

## **Il notaio e la mediazione**

FRANCESCO PASTORE  
Notaio

La mia esperienza nel settore della risoluzione alternativa delle controversie non è molto risalente nel tempo.

Mi sono sempre qualificato, con orgoglio, un **notaio artigianale**, anche se con moderne tecnologie, e quindi non ho mai trascurato il rapporto personale con la clientela nell'ottica di ben interpretare le volontà delle parti. Esperienza questa, ahimè ultra trentennale, che mi ha portato a ricercare gli interessi e le aspettative dei contraenti, indipendentemente dal linguaggio adottato dagli stessi.

Ho notato anche che esiste un forte affidamento dei contraenti sulla figura del notaio, pubblico ufficiale, quale esperto di negoziazione.

Da tale esperienza ho capito, con forte entusiasmo, il ruolo che il notaio potrebbe avere nell'assumere la veste di mediatore professionale, non avendo grande fiducia nella risoluzione dei conflitti secondo l'ordine imposto (arbitrato e processo-giudizio), come meglio dirò in seguito.

In tale ottica anche quale Presidente di Consiglio Notarile Distrettuale (Avellino), questa mia impressione e conseguente convinzione sono state comunicate ai notai interessati, che, con la loro adesione, mi hanno consentito di organizzare presso il Consiglio, un corso di formazione per mediatore professionista, avvalendomi di un Ente di formazione regolarmente iscritto presso il Ministero di Giustizia e del relativo ottimo corpo docenti, corso nel quale, oltre alle tecniche di ADR, l'interesse è stato portato naturalmente alle risoluzioni di controversie di particolare interesse notarile (quali quelle nascenti da contratti, diritti reali, successioni e società).

Il corso si è tenuto nei mesi di giugno e luglio 2010.

Sono stato letteralmente "folgorato sulla via di Damasco" dall'incontro con le tecniche di ADR, anche avvalendomi di una precedente esperienza formativa fatta presso il Consiglio Nazionale del Notariato sulle tecniche di comunicazione, che credo siano indispensabili ad un abile mediatore professionale.

Come per San Paolo, convertito al Cristianesimo da improvvisa luce, anche per me l'incontro con le tecniche di ADR (Alternative Dispute Resolution) mi ha allontanato del tutto dai sistemi tradizionali di risoluzione delle controversie (giudizio o arbitrato) illuminando un nuovo e diverso approccio, che mi è parso risolutivo dei problemi conflittuali, *ma incredibilmente ignorato e disusato*.

Ora il D. Lgs n. 28 del 4 marzo 2010 ha fatto il “miracolo” di far progredire la nostra cultura verso un approccio più “giusto” alla giustizia.

Si tratta, infatti, di saper gestire uno strumento caratterizzato da **alte potenzialità** così come disciplinato dal detto decreto legislativo, grazie alle seguenti caratteristiche:

- **nuovo** come istituto a regime;
- **snello** perché si svolge senza formalità (artt. 3 terzo comma e 8 secondo comma);
- **sicuro** perché garantisce riservatezza e confidenzialità (artt. 3, 9 e 10);
- assicura il **controllo delle parti sul risultato**;
- **rapido**: l'art. 6 del d. lgs. fissa in quattro mesi il termine massimo di durata;
- svolge una **utile funzione sociale**, in quanto agevola il ripristino del dialogo fra le parti;
- **non limita mai gli inviolabili diritti delle parti** costituzionalmente garantiti, quali il diritto di agire in giudizio o il diritto di difesa (art. 24 Cost.): non preclude, infatti, mai, nel caso ne ricorrano i presupposti, l'accesso ad altri rimedi per la soluzione delle controversie, quali la giustizia ordinaria o l'arbitrato;
- **economico**: sia per i costi concorrenziali rispetto a quelli dell'arbitrato o della giustizia ordinaria, sia per i vantaggi fiscali che ne derivano. A norma dell'art. 17 del Dl. Lgs. n. 28/2010, infatti:
  - a) tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono infatti esenti da bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie (sperando che resti) ;
  - b) il verbale di accordo è esente da imposta di registro fino al limite di valore di euro 50.000,00;
  - c) le parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione, maturano un credito di imposta pari all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro 500,00 in caso di successo della mediazione o ridotto a metà in caso di insuccesso (art. 20 d. lgs. n. 28/2010);
- fa nascere **nuove figure professionali (i mediatori)**, auspicabilmente con una formazione molto elevata come ben sottolinea l'art. 16 del Dl. Lgs. n. 28/2010, che, a differenza di quanto era indicato nel medesimo articolo dello schema di decreto legislativo, esplicita l'obiettivo di *“garantire elevati livelli di formazione dei mediatori?”*.

Per comprendere la consonanza del notaio con l'istituto in esame analizzerei tre aspetti importanti: il concetto di giustizia, il conflitto e la negoziazione

## **1. Il concetto di giustizia**

Il sistema processuale italiano è un ottimo sistema giurisdizionale, estremamente garantista dei diritti delle parti e finalizzato al raggiungimento della soluzione giuridicamente corretta rispetto alle risultanze dell'istruttoria processuale.

Le controversie sottoposte agli organi giurisdizionali, però, si moltiplicano, le procedure tendono ad allungarsi ed i costi sopportati in occasione di tali procedimenti ad aumentare. L'accesso alla giustizia è d'altra parte reso ancora più difficile dalla quantità, dalla complessità e dalla natura tecnica dei testi legislativi. In particolare, questa situazione patologica a cui si riconduce l'amministrazione della giustizia in Italia, è la conseguenza di una molteplicità di fattori fra loro correlati, quali: la disinvolta propensione all'instaurazione di giudizi ordinari per il riconoscimento dei propri diritti; l'ingente mole di materiale che in ogni processo viene ad accumularsi; le manovre dilatorie, non sanzionate; la carenza di strutture e la limitata familiarità con la informatizzazione della gestione del contenzioso civile; ed infine, ma non meno importante, l'ingente arretrato che ingolfa le vie giudiziarie.

Emerge prepotente, anche sulla spinta dei grandi gruppi economici per i rapporti internazionali, l'esigenza di una più sofisticata, raffinata ed attenta ricerca di una **"Giustizia più giusta"**, per le sue inevitabili implicazioni con la coesistenza di valori quali la libertà, la pace e la democrazia.

Si tratta di un'esigenza che può essere riassunta nell'affermazione di Camus che *"se l'uomo fallisce nel conciliare Giustizia e libertà, fallisce in tutto"*.

Per coniugare libertà e giustizia bisogna che le parti siano gli attori della risoluzione dei conflitti affidandosi ad un ordine diverso da quello 'imposto' servendosi *dell'ordine negoziato* ove le parti mantengono dall'inizio alla fine, il controllo sulla procedura ed il suo eventuale risultato. La procedura è autonoma, nel senso che volta per volta segue tutte le regole che le parti abbiano stabilito; ed informale, nel senso che non segue prescrizioni o modelli. Appartengono a questo sistema la mediazione e la conseguente conciliazione.

## **2. Il conflitto**

L'atteggiamento con cui le nostre istituzioni si sono, fino ad oggi, accostate alla conciliazione, altro non è che una conseguenza del modo "unilaterale" di vedere il "conflitto" da parte delle nostre società moderne (a differenza di quelle cinese e giapponese).

Il conflitto è infatti considerato, senza ombra di dubbio, un evento patologico, un problema da risolvere in via esclusivamente tecnica da parte di soggetti competenti ed all'interno di una struttura ben individuata, quale il processo-

giudizio che, con la sua decisione imposta da un potere esterno è il principale, se non l'unico, metodo di soluzione conflittuale per assicurare l'ordine sociale.

Ma per quanto detto innanzi, se spogliato della considerazione pregiudiziale negativa, un conflitto può essere visto e vissuto come un'**occasione di confronto**, certo anche di contrasto, ma non necessariamente di dissidio insanabile che escluda a priori la possibilità di comunicare fra le parti ed implichi la trasformazione dell'avversario in un "nemico da sconfiggere".

Del resto i conflitti sono aspetti inevitabili e ricorrenti della vita: essi costituiscono momenti di stimolo, di crescita sociale ed individuale ed è perciò importante non imparare ad evitarli ma bensì a gestirli, a trovare cioè una forma per creare le condizioni che favoriscano una loro composizione costruttiva.

In tale ottica il conflitto deve essere capito nelle sue dinamiche (così da evitare la cd. *escalation*: 1. leggere differenze, 2. disaccordo, 3. disputa, 4. estensione del conflitto, 5. litigio, 6. lotta/guerra) e identificato nelle motivazioni di entrambe le parti interessate, valutando, in particolare, se dietro le pretese "giuridiche" non vi siano questioni di altra natura, che possano essere affrontate dalle parti in modo razionale e cooperativo.

I conflitti si presentano genericamente su due livelli: un primo livello, quello oggettivo (sostanziale), che riguarda i beni, il territorio o entrambi; un secondo livello, invece, è quello soggettivo (emotivo) che include le percezioni selettive, gli interessi, le aspettative, i timori, le emozioni nate prima, durante o dopo la nascita del conflitto.

Un buon conciliatore deve pertanto operare identificando quali siano i fattori in gioco e in che modo hanno contribuito a generare il conflitto, al fine di operare sulle cause che possono ostacolare un dialogo costruttivo ed un'analisi oggettiva della questione, oggetto della controversia.

Giova ricordare la nota immagine di un iceberg (La punta di questo iceberg è ciò che si vede, la parte che affiora, le posizioni delle parti; mentre la base dell'iceberg è rappresentativa della maggior parte degli interessi in gioco che rimangono il più delle volte sommersi, ed è alla "base" che il conciliatore deve "lavorare").

Al verificarsi di una situazione conflittuale le persone possono assumere vari atteggiamenti, quali: competere, evitare, cedere, convenire e cooperare. Queste cinque condotte possono essere considerate come il prodotto della relazione tra due variabili del conflitto: 1. la preoccupazione per gli obiettivi o le proprie mete; 2. la preoccupazione per gli obiettivi o le mete dell'altra parte (come affermato da Ana Uzqueda nel corso 2002 tenuto a Firenze presso CCIAA).

La scelta di un determinato comportamento piuttosto che un altro all'inizio del conflitto e gli atteggiamenti successivi, determineranno la dinamica del conflitto stesso e le possibilità di una sua effettiva gestione.

Al fine di poter risolvere una situazione conflittuale è innanzitutto necessario che le parti la riconoscano come tale. La procedura di conciliazione, pertanto, può utilizzarsi in due momenti diversi:

1. a seguito del fatto scatenante (**conflitto manifesto**): si tratta di dispute in cui le parti coinvolte sono facilmente identificate e riconoscono che c'è una divergenza fra i loro interessi e bisogni e la maggior parte dei problemi sono quindi evidenti;

2. quando le parti sono consapevoli di essere coinvolte in un conflitto latente e vogliono evitare che la situazione si evolva (**conflitto latente**). Tali conflitti sono caratterizzati dalla presenza di tensioni di base che non si sono sviluppate completamente e che non si sono ancora trasformate in un conflitto polarizzato.

### **3. La negoziazione**

A tutti, prima o poi, è capitato di negoziare con qualcuno: ad esempio i bambini si scambiano le figurine o i giocattoli a suon di negoziazioni, mentre gli adulti vivono tra una negoziazione e l'altra la propria esistenza.

Il momento conflittuale viene fuori in tali negoziazioni quando le parti perdono la fiducia l'una nell'altra e viene meno la comunicazione fra le stesse.

In tali momenti, al fine di risolvere la situazione di stallo, è fondamentale l'intervento di una terza persona, vicina alle parti ed equidistante (equiprossima) per riattivare la comunicazione fra le stesse e riconquistare quindi la fiducia (il conciliatore professionale).

La procedura che prevede l'intervento di una tale figura (ci si augura altamente specializzata) è senz'altro la conciliazione stragiudiziale, meglio, a mio giudizio definita '**negoziato professionale assistito**', il cui risultato (l'accordo conciliativo) avvicinerei al contratto di transazione come delineato nell'art. 1965 c.c. in particolare con riferimento al 2° comma dello stesso (ove emergono gli interessi non posti in conflitto), ma con la sostanziale differenza che nell'istituto codicistico manca la previsione dell'intervento del conciliatore professionista (terzo atipico).

E' compito di quest'ultimo, una volta acquisita la fiducia delle parti, come detto, trasferirla al processo negoziale in corso per ripristinare la comunicazione fra le stesse secondo il principio della **buona fede** (art. 1366: interpretazione del contratto; 1375: nella esecuzione del contratto; 1377: nelle trattative precontrattuali) prendendo in considerazione non le soluzioni giuridiche della controversia ma i reali interessi, aspettative e posizioni di ciascuna parte per generare opzioni soddisfacenti per la stessa.

Il tutto funziona al meglio nella **mediazione volontaria facilitativa** (art.2 del D. Lgs. 28/2010), mentre in quella **obbligatoria** (art. 5 – 1° comma), **su invito del giudice** (art. 5 – 2° comma), e **valutativa/aggiudicativa** di cui all'art. 5 (comma 1 e 2) la mancanza di libera determinazione delle parti può indurre un atteggiamento di sfiducia nelle attività svolte dal mediatore, sfiducia a volte propiziata anche dal legale di parte (stante l'incredulità della classe forense all'attuazione concreta del sistema mediazione così come previsto dal D. Lgs. 28/2010 espressa più volte sui vari periodici).

La conciliazione, perciò, rappresenta uno dei processi di equilibrio di potere nelle forme non coercitive di composizione dei conflitti, che termina con un accordo di reciproca soddisfazione per le parti.

#### **4. Il notaio nell'istituto della mediazione**

Lo specifico ruolo del notaio nell'istituto della mediazione viene espressamente delineato nelle previsioni sia dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69, che in quelle del decreto legislativo n. 28/2010 (art. 19), da cui emerge la particolare sensibilità con cui il legislatore individua un valore aggiunto nel ruolo degli ordini professionali.

In particolare il notariato vanta degli iscritti esperti, per peculiare formazione, in tecniche di negoziazione e che sono quotidianamente in contatto diretto con rapporti potenzialmente conflittuali nei settori del diritto di famiglia, diritto delle successioni, diritto immobiliare, diritto urbanistico e dell'edilizia, diritto commerciale, diritto quest'ultimo nel cui ambito è da tempo delegato al notaio il controllo di legalità anche formale in campo societario.

Valorizzare il patrimonio culturale ed il tecnicismo di ogni singola professione, nella ricerca di una giustizia più giusta, significa dare avvio ad un circolo virtuoso nel quale venga esaltata una formazione sempre più di qualità degli ordini professionali a servizio della società civile.

Venendo più specificatamente al tema non bisogna dimenticare come il notaio abbia nel suo DNA il cromosoma del mediatore.

A questo proposito intendo riferirmi:

- **all'imparzialità**, che costituisce l'essenza del ruolo istituzionale del notaio, terzo neutrale per definizione nel quotidiano svolgimento della sua professione;
- alla **riservatezza** che coincide esattamente col segreto professionale cui è tenuto il notaio nell'esercizio delle sue funzioni;
- al **rapporto di fiducia**, che costituisce il veicolo attraverso il quale i clienti scelgono il notaio, ma anche il presupposto indispensabile per il buon esito di una mediazione: solo se si instaura un rapporto di assoluta fiducia, infatti, ogni parte può essere disponibile a confidarsi con il mediatore fornendo, in via assolutamente riservata, chiavi di lettura del conflitto che possono rivelarsi determinanti per la sua positiva soluzione, ma che mai verrebbero invece volontariamente rivelate ad un terzo chiamato a decidere il conflitto stesso;
- al fatto che il notaio è anche **esperto di diritto e di tecnica contrattuale**, il che può rappresentare un valore aggiunto per la peculiarità di alcune controversie.

Il notaio-mediatore per formazione curerà che:

il verbale non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative ai fini della sua efficacia esecutiva (art.12);  
il verbale abbia i requisiti per essere trascrivibile se contiene gli atti di cui all'art. 11 del D. Lgs 28/2010;  
il verbale sia registrato con le agevolazioni del caso essendo un esperto nella materia (art.17).

Ci si domanda anche se l'omologa del Tribunale, su istanza di parte, per attribuire al verbale la natura di titolo esecutivo, si renda necessaria se il verbale di conciliazione venga redatto da notaio/mediatore professionale o anche quando il verbale stesso sia autenticato da notaio.

Credo che in tali ipotesi non sia necessaria l'omologa del Tribunale, ma c'è da chiedersi ulteriormente se il notaio rimane essere tale e quindi investito della pubblica funzione, anche se assume la veste di mediatore professionale.

Infine, l'ulteriore ruolo strategico di cui il notaio può farsi portatore facilmente soprattutto in questo preciso momento consiste nel poter fattivamente contribuire alla diffusione **della cultura** della mediazione ed all'abitudine di ricorrere alla mediazione nella risoluzione dei conflitti contrattuali.

E' il notaio, infatti, *in primis*, a poter svolgere, compatibilmente con la sua soggettiva sensibilità in ordine alla materia qui in esame, una consulenza professionale mirata al contenuto delle **clausole di conciliazione** (con la nascita della **mediazione contrattuale**) ed all'opportunità o meno del loro inserimento nei contratti a seconda della diversa e propria peculiarità degli stessi, contribuendo così alla loro diffusione ed alloro recepimento nella cultura di una società civile (c.d. mediazione contrattuale espressamente prevista dall'art. 5 – 5° comma del D. Lgs 28/2010).

Appaiono quindi sempre più strategiche ed importanti le clausole di conciliazione inserite nei contratti (specie quelli di durata o ad esecuzione differita) o negli statuti societari.

## **5. Conclusioni**

La mediazione non può essere considerata la panacea di tutti i mali, l'unica strada maestra alternativa rispetto al ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria: ogni controversia merita di trovare la sua soluzione più appropriata, che dipende da una infinità di variabili.

Ciò che preme sottolineare in questa sede è l'opportunità di considerare con la giusta attenzione la possibilità di avvalersi anche in Italia dello strumento della mediazione volontaria condotta secondo le tecniche *adr*, per l'intrinseco valore aggiunto che può derivare dall'accordo di conciliazione, senza dimenticare comunque che la scelta di questa via non preclude mai il ricorso, in caso di

fallimento, a vie decisorie diverse e tra loro alternative quali il giudizio ordinario o l'arbitrato.

Negli ultimi anni si è constatata una grande attenzione della dottrina nei confronti di questo nuovo istituto, a fronte però di uno scarsissimo risultato reale nei suoi primi tentativi di applicazione.

Ora, grazie alle istanze europee ed all'attento legislatore italiano, l'opportunità di far decollare anche in Italia l'istituto della mediazione è davvero dietro l'angolo ricordando che *"Giustizia non esiste là ove non vi è libertà"* (L. Einaudi). Si tratta di una occasione imperdibile per la crescita culturale di un Paese, ma richiede un enorme salto di qualità della società civile, a tutti i livelli, che non è e non può considerarsi certo e scontato.

Credo che il notariato, come sempre, darà il suo contributo a tale crescita culturale.