

**FEDERAZIONE EUROPEA ORDINI FORENSI**

**ASSEMBLEA di VALENCIA**

**1-3 Ottobre 2009**

**STAGE DI FORMAZIONE : GIOVEDI' 1 OTTOBRE**

**DIRETTIVA SULLA MEDIAZIONE NEL DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE ( 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).**

**Relazione dell’Avv. Emanuele Prati , Presidente Ordine Avvocati Forlì Cesena.**

La Direttiva 2008/52/CE del 21 Maggio 2008 rappresenta la conclusione del processo di analisi e studio che ha impegnato la COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE per molto tempo relativamente alle c.d. A.D.R. “Alternative Dispute Resolution” .

I lavori della COMMISSIONE furono raccolti nel Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale che fu presentato il 19.04.2002.

Nel “Libro Verde” sono state identificate tre diverse ragioni che hanno portato ad un rinnovato interesse da parte dei Paesi membri dell’Unione Europea verso le modalità di risoluzione delle controversie alternative rispetto alle normali azioni giudiziarie.

La prima ragione è rappresentata dal miglioramento e dalla facilitazione delle modalità di accesso alla giustizia da parte dei cittadini, anche in funzione del rinnovamento che i vari istituti hanno subito.

La seconda ragione è che gli Stati membri hanno introdotto nell'ambito dei loro ordinamenti nazionali molteplici iniziative legislative volte a promuovere le modalità alternative di risoluzione delle controversie.

La terza ragione va ricercata nel fatto che le A.D.R. rappresentano una priorità politica per le istituzioni dell'Unione europea cui spetta il compito di promuovere i metodi alternativi , di garantire il miglior contesto possibile per il loro sviluppo e di cercare di garantirne la qualità.

Il Libro Verde è stato quindi lo strumento attraverso cui fare il punto della situazione esistente e per lanciare un'ampia consultazione ai fini della preparazione delle misure concrete da introdurre nella normativa comunitaria.

A conclusione di questa fase di analisi e di studio è giunta il 21 Maggio 2008 la Direttiva comunitaria 2008/52/CE.

Nei 30 punti delle “*considerazioni*” che precedono la Direttiva vengono precisati gli elementi oggettivi e gli indirizzi circostanze che hanno determinato il legislatore comunitario nella formulazione dei 14 capitoli che costituiscono la direttiva.

Nel punto 2 delle Considerazioni, si precisa che : “*il principio dell'accesso alla giustizia è fondamentale e, al fine di agevolare un miglior accesso alla giustizia, il Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 Ottobre 1999 ha inviato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali ed alternative.*” Risulta perciò evidente come la

consapevolezza della necessità di ricercare modalità stragiudiziali e alternative di risoluzione delle controversie per porre rimedio ai tanti problemi dei sistemi giudiziari nazionali fosse già una realtà matura anche nel precedente secolo.

Nel punto 3 delle considerazioni, si rileva che il Consiglio europeo già nell'anno 2000 ha adottato conclusioni sulle A.D.R. per le controversie materia civile e commerciale sancendo che l'istituzione ed il riconoscimento di principi fondamentali in questo settore rappresentano un passo essenziale per il loro sviluppo e conseguentemente ciò serve per semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia.

Nel punto 6 delle considerazioni viene identificato l'aspetto più importante dell'istituto della mediazione e cioè che :” *Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera*”. Queste due considerazioni inerenti la maggiore probabilità del rispetto dell'accordo raggiunto e la preservazione del rapporto tra le parti costituiscono il cuore dell'istituto mediazione e fanno facilmente comprendere l'enorme potenzialità di sviluppo di questo istituto.

Nelle altre classiche modalità di risoluzione delle controversie che possono insorgere fra due parti contraenti siano esse la causa ordinaria avanti al magistrati o la procedura arbitrale o il tentativo obbligatorio di conciliazione, che attualmente sta conoscendo un sempre più intenso utilizzo soprattutto nell'ambito dei contratti di consumo, esiste sempre un

dato e cioè quello per cui sia il giudice, sia l'arbitro sia il conciliatore pronunciano sempre una decisione.

La decisione per sua natura riconosce quasi sempre una parte vincitrice ed una parte soccombente.

La pronuncia della decisione necessariamente involge un giudizio di positività o di negatività sull'operato delle parti confliggenti; la parte soccombente quasi sempre non accetta il verdetto ed anzi molte volte viene interposto l'appello o comunque l'opposizione alla decisione. Il rispetto della decisione presa dal giudicante diventa quindi un'ipotesi che molte volte non viene rispettata ed eseguita spontaneamente.

Nell'ambito della mediazione invece, non viene pronunciata alcuna decisione, non esiste una parte vincitrice ed una parte soccombente, quando la mediazione riesce le parti, con l'aiuto del mediatore trovano l'accordo.

E' ovvio che questo accordo abbia molte possibilità di essere rispettato volontariamente e che non vi sia quindi necessità di attivare altri azioni giudiziarie finalizzate ad ottenere coattivamente il rispetto della decisione assunta con le altre metodologie classiche di risoluzione delle controversie.

L'altro elemento, forse ancora più importante del precedente, che rappresenta la vera forza dell'istituto della mediazione è quello del mantenimento della "*relazione amichevole e sostenibile fra le parti*".

Questa semplice eppure fondamentale aspetto della mediazione rappresenta il punto di maggior forza di questo metodo di risoluzione delle controversie.

L'inizio della controversia fra le parti configgenti si conclude quasi sempre con la cessazione di ogni loro rapporto di collaborazione lavorativa o familiare.

Ciò costituisce sempre un fattore negativo nel campo commerciale ma anche nel campo più generalmente civile.

La cessazione del rapporto si traduce sempre in un impoverimento dei soggetti contendenti; se il contratto ( o il rapporto) in situazione di patologia non viene salvato ma cessa ,ovviamente, si perdono tutti gli aspetti benefici in termini di crescita economica, di crescita dell'occupazione di crescita dello sviluppo ma anche di crescita della personalità dell'individuo ( non si dimentichi quale possa essere il ruolo privilegiato che le A.D.R. possono svolgere per la risoluzione di conflitti familiari anche di dimensione transfrontaliera).

La continuazione del rapporto e quindi la salvaguardia di tutti gli aspetti positivi che si accompagnano a questo mantenimento rappresenta l'elemento più innovativo della mediazione ed è ciò che fa preferire questa metodologia di risoluzione della controversia rispetto a tutte le altre possibili.

Il problema più importante che deve risolvere il mediatore è rappresentato dalla fiducia delle parti.

Solo se il mediatore riesce ad acquisire la loro fiducia la mediazione potrà avere successo. Esistono molteplici modelli a cui il mediatore deve può attenersi per conquistare questa fiducia. Tutti debbono comunque prevedere che vi sia un rigoroso rispetto dell'egualanza di ogni tipo di rapporto con le parti. Non è possibile per il mediatore dimostrare un interesse o una considerazione delle parti e delle loro ragioni che non sia perfettamente equidistante.

Esistono studi che consigliano anche il tipo di approccio che si deve avere con i contendenti , l'incontro congiunto a cui fare seguire l'incontro con le singole parti per facilitare la loro esatta comunicazione di quanto vorrebbero conseguire, di quanto sono disposti a concedere o di quanta considerazione o disvalore abbiano nei confronti dell'altra parte.

La considerazione n.10, pone un limite di carattere oggettivo alla possibilità di utilizzare l'istituto della mediazione, raccomandando che:" *Essa dovrebbe applicarsi in materia civile e commerciale , ma non ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile*".

Il limite di utilizzo della mediazione relativamente ai soli diritti disponibili è intuitivo ed è giustificato dal fatto che la natura stessa di tali diritti che sono irrinunciabili non può essere modificata sino alla possibilità che la parte possa acconsentire ad una loro limitazione pur essendo consenziente.

La considerazione n. 13 , precisa che la mediazione dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che la parti possano gestire ed organizzare il procedimento come meglio desiderano anche ponendovi fine. Le caratteristiche di totale disponibilità della mediazione in mano alle parti contendenti è un elemento che rafforza quegli aspetti già visti nella precedente raccomandazione n. 6. L'assenza di obblighi del rispetto di forme e la possibilità di porre fine al procedimento senza subire alcun danno sono un punto di forza di questo istituto.

Se la possibilità di libertà di forme di obblighi rende più forte la mediazione nel senso di valorizzare la volontà delle parti di giungere alla soluzione della controversia senza obblighi, la considerazione n.19, si preoccupa di fornire

l'indicazione sulla necessità di prevedere la garanzia per cui:" *Gli Stati membri dovrebbero pertanto garantire che le parti di un accordo scritto risultante dalla mediazione possano chiedere che il contenuto dell'accordo sia reso esecutivo.*"

A prima vista questa considerazione sembra contraddirsi con gli aspetti di maggiore possibilità di una volontaria esecuzione degli accordi che si era esaminato nella considerazione n. 6. A ben vedere, invece, la previsione dell'obbligatorietà dell'accordo raggiunto serve per dare certezza e pone al riparo da eventuali ripensamenti che non si possono escludere; la formalizzazione scritta dell'accordo e l'esecutività sono elementi che rafforzano la mediazione e non contraddicono con i principi che la caratterizzano e la pongono in una situazione paritaria con gli altri procedimenti giudiziaria che si concludono con una decisione a cui le parti possono dare attuazione coattiva.

La considerazione n. 23, prevede l'obbligo della riservatezza inteso non solo come riservatezza del contenuto del procedimento di mediazione ma anche come elemento di compatibilità con altre modalità di risoluzione delle controversie ad esempio riservatezza rispetto ad un eventuale procedimento giudiziario già in atto o che potrebbe avere inizio.

Se la mediazione interviene quando sia già pendente una controversia oppure si tenta attraverso essa di giungere alla soluzione della vertenza diventa necessario prevedere un obbligo di riservatezza su quanto le parti vengono a discutere è infatti evidente che se così non fosse vi sarebbe una palese contraddizione. La parti che accedono alla mediazione non possono essere limitate nell'espletamento di questo procedura dalla preoccupazione

che eventuali notizie o proposizioni da esse formalizzate possano poi essere utilizzate in un nuovo e diverso giudizio per ottenere una decisione favorevole alle proprie tesi. L'assenza di riservatezza costituirebbe un ostacolo insuperabile alla possibilità di giungere alla conclusione positiva della mediazione.

La considerazione n. 24, incoraggia gli Stati membri a formalizzare la previsione di una sospensione dei termini di prescrizione o decadenza in modo da non impedire alle parti di adire un organo giurisdizionale o di ricorrere all'arbitrato in caso di infruttuoso tentativo di mediazione.

**ALCUNI ARTICOLI DELLA DIRETTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, DEL 21 MAGGIO 2008.**

I “*considerando*” su cui era necessario soffermare la nostra attenzione prima di affrontare l'esame di alcuni degli articoli della Direttiva , sono stati il frutto dello studio che la Commissione delle Comunità Europee ha predisposto con il Libro verde.

L'art. 1 della Direttiva, indica gli obiettivi e l'ambito di applicazione della legge; l'obiettivo viene precisato come :” *facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo una equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.*”

La preoccupazione di garantire un equilibrio fra mediazione e procedimento giudiziario è significativa e rispecchia l'esigenza che è stata più volte accertata nell'ordinamento giudiziario degli Stati membri.

Il ricorso alla mediazione anche quando vi sia già pendente un procedimento giudiziario, ove la natura dei diritti in discussione lo consenta, può rappresentare una modalità di risoluzione della controversia che porta ad una rilevante diminuzione delle sentenze con i benefici effetti che tutto ciò significa per la velocizzazione dei processi e per il diritto dei cittadini ad ottenere la definizione della controversia in tempi ragionevoli.

Si è constatato che se l'indicazione per il ricorso alla mediazione viene rappresentata nell'ambito di un procedimento giudiziario già in corso, dal giudice che si sta già occupando della vertenza, le parti raccolgono con maggiore interesse la proposta e sono quindi più disposte ad affrontare e percorrere l'ipotesi della mediazione. Prevedere che nell'ambito dei procedimenti giudiziari il giudice possa indicare alle parti l'opportunità di promuovere il tentativo di mediazione rappresenta una ottima opportunità per far sviluppare questa modalità di risoluzione della controversia. Sempre l'art.1 pone il limite di non estensibilità della direttiva alle materie fiscale, doganale e amministrativa ne alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio o dei pubblici poteri. I diritti indisponibili come già detto sono al di fuori della applicazione dell'istituto della mediazione.

L'art. 2 prevede l'ambito di applicazione della direttiva identificando le controversie transfrontaliere precisando che con tale termine si intende una controversia in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte.

L'Art. 3 esplicita che per mediazione si intende:" *un procedimento strutturato , indipendentemente dalla denominazione , dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria di raggiungere*

*un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti , suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro “.*

Questo articolo ben rappresenta l’essenza della mediazione individuandone i caratteri peculiari della volontarietà e della assistenza da parte del mediatore che si intende come :” *qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace , imparziale e competente , indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e delle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione.”*

Sul ricorso alla mediazione l’art. 5, prevede la possibilità per l’organo giurisdizionale investito della causa di invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia.

Come già detto questa possibilità che sia il giudicante, già investito della causa, a sollecitare le parti al ricorso alla mediazione sarà uno degli elementi decisivi per il funzionamento di questa A.D.R. Sempre l’articolo 5 si preoccupa di precisare che la legislazione nazionale potrà prevedere il ricorso alla mediazione con criteri di obbligatorietà o incentivarlo ; il legislatore nazionale non potrà però impedire alle parti di esercitare il proprio diritto di accesso al sistema giudiziario.

Questa precisazione è molto importante in quanto come appare evidente se il procedimento di mediazione non deve perdere la sua caratteristica di libertà e di volontarietà, le parti debbono sempre mantenere il loro diritto ad agire

direttamente in via giudiziaria se ciò venisse impedito avremmo la negazione di tutti principi che sono posti alla base della mediazione.

L'articolo 6 prevede l'esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione. Il contenuto dell'accordo viene reso esecutivo salvo se, *nel caso in questione, il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività.*" Il secondo comma dell'art. 6 prevede la possibilità di dare esecutività all'accordo attraverso una sentenza o con atto autentico di una autorità giurisdizionale o altra autorità competente.

L'art. 7 prevede il contenuto del diritto alla riservatezza che è connaturato con il procedimento di mediazione disponendo la dispensa dell'obbligo di testimoniare per coloro che hanno partecipato all'amministrazione del procedimento di mediazione salvo che intervengano "superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori, scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona ".

L'art. 8 , per salvaguardare il diritto delle parti di potere adire un procedimento giudiziario o di arbitrato successivamente alla scelta di promuovere un procedimento di mediazione impone agli Stati membri di prevedere opportune sospensioni dei termini di prescrizione o decadenza.

## **EFFETTI DELLA DIRETTIVA 2008/52/CE , DEL 21 MAGGIO 2008, NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA.**

La Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio è stata recepita nell'ambito della legislazione italiana con la legge 18 Giugno 2009

n. 69; l'art. 60 denominato " Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali" prevede la delega al Governo perché entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge vengano predisposti uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

La riforma, secondo quanto previsto nel comma 2, dovrà rispettare ed essere coerente con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3.

Il comma 3 elenca i principi ed i criteri direttivi a cui la riforma si dovrà attenere, fra questi meritano di essere segnalati la lettera e) che indica: " *prevedere la possibilità per i consiglio degli ordini degli Avvocati , di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento , si avvalgono del personale degli stessi consigli*"; e la lettera n) che indica: " *prevedere il dovere dell'Avvocato di informare il cliente , prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi della conciliazione*".

Il legislatore italiano ha fatto quindi una scelta netta prescrivendo il coinvolgimento diretto dell'Avvocatura nell'ambito del procedimento di mediazione, non solo la previsione della possibilità (non obbligo) della istituzione presso i tribunale degli organismi di conciliazione ma soprattutto l'obbligo per l'Avvocato di informare il cliente in relazione alla possibilità di raggiungere la soluzione della controversia attraverso il procedimento di mediazione.

L'orientamento del legislatore italiano rappresenta un modello positivo in quanto solo attraverso il diretto coinvolgimento dell'Avvocatura sarà possibile avviare un concreto sviluppo della mediazione.

Reputo sia possibile raccomandare alla nostra Federazione di sollecitare che tale orientamento si diffonda presso tutti i Paesi della Comunità europea. L'Avvocatura saprà rispondere adeguatamente all'impegno che le viene richiesto essendo evidente che esiste un suo diretto interesse affinché i problemi della lentezza della giustizia possano essere se non risolti almeno attenuati dalla sempre maggiore diffusione delle A.D.R.

Personalmente posso affermare che la mia esperienza diretta in qualità di "Conciliatore bancario" iscritto presso l'Organismo di conciliazione bancaria con sede in Roma, mi ha fatto toccare con mano i vantaggi della mediazione.

Con poche riunioni e con una attenta politica di informazione e di acquisizione della fiducia delle parti è possibile giungere alla soluzione di controversie anche molto complesse.

Ovviamente non tutte le mediazioni riescono; quelle attinenti al settore bancario sono molte volte difficili; il profilo tecnico è complicato e chiarire alle parti l'esatto oggetto del contendere può richiedere un certo impegno.

E' però di molta soddisfazione quando si riesce a raggiungere l'accordo e talvolta proprio in conseguenza dell'accordo raggiunto si aprono nuove prospettive di lavoro fra Cliente e Banca.

Quando questo succede si comprende l'enorme utilità di questo strumento di A.D.R.

**EMANUELE PRATI**