



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

Diritti disponibili e indisponibili

Febbraio 2012





A cura della Commissione

“Arbitrato e conciliazione”

Presidente

Flavia Silla

Segretario

Jacopo Donatti

Componenti

Marcella Caradonna

Paolo Giorgis

Giuseppe Daniele Manenti

Salvatore Monaco

Angelo Napolitano

Pierluigi Pisani

Carlo Regis

Antonio Tammaro

Esperto

Maria Carla Giorgetti

Segreteria tecnica

Cristina Bauco

Mandato 2008-2012

Area di delega:

Funzioni giudiziarie

Consigliere Delegato:

Felice Ruschetta

Consiglieri Co-Delegati

Marcello Danisi, Massimo Mellacina, Giulia Pusterla



Indice

1. OGGETTO DELLA MEDIAZIONE	4
2. DIRITTI DISPONIBILI E INDISPONIBILI: ATTIVITÀ DELL'ORGANISMO DI MEDIAZIONE E DEL RESPONSABILE DELL'ORGANISMO STESSO	4
3. DISPOSIZIONI GENERALI IN TEMA DI INDISPONIBILITÀ.....	6
4. LA DISPONIBILITÀ CARATTERISTICA DEI DIRITTI PATRIMONIALI E L'INDISPONIBILITÀ REQUISITO DEI DIRITTI PERSONALISSIMI	8





1. OGGETTO DELLA MEDIAZIONE

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del D.lgs. n. 28/2010: "Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto".

La norma è in linea con la Legge delega n. 69/2009 e nello specifico con l'art. 60, comma 3, lett. a)¹, nonché con la Dir. CEE n. 512/2008.

Tale norma, inoltre, va coordinata con l'art. 12 del medesimo decreto 28: l'accordo relativo ai diritti disponibili incontra, infatti, il limite rappresentato dall'ordine pubblico e dal rispetto delle norme imperative.

Di conseguenza, il Presidente del Tribunale, eventualmente interessato dalla richiesta di parte di omologa del verbale di accordo, dovrà non solo procedere all'accertamento della regolarità formale del documento, ma sarà tenuto a controllare in primo luogo che la conciliazione si riferisca a controversie concernenti diritti di cui le parti possono disporre e in seconda battuta che l'accordo relativo a tali diritti non contrasti con l'ordine pubblico o con le norme imperative.

Diversamente, il provvedimento di omologa non potrà essere rilasciato; il verbale di accordo, quindi, non assume, in mancanza di altri presupposti, la veste di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata e l'esecuzione in forma specifica né consente l'iscrizione di ipoteca giudiziale a tutela della parte adempiente.

2. DIRITTI DISPONIBILI E INDISPONIBILI: ATTIVITÀ DELL'ORGANISMO DI MEDIAZIONE E DEL RESPONSABILE DELL'ORGANISMO STESSO

Valutare se la controversia verta su diritti disponibili ovvero indisponibili per le parti significa individuare, in primo luogo, chi sia il soggetto deputato a occuparsi del problema².

¹ "Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che la mediazione finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; (.....)".

² Nel formulare la domanda di mediazione, si assiste frequentemente ad una circostanza: la parte evidenzia fin da subito il dubbio circa la disponibilità o meno del diritto invocato nella controversia. In altre parole, lascia ad altri il compito di risolvere la questione e di stabilire se si possa procedere alla mediazione.



Sul punto, è da ritenere che tale incarico spetti all'Organismo di mediazione e in particolare al suo Responsabile. L'Organismo deve fin dall'origine decidere se la controversia verta su diritti disponibili o indisponibili in base alla domanda presentata dalla parte.

Il rifiuto di procedere alla mediazione va comunque motivato e il motivo deve essere "giustificato" in base al secondo comma dell'art. 9, DM. 180/2010³.

Nella motivazione, in particolare, andranno inserite, sia pure sinteticamente, le valutazioni effettuate dal Responsabile dell'Organismo circa l'indisponibilità del diritto oggetto della controversia.

Viceversa, è da ritenere omessa la motivazione con la quale il Responsabile si limita ad affermare semplicemente che il rifiuto è collegato all'indisponibilità del diritto senza addurre ulteriori specificazioni.

In ogni caso, la risposta negativa di comodo (diretta, in realtà, ad evitare di occuparsi della mediazione su controversie dubbie) sarà sanzionabile perché di ostacolo al procedimento voluto dal legislatore comunitario e da quello nazionale per deflazionare il contenzioso italiano⁴.

Come prima si diceva, la decisione circa la disponibilità o l'indisponibilità del diritto per le parti chiamate in mediazione compete al Responsabile dell'Organismo. Si tratta, a ben vedere, di un compito arduo e tutt'altro che semplice tenuto conto dello sviluppo che la materia ha ricevuto nel tempo (cfr. sul punto i successivi paragrafi 3 e 4).

In questa prospettiva, il Regolamento di procedura di ogni Organismo potrà stabilire strumenti e modalità in ausilio al Responsabile.

Rivestirebbe, poi, notevole importanza la creazione di una banca dati fruibile dai vari Responsabili e diretta a raccogliere la prassi adottata dai vari enti di mediazione con riferimento a casi concreti. Per completezza si ritiene necessario stabilire se l'esame effettuato dal Responsabile dell'Organismo circa la disponibilità o meno del diritto sia da ritenersi o meno esaustivo del problema. Si potrebbe, infatti, pensare che il mediatore nominato dal Responsabile debba

³ Ai sensi di tale disposizione "A seguito dell'iscrizione, l'organismo e il mediatore designato non possono, se non per giustificato motivo, rifiutarsi di svolgere la mediazione".

⁴ Il rifiuto a svolgere il procedimento di mediazione al pari dello svolgimento vero e proprio sono soggetti alla vigilanza da parte del Ministero della Giustizia e all'esame degli ispettori.



comunque procedere ad una propria valutazione della questione prima di iniziare le sessioni di mediazione con le parti.

La risposta all'interrogativo è strettamente collegata all'ambito di responsabilità civile del mediatore circa il contenuto dell'accordo.

Per quanti ritengono che questi non ne abbia, essendo il mediatore un soggetto che si limita esclusivamente ad aiutare le parti nella ricerca di un accordo, la conclusione dovrebbe essere quella di ritenere definitivo l'intervento del Responsabile dell'Organismo.

Seguendo, invece, l'altro indirizzo dottrinario - che riconosce in capo al mediatore una responsabilità civile in quanto pieno conoscitore dell'accordo raggiunto tra le parti - si dovrebbe giungere alla soluzione opposta.

Se così fosse, il mediatore avrebbe, cioè, piena autonomia e potrebbe intervenire in senso diverso da quanto deciso dal Responsabile dell'Organismo, tanto da impedire la continuazione del procedimento di mediazione.

Al momento, la dottrina non ha trovato ancora una posizione unitaria e dunque non sembra possibile fornire una risposta univoca sul quesito sollevato.

È peraltro auspicabile, nell'interesse delle parti, che mediatore e Responsabile dell'Organismo giungano a una visione condivisa del problema in modo da evitare disguidi per chi si avvicina alla mediazione.

Si può poi suggerire, al ricorrere di situazioni dubbie, di agire nel modo seguente: una volta preso atto dell'oggetto dell'istanza da parte del Responsabile dell'Organismo, andrebbe specificato che la nomina del mediatore e l'attività di quest'ultimo siano limitate alla sola parte della controversia vertente sicuramente sui diritti disponibili.

3. DISPOSIZIONI GENERALI IN TEMA DI INDISPONIBILITÀ

Alcune norme del nostro codice civile prevedono le conseguenze che discendono dall'indisponibilità stabilendo in particolare che:

- i diritti indisponibili non si prescrivono (art. 2934, c. 2, c.c.);
- i diritti indisponibili non permettono inversioni di prova (art. 2698 c.c.);



- i diritti indisponibili non si prestano a confessione o a giuramento (artt. 2733, comma secondo, e 2739, comma primo, c.c.).

Si deve poi aggiungere che in materia di diritti indisponibili:

- la decadenza è rilevabile d'ufficio (art. 2969 c.c.);
- chi è incapace o comunque impossibilitato a disporre del diritto non può rendere efficaci confessioni (art. 2731 c.c.), né deferire o riferire giuramenti (art. 2737 c.c.), né rinunciare alla prescrizione (art. 2937, comma primo, c.c.) o alla decadenza o alterarne la disciplina legale (art. 2968 c.c.).

Si segnala, infine, che in tema di transazione si richiede alle parti la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite e si sanziona con la nullità la transazione relativa a diritti sottratti alla disponibilità dei contendenti (art. 1966 c.c.).

La presenza delle norme sopra indicate non fa tuttavia venire meno il problema di base: le disposizioni parlano di indisponibilità, ma non indicano i criteri di individuazione dei diritti indisponibili (in modo da distinguerli chiaramente da quelli disponibili).

In altre parole, non esiste un catalogo di diritti indisponibili riscontrabili direttamente nel nostro ordinamento; né è possibile procedere ad una selezione partendo dalle disposizioni generali in materia di indisponibilità sopra riportate. L'imprescrittibilità come l'inefficacia della confessione e l'impossibilità di deferire o riferire giuramenti sono infatti profili non esclusivi dei diritti indisponibili e si riscontrano anche nei diritti disponibili (ad esempio, l'imprescrittibilità del diritto di proprietà)⁵.

⁵ C. Ruperto, *Prescrizione e decadenza*, in *Giurisprudenza Bigiavi*, Torino, 1985, 43; P. Fabris, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milano 1978, 15.



4. LA DISPONIBILITÀ CARATTERISTICA DEI DIRITTI PATRIMONIALI E L'INDISPONIBILITÀ REQUISITO DEI DIRITTI PERSONALISSIMI

L'idea che spetti a dottrina e giurisprudenza la definizione dell'ambito e dei caratteri dei diritti indisponibili e di quelli disponibili, in assenza di un criterio legislativo, ha condotto tradizionalmente, nell'ambito del diritto civile, ad una divisione di campo.

In particolare, l'indisponibilità viene riscontrata maggiormente nell'ambito dei diritti della personalità, degli alimenti e delle posizioni di *status familiae*⁶, mentre la natura disponibile riguarda i diritti patrimoniali.

La ragione del trattamento riservato ai diritti della personalità è collegato alla circostanza che i diritti della personalità ineriscono inscindibilmente alla sfera individuale di un soggetto da cui non possono essere separati.

Dunque, i diritti alla vita, all'integrità fisica, all'identità sessuale e le posizioni similari presidiano l'individuo come singolo e nei suoi rapporti sociali e, proprio perché indisponibili, risultano imprescrittibili, inalienabili, intrasmissibili, irrinunciabili, impignorabili, inusucapibili⁷.

Come tali vanno a contrapporsi ai diritti patrimoniali tipicamente disponibili e atteggiabili in base alla volontà del titolare.

La natura fondamentalmente disponibile di questi ultimi rappresentata in primo luogo dalla loro cedibilità trova base su precetti dell'economia liberale e nello specifico nell'idea secondo cui "(...) quanto più la ricchezza presente circola tanto più essa contribuisce alla creazione di nuova ricchezza"⁸. "E poiché la ricchezza (...) è quella espressa in un valore economico, l'abbinamento tra

⁶ Come quello di stato di figlio o di coniuge.

⁷ L. Navarra, V. Ricciuto, C. Scognamiglio, *Istituzioni di diritto privato*, Torino 2001, 105.

I diritti della personalità – è stato autorevolmente sostenuto – "sono indisponibili ed incommerciabili, con una eccezione di rilievo al regime giuridico dei beni, giustificata dal fatto che essi sono connaturati al singolo individuo e con lui nascono e muoiono...", in tal senso, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 194.

⁸ F. Galgano, *Diritto privato*, Padova 2001, 116.



*diritti patrimoniali e possibilità di una loro dismissione appare naturale nel nostro orizzonte culturale*⁹.

Le due endiadi “personalità e indisponibilità”, da un lato, e “patrimonialità e disponibilità”, dall’altro, non sono però granitiche e soffrono di numerose eccezioni nella regolamentazione normativa.

Così, il principio di libera negoziabilità in materia patrimoniale trova molteplici deroghe nei vincoli alla proprietà e più spesso nei limiti connessi alla natura della cosa. Si pensi, come avverte autorevole dottrina¹⁰, ai tanti beni privati esclusi da negoziazione, come i terreni abusivamente lottizzati, ai divieti di commercializzazione di prodotti animali o vegetali per motivi di salute pubblica, o ancora alle opere d’arte contraffatte, alle aree circostanti i fabbricati destinate a parcheggio, alle frequenze per le radiocomunicazioni e la televisione. Si considerino poi quei beni che possono circolare solo dietro autorizzazione del giudice o del *placet* del coniuge o del coerede, nonché i beni del fallito o quelli sottoposti a sequestro o pignorati.

Anche nell’ambito dei diritti tradizionalmente ritenuti indisponibili (e quindi incedibili e irrinunciabili), secondo la classificazione prima evidenziata si riscontrano profili di disponibilità.

Così la formula dell’art. 5 c.c., secondo cui gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica, permetterebbe, secondo un’interpretazione *a contrario*, la disponibilità del diritto se non ne derivi una lesione permanente. Da qui l’ammissibilità della donazione del sangue e di quella del rene tra viventi.

Anche il diritto alla riservatezza risulta entro certi limiti disponibile, come avviene quando vengono divulgate su autorizzazione vicende personali e ciò anche dietro compenso.

Posizione analoga sussiste per il diritto al nome che può essere oggetto di regolamentazione, ad esempio tra ex coniugi¹¹.

Come evidenziato, solo l’indisponibilità della vita viene considerata assoluta nell’opinione generale.

⁹ L. Olivero, *L’indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008, 51.

¹⁰ L. Olivero, *op.cit.*, 54-55.

¹¹ Come per l’utilizzo pubblicitario.



A ben vedere, però, nemmeno questa *“(...) si sottrae appieno all’evenienza di essere incisa da manifestazioni di volontà, in senso lato, dispositive”¹²*. E così l’indisponibilità del bene vita *“incespica di fronte alla possibilità di rifiuto dei trattamenti sanitari, dalla cui omissione o interruzione consegue senz’altro la morte diretta del soggetto”*.

E per quanto gli interpreti e la giurisprudenza della Corte Costituzionale escludano in tal caso la presenza di un atto dispositivo della vita e di rinuncia, ritenendo che il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche sia solo una modalità di accettazione della malattia e del suo decorso, è da ritenere che il concetto di “indisponibilità” della propria vita sia stato messo in discussione¹³.

A conclusione di queste brevi considerazioni è opportuno evidenziare due profili:

- a. le norme generali sull’indisponibilità non consentono di individuare i relativi diritti. L’interprete conosce solo che i diritti indisponibili non si transigono, non si prescrivono e non sono suscettibili di confessione o di giuramento;
- b. anche la classica suddivisione dottrinale in base alla quale i diritti della personalità sarebbero indisponibili mentre i diritti patrimoniali presenterebbero il connotato della disponibilità non ha più valenza. Gli interessi sottostanti alla regolamentazione giuridica e l’evoluzione del diritto evidenziano, infatti, che disponibilità e indisponibilità sono presenti sia nei diritti personalissimi, sia in quelli patrimoniali.

Immaginare dunque di stilare un elenco determinato di diritti disponibili e di diritti indisponibili in modo da evidenziare a priori quelli che possono essere oggetto di mediazione e quelli che per legge ne sono esclusi è fatica improba se non addirittura impossibile in assenza di criteri legislativi.

L’esame va, dunque, svolto dall’interprete caso per caso tenendo conto degli orientamenti dottrinari, delle tendenze evolutive della giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale e, non ultimi, degli indirizzi assunti per il contratto di transazione e in sede di arbitrato.

¹² L. Olivero, op.cit. 138.

¹³ Il caso Englaro e le nuove frontiere della bioetica sembrano poi spingere verso nuovi spazi a favore dell’individualità e dunque della disponibilità del diritto alla vita.