

**LA MEDIAZIONE
NEI DIVERSI AMBITI
E LE ESPERIENZE
INTERNAZIONALI**

a cura di
Pietro Paolo Biancone

FrancoAngeli

LA MEDIAZIONE NEI DIVERSI AMBITI E LE ESPERIENZE INTERNAZIONALI

**a cura di
Pietro Paolo Biancone**

FrancoAngeli

Copyright © 2011 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it

INDICE

Introduzione	pag.	7
---------------------	------	---

PARTE PRIMA

1. La mediazione nelle controversie commerciali , di <i>Luigi Bruno</i>	»	15
2. Le liti condominiali , di <i>Roberto Melacarne e Francesco Zuccarello</i>	»	27
3. La conciliazione delle liti nel lavoro , di <i>Domenico Bracone</i>	»	39
4. La mediazione nelle assicurazioni , di <i>Angelica Scozia</i>	»	77
5. La conciliazione nel contenzioso lavoristico , di <i>Pietro Paolo Biancone e Pamela Zavattaro</i>	»	91
6. La mediazione nel settore del turismo , di <i>Monica Lancia</i>	»	103

PARTE SECONDA

7. L'ADR nel sistema giuridico europeo , di <i>Antonella Chillemi</i>	»	119
8. La risoluzione alternativa delle controversie negli Stati Uniti d'America , di <i>Roberto Melacarne e Francesco Zuccarello</i>	»	131

9. La mediazione nell'esperienza dei diversi paesi: il sistema inglese , di <i>Paolo Pietro Biancone e Alberto Solazzi</i>	pag.	147
10. La mediazione in Francia , di <i>Alberto Solazzi</i>	»	173
11. Il sistema spagnolo , di <i>Sabina Carboni</i>	»	195
12. ADR in Cina e Giappone , di <i>Angela Ambrosino e Paolo Pietro Biancone</i>	»	205
13. La conciliazione in Sudafrica: la giustizia transizionale della TRC , di <i>Giovanni Di Martino</i>	»	225
14. I metodi ADR in Australia , di <i>Daniela Macchi</i>	»	233
Autori	»	239

INTRODUZIONE

A pochi mesi dall'emanazione del decreto ministeriale – attuativo del d.lgs. n. 28 del marzo 2010 – n. 180 del novembre 2010, che introduce nel nostro ordinamento l'obbligatorietà del tentativo di mediazione per un ampio numero di fattispecie, il dibattito riguardo agli obiettivi, ai metodi, alle procedure e soprattutto agli effettivi vantaggi economici (per il sistema e per i cittadini) del ricorso a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali si presenta quanto mai vivace e sostenuto.

L'idea di uno strumento per la composizione amichevole delle controversie ad opera di un soggetto terzo non è certo nuova nel nostro ordinamento; basti pensare alla conciliazione stragiudiziale davanti al giudice di pace e al tentativo di conciliazione ad opera del giudice durante il processo ordinario.

Tuttavia la procedura di mediazione, così come disegnata dalla nuova normativa, presenta rispetto al passato caratteristiche proprie. Rimane invariata la motivazione che ha spinto il legislatore a dare nuovo vigore alla mediazione nel nostro sistema giuridico: promuovere una soluzione della lite facilmente accessibile ed economica per il cittadino che diviene centro del procedimento, con una conseguente diminuzione dei contenziosi giurisdizionali. Tuttavia il modello di mediazione costruito dal legislatore italiano implica dal punto di vista teorico una nuova interpretazione del conflitto e del ruolo del mediatore come soggetto terzo e imparziale che guida le parti, facilitando, grazie all'uso di opportune tecniche della psicologia cognitivo-comportamentale, la comunicazione tra esse e il raggiungimento di un accordo condiviso e corrispondente ai bisogni e interessi emersi durante la procedura. Da un punto di vista della struttura del procedimento, invece, la nuova

normativa incardina la mediazione all'interno di organismi, pubblici o privati, registrati presso il Ministero della Giustizia, di cui i mediatori sono semplici ausiliari. Questa scelta, insieme all'introduzione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione per le fattispecie indicate dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, sottolinea l'obiettivo deflattivo del legislatore nell'istituire un nuovo istituto per la mediazione.

Proprio le novità teoriche e procedurali introdotte dalla recente normativa sono oggi oggetto di un acceso confronto teorico all'interno del quale ci si interroga in particolar modo sull'effettiva capacità di funzionamento del sistema così come disegnato rispetto agli obiettivi di celerità e di economicità della risoluzione della lite che si propone.

Il percorso di riflessione che ha portato il legislatore a ridisegnare il panorama delle possibili vie per la risoluzione delle controversie nel nostro ordinamento non sembra essere molto diverso dal percorso che ha interessato, almeno a partire dalla metà del secolo scorso, la maggior parte dei paesi occidentali.

Oggi, infatti, la presenza accanto al processo tradizionale e all'arbitrato di istituti volti ad una risoluzione alternativa della controversia si è diffusa, con modalità e procedure almeno parzialmente diverse, in quasi tutti i paesi dell'occidente.

Il volume intende offrire una panoramica dei principali ambiti di applicazione della mediazione e della diffusione di questa procedura all'interno degli ordinamenti internazionali. Guardare, infatti, a quali contesti questo istituto viene applicato, a quali procedure siano state adottate e quali obiettivi siano stati perseguiti da altri paesi costituisce un importante spunto di riflessione per poter valutare limiti e nuove *change* offerte al nostro ordinamento dall'introduzione dell'istituto della mediazione così come disegnato dal d.lgs. n. 28/2010.

L'opera si articola in quattordici capitoli ed è suddivisa in due parti. La prima parte è costituita da una serie di sei articoli volti ad fornire un quadro delle principali caratteristiche e dei principali ambiti di applicazione della procedura di mediazione civile prevista oggi dal nostro ordinamento. In particolare il primo capitolo affronta il tema della sua applicazione nelle controversie commerciali, mettendo in luce vantaggi e aspetti critici della procedura rispetto al processo giudiziale. Il secondo contributo discute le prospettive aperte dal tentativo obbligatorio di mediazione in materia di condominio per identificare un effettivo strumento di celere ed efficace ri-

soluzione delle controversie in quest'ambito. Il terzo capitolo è dedicato al tema della mediazione rispetto al contenzioso in materia di lavoro. Questo capitolo mette in evidenza aspetti di continuità e novità offerti dalla procedura di mediazione ex d.lgs. n. 28/2010 rispetto alla normativa precedente riguardante il tentativo di conciliazione in quest'ambito. Il quarto capitolo discute il ruolo di questa procedura in ambito assicurativo. Il quinto capitolo analizza il ruolo e le prospettive offerte dall'applicazione delle procedure di mediazione nelle controversie in materia di pubblico impiego. Il sesto capitolo, chiude la panoramica degli ambiti specifici di applicazione della mediazione civile, discutendo le possibilità di risoluzione delle controversie offerte dal nuovo modello di mediazione rispetto alla tutela dei consumatori nel settore turistico.

La seconda parte di questo volume è, invece, dedicata all'analisi delle procedure di ADR diffuse negli ordinamenti stranieri, con l'obiettivo di stimolare la riflessione sul confronto tra le diverse procedure che caratterizzano gli istituti sviluppati da altri paesi rispetto al condiviso obiettivo di rendere l'accesso dei cittadini alla giustizia più rapido, efficiente ed economico. In apertura di questa seconda parte troviamo al capitolo settimo, un articolo che si propone di introdurre il lettore alle principali caratteristiche delle procedure di mediazione adottate in ambito internazionale, con particolare riferimento al contesto europeo. Con i capitoli successivi si passa all'analisi specifica di alcune delle esperienze estere. Il capitolo ottavo e il capitolo nono analizzano le procedure di risoluzione alternativa delle controversie nell'ambito della common law facendo specifico riferimento rispettivamente al sistema inglese ed a quello statunitense, i quali vantano una lunga tradizione in materia di ADR. Il decimo e l'undicesimo capitolo invece guardano al confronto fra il sistema di mediazione italiano e quello di due paesi europei di tradizione giuridica vicina alla nostra, la Spagna e la Francia. Il dodicesimo capitolo si sposta verso l'analisi della mediazione in due paesi, Cina e Giappone, in cui la risoluzione alternativa delle controversie trova fondamento non tanto nel tipo di sistema giuridico sviluppato, ma ha piuttosto origini profonde nella storia e nelle tradizioni di questi due paesi.

Il tredicesimo e il quattordicesimo capitolo sono rispettivamente dedicati all'analisi delle procedure alternative di risoluzione delle controversie in Sudafrica ed in Australia, due paesi in cui tali procedure si sono sviluppate e diffuse attraverso strumenti originali e le cui esperienze offrono importanti elementi di riflessione.

Il volume è frutto della collaborazione di quattordici autori, che guardano alla mediazione secondo prospettive e competenze diverse, ciascuna delle quali contribuisce a mettere in luce differenti spunti di riflessione sul tema e conferisce all'opera un interessante carattere teorico-pratico.

Paolo Pietro Biancone

PARTE PRIMA

Sommario

1. La mediazione nelle controversie commerciali	pag.	15
1.1. Il caso del conflitto	»	15
1.2. Analisi delle possibili soluzioni ottenibili in sede giudiziaria	»	16
1.3. Analisi della risposta ottenuta grazie alla mediazione	»	17
1.4. Il mediatore incontra le parti separatamente: il socio più giovane, parte recedente	»	18
1.5. Il mediatore incontra le parti separatamente: il socio più anziano	»	19
1.6. Analisi delle risposte ottenibili in sede giudiziaria e analisi dell'accordo sottoscritto per il tramite della mediazione: esame comparato	»	20
1.7. Il soddisfacimento degli interessi oggetti del contendere: esame comparato	»	22
Bibliografia	»	23

1. LA MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE COMMERCIALI

di *Luigi Bruno*

La particolarità della mediazione rispetto al processo tradizionale consente di fornire un appianamento della vertenza che si adatta sicuramente meglio alle specifiche necessità di imprese e società. Il concetto di risoluzione conciliativa soddisfa sempre due esigenze: riduzione dei tempi e dei costi. La semplice illustrazione di un caso concreto lo dimostra.

1.1. Il caso del conflitto

Una Società di capitale (a responsabilità limitata) è costituita da due soci titolari di quote equivalenti del 50% cadauno.

La società conduce un'attività commerciale di vendita al pubblico di prodotti parafarmaceutici. A cinque anni dalla costituzione della società, la diversità di età e di formazione professionale dei soci ha portato a un contrasto insanabile tra loro.

Con i rapporti ormai logorati, il socio più giovane prende l'iniziativa di comunicare all'altro socio il proprio recesso dalla compagine sociale e chiede il rimborso della propria partecipazione, quantificata in 25.000,00 euro.

Trascorsi sei mesi dalla comunicazione del recesso, non è ancora stato effettuato il rimborso della partecipazione. Infatti il socio più anziano ha reputato che la valutazione stimata dal socio più giovane sia esagerata. Il socio recedente, quindi, si rivolge ad un legale, che gli esplicita le possibili soluzioni ottenibili in sede giudiziaria.

1.2. Analisi delle possibili soluzioni ottenibili in sede giudiziaria

Sul piano giudiziario, nel caso concreto in esame, potrebbero verificarsi a strattamente, due diverse possibilità a seconda del grado di contrapposizione.

Nella prima si può ipotizzare un'opposizione allo stesso diritto di recesso.

Nella seconda, in cui il contrasto fosse confinato alla determinazione del valore della quota, il socio recedente dovrebbe richiedere al tribunale la nomina di un perito esperto che individui, con una relazione giurata, il valore di detta quota¹.

In entrambi i casi di soluzione giudiziaria nessuno spazio assumerebbero i personali motivi e i concreti interessi delle parti.

Il socio recedente, reso edotto delle ipotesi e soluzioni ottenibili in sede giudiziaria, valutati i tempi non brevi e i costi delle procedure giudiziarie, chiede al proprio legale se è possibile individuare un'alternativa da percorrere.

¹ Art. 2473 c.c. – Recesso del socio. **Co. 1** L'atto costitutivo determina quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità. In ogni caso il diritto di recesso compete ai soci che non hanno consentito al cambiamento dell'oggetto o del tipo di società, alla sua fusione o scissione, alla revoca dello stato di liquidazione, al trasferimento della sede all'estero, all'eliminazione di una o più cause di recesso previste dall'atto costitutivo e al compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2468, comma 4. Restano salve le disposizioni in materia di recesso per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento.

Co. 2 Nel caso di società contratta a tempo indeterminato, il diritto di recesso compete al socio in ogni momento e può essere esercitato con un preavviso di almeno centottanta giorni; l'atto costitutivo può prevedere un periodo di preavviso di durata maggiore, purché non superiore ad un anno.

Co. 3 I soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale. Esso a tal fine è determinato tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso; in caso di disaccordo, la determinazione è compiuta tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica in tal caso il primo comma dell'art. 1349.

Co. 4 Il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso deve essere eseguito entro centottanta giorni dalla comunicazione del medesimo fatta alla società. Esso può avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato da soci medesimi. Qualora ciò non avvenga, il rimborso è effettuato utilizzando riserve disponibili o, in mancanza, corrispondentemente riducendo il capitale sociale; in quest'ultimo caso si applica l'art. 2482 e, qualora sulla base di esso non risulti possibile il rimborso della partecipazione del socio receduto, la società viene posta in liquidazione.

Co. 5 Il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se la società revoca la delibera che lo legittima, ovvero se è deliberato lo scioglimento della società.

Il legale consiglia allora, al giovane socio, di introdurre un tentativo di mediazione presso uno degli organismi iscritti al registro sulla base del d.lgs. n. 28/2010.

1.3. Analisi della risposta ottenuta grazie alla mediazione

All'incontro di mediazione si presentano: il socio giovane, accompagnato dal legale, e il socio più anziano accompagnato dal commercialista.

In apertura della mediazione, nel corso della sessione congiunta, ogni parte riferisce al mediatore la propria posizione.

In particolare, il socio giovane riferisce di avere investito nella società la propria professionalità, derivante dagli studi universitari farmaceutici, approfonditi con la frequenza di seminari di specializzazione atti a conseguire attestati idonei all'attività di parafarmacia.

Precisa, inoltre, che la sua qualifica gli consente di vendere preparati parafarmaceutici, già pronti, gli consente anche di commercializzare elaborazioni da lui stesso ideate per rispondere alle esigenze dei clienti. Grazie a queste qualità, nei cinque anni di vita della società, la sua clientela si è estesa e lui stesso, di sua iniziativa, con il consenso del socio, ha provveduto ad acquistare numerose scorte di magazzino da fornitori accuratamente selezionati.

Il socio più anziano, invece, protesta che il recesso dell'altro socio impedisce alla società lo svolgimento di un rilevante ramo di attività: quello della commercializzazione dei prodotti attentamente selezionati. Nel corso della discussione quest'ultimo socio informa di voler continuare a coltivare la propria passione per l'alimentazione naturale e biologica. Lo stesso socio anziano illustra che la società ha acquisito notorietà nel settore, per la sua attenzione alla genuinità dei prodotti, soprattutto per l'infanzia, e alla freschezza degli stessi.

In ultima analisi nega che la determinazione della partecipazione effettuata dal socio recedente sia opportuna e, comunque, dichiara che ne sia impossibile il rimborso, stante la situazione patrimoniale in cui versa la società, nel momento attuale.

Il legale del socio giovane interviene dicendo che, se non venisse rintracciata una soluzione attraverso la mediazione, egli si rivolgerebbe al tribunale per far nominare un perito, esperto nella determinazione della parte-

cipazione, tenendo conto del valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso.

Il commercialista del socio più anziano precisa che sono rimaste insolute le fatture dei fornitori dei costosi prodotti parafarmaceutici ordinati dal socio più giovane, ed è pertanto necessario provvedere a saldare le posizioni debitorie. Il commercialista conclude prospettando che la società dovrebbe essere posta in liquidazione.

Il mediatore, ritenuta l'opportunità di approfondire alcune indicazioni ricevute dalle parti, effettua con le stesse incontri separati.

1.4. Il mediatore incontra le parti separatamente: il socio più giovane, parte recedente

In apertura, il mediatore ribadisce la riservatezza che contraddistingue la sessione privata e precisa che potrà essere riferito all'altra parte solo quanto espressamente autorizzato dalla parte che ha fatto le dichiarazioni.

Dall'esposizione della parte recedente emerge la volontà di proseguire in via del tutto autonoma la propria attività di parafarmacia. Infatti il socio giovane recedente riferisce di essersi ben inserito nel settore e di aver acquisito contatti con importanti ditte fornitrici di prodotti parafarmaceutici di alta qualità, che sarebbero interessate anche a sue prestazioni di consulenza, data la profondità culturale in materia.

Il mediatore constata che questo socio ha un forte interesse al pagamento in tempi rapidi delle fatture rimaste da pagare, per non rovinare il rapporto instaurato con le ditte fornitrici e non compromettere lo sviluppo dei progetti di consulenza prospettati. L'ammontare totale del debito è di oltre 20.000 euro.

Parlando dell'attività che il giovane intende intraprendere da solo, il mediatore percepisce l'interesse della parte recedente ai prodotti parafarmaceutici ordinati e presenti in magazzino. L'acquisizione di tali merci giacenti consentirebbe al socio recedente di costituire un'importante dotazione iniziale, nell'ipotesi della futura attività.

A questo punto il mediatore invita la parte a riflettere se a titolo di rimborso della sua partecipazione societaria il socio recedente potrebbe essere soddisfatto in modo diverso dal versamento di una somma di denaro. Si fa quindi strada l'ipotesi di ottenere a titolo di rimborso della partecipazione la

cessione delle scorte di magazzino di prodotti farmaceutici. Il mediatore viene autorizzato a riportare all'altra parte tale proposta.

1.5. Il mediatore incontra le parti separatamente: il socio più anziano

Accomiatato temporaneamente il socio giovane recedente, il mediatore incontra il socio più anziano al quale ripropone le regole relative alla riservatezza della sessione privata. Prima di riferire alla parte la proposta emersa nella sessione precedente, il mediatore chiede al socio più anziano di esporre i propri progetti per il futuro.

Il socio anziano descrive al mediatore la decisione di dedicarsi esclusivamente alla sua passione per i prodotti alimentari biologici naturali. Riconosce di comprendere che le capacità dell'altra parte, che definisce più che brillanti, debbano essere valorizzate in un ambito maggiormente stimolante.

Il mediatore domanda se abbia riflettuto sulla destinazione dei prodotti parafarmaceutici ordinati dal socio più giovane, già consegnati dai fornitori e ora giacenti in magazzino. Il socio anziano risponde che, proprio perché tali merci devono essere pagate, non sarà più consentito alla società di rimborsare la partecipazione al socio receduto.

Il mediatore sollecita la parte a considerare se vi sia la possibilità di rimborsare la partecipazione al socio recedente tramite l'assegnazione di tali merci giacenti in magazzino, previo pagamento da parte della società del loro prezzo alle ditte fornitrici, come proposto dall'altra parte.

Il socio anziano ritiene che la soluzione sia rispondente agli interessi della società. La società, a parer suo, eviterebbe azioni esecutive da parte dei creditori e eviterebbe di esser posta in liquidazione. In ultima analisi si risparmierebbe anche il costo di un eventuale procedimento giudiziale e il costo della determinazione della partecipazione, tramite la relazione giurata di un perito esperto nominato dal tribunale.

A questo punto il mediatore, esperite tutte le ricerche e gli approfondimenti sugli interessi delle parti, ritiene maturo il momento per riunire le stesse in una sessione congiunta finale, in cui viene redatto l'accordo in modo conforme alla soluzione reperita dalle parti.