

## **Mediazione dei conflitti commerciali e mediazione familiare**

Gianfranco Dosi

La miniriforma del processo civile operata con la legge 69/2009 aveva delegato all'art. 60 il Governo a predisporre una regolamentazione della mediazione e della conciliazione nelle controversie civili e commerciali e il decreto delegato n. 28/2010 disciplina ora compiutamente l'accesso alle procedure di mediazione al fine di tentare la conciliazione di una controversia concernente diritti disponibili. Le procedure di mediazione si svolgeranno, fino a nuova regolamentazione, di fronte agli organismi pubblici e privati iscritti nel registro che il Ministero della giustizia istituì nel 2004 – e a quelli che vi si aggiungeranno, ivi compresi quelli istituiti dai consigli degli ordini forensi - e devono garantire imparzialità, rapidità e informalità.

La novità rispetto al passato sta nel raccordo previsto oggi dal decreto delegato tra le procedure di mediazione e il contenzioso nelle aule di giustizia. D'ora in avanti, infatti, secondo la legge, prima di promuovere una causa civile o commerciale l'avvocato dovrà informare il suo assistito della possibilità di avvalersi di procedure di mediazione altrimenti rischia l'annullamento del mandato difensivo (art. 4 del decreto delegato) con la conseguente perdita del diritto al compenso professionale (ovvero la sanzione disciplinare, secondo le proposte di modifica formulate recentemente dal CNF).

L'altro punto di raccordo, ben più significativo (che entrerà in vigore tuttavia nel marzo 2011), sta nel fatto che per alcune cause, espressamente indicate, il ricorso alla procedura di mediazione è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria con modalità analoghe a quelle oggi previste nel processo del lavoro e con un forte impulso del giudice, anche in appello verso la conciliazione della causa attraverso l'invio alle procedure di mediazione.

Nel diritto di famiglia la nuova normativa non troverà applicazione. Salvo che per le controversie sui patti di famiglia (che già prevedevano, peraltro il tentativo

obbligatorio di conciliazione) e in ambito successorio, nulla è stato previsto, infatti, per le altre controversie connesse al diritto di famiglia. Ed anzi il legislatore ha sottratto espressamente dall'obbligo del previo percorso di mediazione le controversie concernenti diritti indisponibili e il diritto di famiglia è carico di momenti di indisponibilità dei diritti nell'interesse superiore dei minori. D'altro lato l'esclusione dei procedimenti in camera di consiglio in generale dall'obbligo del previo esperimento della mediazione (art. 5) lascerebbe fuori comunque la maggior parte delle procedure in materia di famiglia.

In verità questa esclusione è anche sotto altri profili pienamente comprensibile. La mediazione familiare è già stata, infatti, in qualche modo individuata (nell'art. 155 sexies c.c.) come percorso facoltativo *a latere* del processo di separazione dalla legge 54/2006 che ha ridefinito le coordinate dell'affidamento dei figli. Qualcuno dirà che si è persa l'occasione per introdurre un principio di incentivazione verso la mediazione familiare – come alcune proposte di riforma degli anni Ottanta prevedevano auspicando il tentativo obbligatorio di mediazione nelle cause di separazione - ma tutti gli addetti ai lavori considerano ormai sufficientemente condivise alcune regole tra le quali quella che la mediazione familiare può avere qualche probabilità di successo solo se vi si accede spontaneamente e con una motivazione personale forte. Ed anche da questo punto di vista perciò la previsione nelle procedure di separazione personale di un obbligo di previa mediazione nella prospettiva del raggiungimento di un accordo non è vista di buon occhio ed anzi sarebbe disfunzionale agli obiettivi stessi della mediazione familiare.

Certamente il decreto legislativo n. 28/2010 che si ripromette soprattutto di ridurre il carico di lavoro dei tribunali facilitando la composizione non conflittuale delle liti, avrà in ogni caso l'effetto di rilanciare la mediazione anche nelle controversie di separazione e più in generale nell'area del diritto di famiglia.

Ed in questa prospettiva può essere utile ribadire le sintonie e le dissonanze della mediazione familiare con le procedure di mediazione in generale.

Vi è sintonia per esempio nella parte in cui la mediazione può essere considerata in entrambi i casi un'attività che si svolge sotto la guida di soggetti terzi, finalizzata ad aiutare due parti a raggiungere un accordo amichevole. In quest'ottica riterrei che debba essere rivista la tradizionale lettura critica secondo cui mediazione e conciliazione sarebbero due procedimenti diversi di risoluzione di conflitti; due contesti diversi. Non è questa la chiave giusta di lettura. Mediazione e conciliazione sono due momenti diversi di un unico procedimento: la mediazione è il processo (il momento dinamico), la conciliazione è il risultato (il momento statico). La legge ora in vigore lo ribadisce molto chiaramente sottolineando che la mediazione è sempre un'attività procedimentale tesa alla formazione di un accordo che possa concludere una controversia e cioè conciliare un conflitto.

E vi è altrettanta sintonia laddove si prevede che la mediazione debba essere caratterizzata dalla riservatezza del procedimento, dall'autonomia del procedimento nonché dall'imparzialità e dall'idoneità del mediatore.

E' possibile considerare questi aspetti ora dei veri e propri principi generali in materia di risoluzione alternativa delle controversie nel diritto vivente.

Naturalmente permane molto netta la differenza tra procedure di mediazione in cui il mediatore aiuta le parti a trovare esse stesse una soluzione e procedure di arbitrato nelle quali invece il ruolo dell'arbitro è decisamente l'unico veramente attivo nella individuazione della soluzione e quindi nella decisione del conflitto. Da questo punto di vista non possono essere visti con favore gli articoli 10 e 12 del decreto delegato 28/2010 nei quali si prevede che in caso di mancato accordo il mediatore debba indicare la sua proposta conciliativa. Questo ruolo eccessivamente intrusivo del mediatore - che da terzo diventa protagonista - introduce un rischio di confusione e mina le coordinate di fondo del processo di mediazione.

Tra le dissonanze ulteriori tra la mediazione civile-commerciale e quella familiare va segnalata quella che prevede (art. 10 del decreto delegato) la possibilità per il giudice di dedurre argomenti di prova dalla mancata partecipazione del convenuto al procedimento di mediazione e la norma (art.

13) che ipotizza altre penalità a carico di chi non concilia la causa. I mediatori familiari considerano giustamente queste conseguenze nell'ambito della mediazione familiare un vero e proprio *monstrum* e un rischio di inquinamento irrimediabile del processo di mediazione.

E proprio questo rischio permette di comprendere le ragioni di fondo di una diversità insuperabile tra la mediazione in generale e la mediazione familiare. Quest'ultima non ha come obiettivo la deflazione del carico giudiziario (che può giustificare le penalità previste per chi non intende agevolare questo obiettivo) ma la tenuta di un accordo maturato pazientemente nel confronto tra due parti. La mediazione familiare scommette sulla maggiore plausibilità di una soluzione negoziata e interiorizzata, punta alla stabilità della conciliazione. Si propone soprattutto come risorsa per chi l'affronta, come opportunità di cambiamento. E si fonda sulla convinzione che la condivisione delle responsabilità genitoriali è un dovere verso i figli più che verso l'amministrazione della giustizia.