

**arbitrato - conciliazione - mediazione**  
**Natura delle controversie in materia di trust:**  
**mediazione obbligatoria e mediazione volontaria**

Il decreto legislativo 28/2010 ha dato attuazione alla delega contenuta nell'articolo 60, Legge 69/2009 introducendo una nuova disciplina della mediazione in materia civile e commerciale.

Il decreto disciplina il procedimento di mediazione con l'obiettivo di favorire l'utilizzo dello strumento in alternativa al processo civile ordinario.

Per perseguire questo obiettivo si sono adottate diverse modalità, da un lato prevedendo incentivi ed agevolazioni per chi sceglie la mediazione (articolo 5, 2 e 3 comma), dall'altro prevedendo l'esperimento della mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, con riferimento a controversie aventi per oggetto i rapporti giuridici di cui all'articolo 5 comma 1 decreto legislativo 28/2010.

Nei casi in cui è previsto il tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità, lì dove il tentativo di mediazione non c'è stato, il giudice d'ufficio o il convenuto possono alla prima udienza del procedimento giudiziale rilevare l'improcedibilità. Il giudice in questo caso assegnerà un termine di quindici giorni per dare avvio al procedimento di mediazione, fissando udienza a distanza di più di quattro mesi.

La relazione al decreto chiarisce che i criteri seguiti per individuare le controversie oggetto della obbligatorietà si riferiscono: al carattere duraturo del rapporto controverso, (che avrebbe indotto ad includere controversie in materia di diritti reali, condominio, successioni, divisioni e locazioni), all'elevata conflittualità del rapporto (che ha indotto ad includere anche controversie relative a risarcimento danni da responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa) ed alla diffusione di massa del contenzioso, che ha portato ad includere controversie in materia bancaria, assicurativa e finanziaria e risarcimento del danno da circolazione veicoli.

Opera all'interno di queste aree di contenzioso il limite posto dall'articolo 2 del decreto legislativo 28/2010, che esclude dall'ambito di applicazione della disciplina della mediazione il contenzioso che riguarda diritti non disponibili.

La limitazione è giustificata dalla natura negoziale della mediazione che, essendo finalizzata al raggiungimento di un accordo, deve presupporre che le parti possano liberamente disporre dei diritti controversi.

Altro limite è posto dai rapporti coperti da norme inderogabili, rispetto ai quali occorre distinguere tra mediazione avente per oggetto situazioni pregresse, rispetto alle quali non vi sarebbero limiti a rinunciare a diritti sorti in conformità a norme inderogabili, e mediazioni aventi per oggetto anche rapporti futuri che dovranno, anche nell'ambito della mediazione, essere regolati nel rispetto delle norme inderogabili.

Quello che si vuole esaminare in questa sede è in che misura controversie aventi per oggetto rapporti attinenti ad un trust possono ricadere nelle categorie previste dall'articolo 5 comma 1 del decreto legislativo 28/2010.

Infatti controversie che riguardano diritti reali, successioni, divisioni, patti di famiglia, attività finanziaria potrebbero essere relative a rapporti che hanno origine in un atto di trust, o sono strutturate con un trust, o potrebbero avere origine nell'esecuzione di un atto di trust.

E'utile a questo fine esaminare le singole materie per definire il significato del riferimento generico effettuato dall'articolo 5.

In particolare con riferimento ai diritti reali, l'interpretazione prevalente della dottrina, che prende spunto dalla giurisprudenza che individua il significato di “diritti reali” ai fini della determinazione della competenza giudiziaria, circoscrive il riferimento alle controversie aventi ad oggetto l'accertamento positivo o negativo della proprietà o un diritto reale di godimento, dei modi di costituzione dello stesso, ovvero delle posizioni soggettive attive o passive che direttamente ne derivano.

Sono invece dalla stessa giurisprudenza escluse le controversie aventi natura personale e non reale, quali quelle relative al pagamento di somme di denaro dovute per il godimento del bene e le liti relative ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento dei diritti reali.

Questa definizione di diritti reali, che sembrerebbe corretta, farebbe ricadere nella categoria delle controversie soggette a mediazione in via pregiudiziale, quelle controversie che hanno per oggetto atti di trust che prevedono il conferimento di diritti reali, atti di disposizione a favore di trust di diritti reali, nonché controversie sorte tra trustee e beneficiario, tra beneficiari, in relazione a posizioni che derivano dal diritto quali il godimento del bene o il diritto di disposizione.

Per quanto riguarda successioni, divisioni e patti di famiglia, il riferimento generico all'articolo 5 sembrerebbe voler includere ogni controversia avente per oggetto successioni, divisioni e patti di famiglia.

Potrebbero pertanto ricadere in queste categorie azioni aventi per oggetto la riduzione di patrimonio costituito in trust in violazione del regime delle quote di legittima; le controversie relative a divisioni (di beni mobili od immobili o somme di denaro) del fondo del trust effettuate dal trustee a favore dei beneficiari; le controversie relative ai patti di famiglia lì dove l'azione riguardi la costituzione in trust di parte del patrimonio familiare in esecuzione del patto.

In questi casi la mediazione è esclusa con riferimento ai diritti indisponibili, mentre può operare con riferimento ai diritti patrimoniali connessi invece disponibili. Si rende pertanto necessario caso per caso valutare se oggetto della controversia è esclusivamente un diritto indisponibile, nel qual caso la mediazione sarà esclusa, o un diritto patrimoniale connesso al diritto indisponibile, nel qual caso si potrà utilizzare la mediazione purché gli accordi raggiunti non vadano ad alterare i diritti indisponibili.

Potrebbero essere comprese nella categoria finanziaria le controversie relative alla gestione del fondo del trust da parte del trustee ed in particolare quelle relative ad investimenti e disinvestimenti effettuati dal trustee.

Sembrerebbe pertanto che, mentre fino all'entrata in vigore dell'articolo 5 comma 1 del decreto legislativo 28/2010 la mediazione si poneva come mezzo utile al fine di comporre non solo aspetti patrimoniali e giuridici, ma anche conflitti personali sottostanti, la cui scelta era lasciata completamente alla volontà delle parti, dall'entrata in vigore dell'articolo 5 comma 1 del decreto legislativo 28 /2010, la mediazione è diventata per molte azioni in materia di trust condizione di procedibilità e quindi passaggio necessario per la risoluzione della controversia.

Questa nuova collocazione della mediazione rende particolarmente necessaria una riflessione su come lo strumento della mediazione possa acquisire una struttura specifica per essere un mezzo efficiente ed efficace per le controversie in materia di trust.

La struttura specifica dovrebbe contemplare:

- **mediatori abili ed esperti:** sotto questo aspetto, che secondo la teoria della mediazione è il più importante per l'esito positivo del procedimento, andrebbero privilegiate figure che sono esperte nella mediazione piuttosto che nella materia della controversia.

- **la conoscenza da parte del mediatore della materia oggetto della controversia:** la materia del trust richiede conoscenze specifiche senza le quali il mediatore non potrà efficacemente sviluppare e seguire la negoziazione fra le parti; pertanto, anche se il mediatore non decide e quindi non deve esprimere un giudizio che sarà in qualche modo vincolante fra le parti, il mediatore dovrà avere una conoscenza sufficiente della materia del contendere per poter seguire le argomentazioni delle parti e guidarle nella negoziazione.

l'enfasi su un procedimento di mediazione di tipo facilitativo al fine di ottenere un accordo di conciliazione che risolve il conflitto fra le parti oltre a porre delle regole per la risoluzione della controversia; la possibilità per le parti, qualora in sede di mediazione facilitativa l'accordo conciliativo non venga raggiunto, di richiedere a un terzo, individuato dall'organismo di mediazione, una proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo 28/2010; la scelta del soggetto che formula la proposta verrebbe fatta ricadere su un terzo, mediatore specifico di questa fase della mediazione, al fine di assicurare che l'efficacia della fase facilitativa non venga compromessa dalla reticenza delle parti che potrebbero scegliere di non rendere il mediatore partecipe delle loro informazioni e dei loro interessi, alla luce del fatto che lo stesso mediatore potrebbe essere portatore di una proposta qualora non si raggiunga un accordo.

Al fine di assicurare la gestione completa del conflitto con metodi di volontarietà graduata ma tutti impostati sul principio della riservatezza e della necessità di assicurare che la gestione della risoluzione ugualmente del conflitto sia in ogni stadio affidata a soggetti con conoscenze specifiche sia della materia giuridica, sia delle necessità di chi è parte del conflitto, la stessa struttura di mediazione potrebbe prevedere che, in caso di esito negativo della mediazione, le parti si possono rivolgere ad arbitro o arbitri da loro designati di commune accordo o, qualora l'accordo non venga raggiunto, individuati al centro per una soluzione valutativa della controversia.

In questo modo si assicurerebbe una decisione, raggiunta nel rispetto delle regole che reggono il giudizio ed in particolare del principio del contraddittorio e della rilevanza delle prove addotte a sostegno delle domande e delle difese, senza compromettere la confidenzialità e lasciando alle parti la possibilità di designare l'organo giudicante.

Una struttura med-arb sviluppata su questi criteri risponderebbe alle esigenze di chi vuole espressamente prevedere la mediazione, o la mediazione e l'arbitrato, nell'atto di trust, di chi non avendo previsto il ricorso alla mediazione nell'atto di trust è comunque tenuto ad esperire il tentativo di conciliazione in via pregiudiziale ai sensi dell'articolo 5 comma 1.

*Avv. Antonia Marsaglia*

*Mediatore e Formatore accreditato*

L'articolo 6 del d. lgs. 28/2010 stabilisce che il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi.

in questo senso Battaglia in Castagnola e Delfini “La mediazione delle controversie commerciali”, Cedam, Padova, 2010, 75; contra Finocchiaro “Scatta dal 20 marzo la prima informativa al cliente“, Guida dir, 2010, 12, 62; (nota: Cass. 8 giugno 2006 n. 13353 in Foro Italiano on line, Cass. 26 novembre 1998, n. 11976 in Foro Italiano on line).

rispetto ai quali l'articolo 768 bis cc già prevedeva l'obbligo del tentativo di conciliazione

si rileva come secondo la dottrina prevalente l'esperimento del tentativo di mediazione è condizione pregiudiziale solo in caso di successivo giudizio, mentre qualora il ricorso all'arbitrato sia possibile e le parti scelgano di rivolgersi all'arbitrato la condizione di pregiudizialità della mediazione di cui all'articolo 5 comma 1 D. lgs 28/2010 non si applica.

Per maggiori informazioni: [segreteria@marsaglialex.it](mailto:segreteria@marsaglialex.it)