.

Anche in questo caso la ricostruzione della fattispecie non è agevole, dal momento che nel nostro ordinamento regola generale è la disponibilità dei diritti ed eccezione l’indisponibilità di essi.

Intanto, la nozione di diritto indisponibile non può essere sovrapposta a quella di norma inderogabile oppure di norma imperativa².

La disponibilità del diritto alla quale si riferisce il *Decreto* quale condizione per farsi luogo alla mediazione finalizzata alla conciliazione non sembra dissimile da quella evocata nell’ambito della transazione dall’art. 1966 cod. civ., che attiene alla legittimazione a disporre del diritto controverso.

La circostanza che la controversia risulti disciplinata da norme imperative non è di ostacolo alla sottoponibilità di essa ad un procedimento di mediazione, ma impone che il contenuto dell’accordo non contrasti con esse (non potendo in tal caso essere

² Su questi aspetti v. in particolare l’approfondimento contenuto nell’articolo di RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indispensabile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 573 ss..

omologato, art. 12, comma 1, del *Decreto*) e impone altresì al mediatore di formulare la propria eventuale proposta nel rispetto di esse (art. 14, comma 2, lett. c)).

Una possibile lettura della nozione di diritti indisponibili può assimilare questi ultimi ai diritti irrinunciabili, quali i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. ed i diritti c.d. "*personalissimi*" (diritto al nome, diritti politici).

Dal punto di vista pratico, comunque, un sicuro indice di indisponibilità del diritto è costituito dall'intervento necessario del pubblico ministero nella relativa controversia (art. 70 c.p.c.).

Dovranno a tal fine ritenersi sottratte alla possibilità di mediazione finalizzata alla conciliazione le controversie relative:

- a) Alle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi;
- b) Allo stato e alla capacità delle persone e, più in generale, quelle in cui è previsto l'intervento obbligatorio del P.M.

E' bene ricordare, peraltro, che le controversie in cui è parte necessaria il P.M. non esauriscono il novero delle controversie relative a diritti indisponibili, ma ne costituiscono una *species* del più ampio *genus*.

All'interno del perimetro delle controversie che possono formare oggetto di un procedimento di mediazione finalizzata alla conciliazione il ricorso a tale istituto è assolutamente libero, non essendovi preclusioni all'accesso.

Il secondo comma dell'art. 2 del *Decreto*, per parte sua, fa salve le procedure di negoziazione su base paritetica (ad esempio quelle condotte con l'ausilio delle rappresentanze della categorie interessate, quindi imprese ed associazioni dei consumatori) e le procedure di reclamo disciplinate dalle carte dei servizi.

Come rileva la relazione illustrativa, peraltro, queste procedure non sono riconducibili alla nozione di mediazione di cui al *Decreto*, poiché non si svolgono con l'ausilio di un terzo imparziale.