

“LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA”
Dalle origini alla riforma Cartabia

2024 © Arduino Sacco Editore

Proprietà letteraria riservata
2024 © **Arduino Sacco Editore**

Sede amministrativa Roma

Prima edizione 2024

Finito di stampare
dal centro stampa editoriale della
Arduino Sacco Editore

Ass. Culturale

Sede Regionale: L.go dei Martiri 6 - Bella (PZ)

BARBARA GARRONE

**“LA MEDIAZIONE
OBBLIGATORIA”**

Dalle origini alla riforma Cartabia



Saggistica

Arduino Sacco Editore

STORIA DI UN ISTITUTO INNOVATIVO, LE TAPPE, LE FIGURE PRODROMICHE

1. Capitolo Primo

1.1. Il vento delle riforme pg xx

1.2. Il cambiamento si accosta alla giustizia/

I sistemi stranieri e l'Italia pg xx

1.3. Paralleli con il Giudice di pace pg.13

1.4. Lentezze pg 15

2. Capitolo Secondo

2.1. Un principio anglosassone si diffonde
el “vecchio continente” pg 17

2.2. Il recepimento della direttiva pg 19

2.3. Dalla direttiva alle norme di
attuazione in Italia pg 21

3. Capitolo Terzo

3.1. Prime interferenze interpretative pg 26

3.2. Eccesso di delega nel D.lgs 28/2010 pg 28

3.3. il “Decreto del fare” e
la stabilizzazione pg 30

4. Capitolo Quarto

4.1. La riforma Cartabia:
il nuovo aspetto della mediazione pg 33

4.2. La Condizione di procedibilità pg 35

4.3. Il Decreto ingiuntivo pg.37

4.4. La legittimazione in mediazione
dell'amministratore di condominio pg 38

4.5. La mediazione demandata
dal giudice pg 38

4.6. Mediazione prevista contrattualmente
o statutariamente e condizione
di procedibilità pg 39

MEDIAZIONE E MEDIATORI

5. Capitolo Quinto

- 5.1. Il momento della mediazione pg 40
- 5.2. Il mezzo telematico pg 41
- 5.3. Modalità, durata e conclusione del procedimento: quali novità con la riforma Cartabia pg 43
- 5.4. Il titolo esecutivo pg.46
- 5.5. Il credito di imposta pg 47
- 5.6. Il ruolo dei legali pg 48

6. Capitolo Sesto

- 6.1. Requisiti dei mediatori e rapporto con il titolo di studio di studio pg 50
- 6.2. Mediazione facilitativa e mediazione aggiudicativa pg 53
- 6.3. Funzione del mediatore all'interno del procedimento di mediazione pg 54

7. Capitolo Settimo

- 7.1. Gli obblighi del mediatore professionista pg 57
- 7.2. Imparzialità pg 58
- 7.3. Linee interpretative in tema di eccesso o carenza di poterepg60
- 7.4. Ulteriori doveri pg 62
- 7.5. Rispetto della regolarità formale e delle norme imperative e dell'ordine pubblico pg 64
- 7.6. Verbalizzazione pg 65

8. Capitolo Ottavo

- 8.1. Le competenze professionali del mediatore, tra doti umane e conoscenze giuridiche pg 68
- 8.2. Sistemi di controllo pg 70
- 8.3. Inquadramento professionale della figura del mediatore pg 72

9. Capitolo Nono

- 9.1. Il mediatoreavvocato pg 77
- 9.2. il mediatore dipendentepubblico pg 79

- 9.3. Il mediatore agente di Pubblica Sicurezza pg 81
- 9.4. Incompatibilità tra mediatore e giudice di pace pg 83

MEDIAZIONE NELL'ESPERIENZA

10. Capitolo Decimo

- 10.1. La partecipazione della P.A.: premessa pg 85
- 10.2. Principi pg 87

11. Capitolo Undicesimo

- 11.1. Esempi di ordinanze e decreti sulla “mediazione” pg 91
- 11.2. La presenza dei legali pg 95

12. Capitolo Dodicesimo

- 12.1. Il gratuito patrocinio pg 99

BILANCI E FUTURO

13. Capitolo Tredicesimo

- 13.1. La partenza europea pg 111
- 13.2. Relazione tra mediazione e giurisdizione e competenza del controllo su osservanza e regolarità pg 113
- 13.3. L'aspetto della legalità nella mediazione pg 115
- 13.4. Ruolo dell'avvocatura e ultime statistiche; il punto di vista del consiglio nazionale forense pg 116

14. Capitolo Quattordicesimo

- 14.1. Criticità pg 120
- 14.2. Una cultura comune della mediazione pg 123
- 14.3. Una prima analisi quantitativa... pg 125
- 14.4. Prospettive future pg 128

*A mio marito Luciano
Ai miei figli
Luca, Beatrice,
Francesco, Andrea,
Federico, Margherita*

Prefazione

Il lavoro descrive il percorso che porta all'individuazione dello strumento della mediazione, da un punto di vista antropologico, storico e soprattutto attraverso le tappe normative e al cammino verso la scelta di servirsene.

Ad oggi la strada per attuare un vero momento mediatizio appare ancora lunga e, di massima, tale obiettivo si è rivelato soltanto un tentativo, impregnato di buona volontà e determinazione, dei legislatori europei e nazionali: scontratosi, tuttavia, almeno nel nostro paese, con un "assetto" ontologicamente e culturalmente ancora destinato a privilegiare i tradizionali momenti giuridici e per essi strutturato.

Si è partiti dunque da una prima ricognizione per esplorare le tappe storiche, i vari stadi di attuazione, le criticità e alcuni aspetti forse non ancora approfonditi, o passati in secondo piano, di un progetto che, qualora andasse a buon fine, rivoluzionerebbe il modo di intendere la risoluzione delle controversie.

Sicuramente risulterà necessario un tempo più lungo per il raggiungimento di tale obiettivo, ma la tesi spera di rappresentare l'idea di un "trampolino ideale" verso il nuovo modo di intendere le liti che possa entrare, anche se per ora solo astrattamente, nelle aule giudiziarie dove la contrapposizione fra le parti possa essere improntata alla comprensione, nell'interesse dei cittadini e degli "operatori legali".

STORIA DI UN ISTITUTO INNOVATIVO, LE TAPPE, LE FIGURE PRODROMICHE

Capitolo Primo:

Il vento delle riforme–Il cambiamento si accosta alla giustizia/I sistemi stranieri e l’Italia – Paralleli con il Giudice di pace - Lentezze

Il vento delle riforme

Dal 1970 l’idea di una riforma della pubblica amministrazione e del decentramento amministrativo diventa un’attività stabile e sistematica dell’apparato pubblico, che rincorre una realtà sempre più complessa e continuamente sottoposta ai cambiamenti della tecnologia moderna e alla destabilizzazione causata “dalla globalizzazione delle problematiche” che richiedono un approccio internazionale ed una visione più ampia per quanto riguarda le eventuali soluzioni.

L’apparato pubblico diviene pertanto uno strumento fondamentale per supportare le necessità della vita civile, parallelamente alla storia e alle vicende politiche contemporanee¹.

I DPR 616 e 617 del 1977 sanciscono un trasferimento organico delle funzioni amministrative dello Stato, nonché una parziale riduzione di tutte quelle direzioni ministeriali non più operative.

Nonostante ciò, il rapporto del 1979 redatto dall’On. Gianni, responsabile della Funzione Pubblica, riferisce di una situazione ancora negativa, “*per carenza di adeguamento normativo e di una vera cultura del decentramento*”².

¹ M.Cerruto “Le pubbliche amministrazioni e le tappe del processo evolutivo dello Stato” in Dispense Scienza dell’Amministrazione 2022/2023 pp. 1-6

Sulla scia del rapporto Giannini, iniziano le prime significative riforme:

- La Legge 400/1988 - riorganizzazione della Presidenza del Consiglio fino ad allora impegnata nel coordinamento di funzioni operative/amministrative - ad esempio, in tema di protezione civile, ferma rimanendo l'esistenza di ministeri senza portafoglio
- La Legge 142/1990 - sugli enti locali; una completa revisione del Testo Unico sui Comuni e le Province del 1934; rappresenta sicuramente il punto di partenza della riforma che raggiungerà il suo apice nel completo riordinamento del 2000
- La Legge 241/1990 - c.d. sulla "trasparenza" che evidenzia il nuovo ruolo del cittadino nel rapporto con la P.A.
- La Legge 421/1992 - che delega al Governo la revisione di materie quali la sanità, il pubblico impiego, la previdenza e la finanza territoriale
- La Legge 20/1994 - che rappresenta la riforma delle pubbliche competenze, elimina buona parte dei controlli su Stato ed enti locali, laddove in precedenza la Corte dei Conti era compartecipe dell'attività ministeriale: viene privilegiato il controllo "ex post" del risultato. Tale attività legislativa ha perseguito costantemente l'obiettivo dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

La legge 241/90, in particolare, da subito ribattezzata "sulla trasparenza amministrativa" in omaggio a un sentire popolare allora molto diffuso, costituisce l'effetto di una riforma dell'apparato pubblico fino ad allora vissuto come "*elefan-*

² F. Angeli "L'analisi della pubblica amministrazione, teorie, concetti e metodi - vol 2 Prospettive di analisi per le amministrazioni pubbliche", Milano 2008, pp. 15-39

tiaco e farraginoso”, diostacolo sia al funzionamento della macchina statale e dei suoi annessi che ai diritti dei cittadini, oltre che non più al passo con la modernità che incombeva e con le nuove tecnologie.

La riforma introdotta con la legge 7 agosto 1990 n.241, integrata e modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, mostra da un lato l'intento di semplificare “l'originaria norma semplificante” e dall'altro rappresenta un adeguamento a tutti i cambiamenti intercorsi nella realtà economico-sociale. Nel 1997 con le leggi 59 e 127, note complessivamente con il nome di “riforme Bassanini”, si ritiene di imprimere un nuovo e incisivo impulso ai criteri di governance e soprattutto ai rapporti tra enti pubblici ed enti privati, sia attraverso la riduzione di tutti quei passaggi necessari ad ottenere atti e certificazioni che mediante una maggiore incentivazione del decentramento e della sussidiarietà³.

Le riforme Bassanini articolano su tre livelli:

- a) il rapporto tra centro e periferia
- b) il rapporto tra politica e amministrazione
- c) il rapporto tra amministrazione e cittadini

La legge 59/1997 rappresenta una “riforma in senso federalista a costituzione invariata”; rispetto alla semplice riduzione delle competenze del 1977 infatti si assiste ora alla “massima forza espansiva del trasferimento di compiti”.

La legge 127/1997 affianca al decentramento la semplificazione amministrativa, con lo scopo di modificare l'organizzazione e il funzionamento dell'amministrazione pubblica,

³ F.Bassanini “L'ammodernamento dell'amministrazione pubblica – note per un programma di governo” Roma luglio 2005 pp. 1-11

in particolar modo quella locale.

La vera novità consiste in una inversione di tendenza rispetto al passato, quando lo Stato era titolare delle competenze e potevamo distaccarne una parte alle Regioni.

Dal 1997 le funzioni sono attribuite a quest'ultime e lo Stato è titolare delle restanti solo in misura residua; ne consegue che la vita amministrativa è "appannaggio" degli Enti locali e il conferimento delle funzioni avviene su delega e secondo il principio di "sussidiarietà", che assegna i compiti all'ente più vicino ai cittadini.

Il DL 112/1998 si incarica di elencare le materie attribuite o ripartite, quali ad esempio, la protezione civile, un tempo affidata, sia pure sommariamente, allo Stato.

Esso conserva dal 1998 il potere di coordinamento e di indirizzo delle attività, nonché la gestione delle gravi calamità, laddove altri enti (Regione, Corpo Nazionale dei Vigili del fuoco) si occupano della gestione degli eventi.

Di pari passo si procede, con i decreti legislativi 300 e 303 del 1999, alla revisione del numero e delle competenze dei Ministeri.

Significativo è anche il percorso seguito, con il passare del tempo, dalle norme sugli Enti Locali, cristallizzate dal 1934 al 1990, che hanno incontrato enormi difficoltà nella difficile opera di implementazione e aggiornamento.

La legge 142/1990, costituisce il riferimento iniziale di quel percorso e fornisce agli enti locali nuove strutture e nuove procedure: incentivazione dei processi di fusione fra i vari comuni, sviluppo di forme di associazionismo e collaborazione mediante la creazione di consorzi, la nuova disciplina sulle comunità montane.

La legge 265/1999 successivamente riconosce una più ampia autonomia agli enti locali, attraverso la predisposizione di regolamenti e statuti.

Tutto il processo di riforma viene poi travolto dalla modifica del titolo V della Costituzione, avvenuta con la Legge Costituzionale 3 del 2001: l'assetto del governo territoriale viene interamente modificato, così come i rapporti tra centro e periferia⁴.

L'art.128 riformato afferma: *“La Repubblica è composta da Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato”*, attuando il primo principio federalista e ridimensionando la soggettività dello Stato.

Ne è sicuramente un esempio la figura del Presidente della Repubblica non più “Capo dello Stato”, che diventa solo una delle cuspidi dell'apparato pubblico.

Vengono aboliti gli articoli della Costituzione con cui si istituiva il controllo del CO.RE.CO e del Commissario del Governo (rimane solo per le province autonome con funzioni diverse).

Si assiste pertanto ad un progressivo spostamento delle competenze: gli Enti Locali assumono la direzione della maggior parte dei servizi amministrativi, mentre allo Stato ne viene riservata una parte ben definita, per così dire “ritagliata”, con nuovi margini e confini⁵.

Il cambiamento si accosta alla giustizia/I sistemi stranieri e l'Italia

Tutti i cambiamenti sopra indicati potrebbero dunque aver sollecitato una ridefinizione del funzionamento dell'apparato giudiziario civile e la volontà di introdurre nuovi strumenti per la risoluzione delle controversie, tra i quali la mediazione.

⁴ F.Merloni “Il titolo V, le regioni e le riforme delle autonomie territoriali” Bologna editoriale 2021 pp.1-19

⁵ “L'attività Amministrativa-sintesi-problematiche-il nuovo stato e l'Europa” C.Pace – R.Castellana Eidon Edizioni 2008 pp.82-84 e pp.85-89

La mediazione è in realtà un istituto ancestrale, probabilmente nato anticamente in “società a struttura non ancora organizzata”, così come ancora esiste in comunità africane che sono “*ostinatamente non organiche*”.

La storia della conciliazione si perde pertanto tra gli albori e si confonde con quella dell’umanità, col ricorso a saggi delle società patriarcali o a un’udienza conciliativa nell’impero romano, tesa a scongiurare il giudizio del pretore, che preferiva emettere un decreto di registrazione di un accordo piuttosto che una sentenza in presenza di lite; nel mondo cattolico, si ricorda il ruolo dei parroci in caso di contrasti tra fedeli, fino all’alto intervento del cardinale di Milano Ildefonso Shuster, durante il secondo conflitto mondiale.

La volontà di allontanarsi dalle aule di tribunale, intese nel senso tradizionale del termine, nasce e si afferma nei sistemi giuridici degli Stati Uniti d’America, storicamente più orientati a valorizzare ruoli e diritti dell’ambito privato avvalendosi probabilmente dell’etica che sta alla base del Common Law; che, nell’accezione più frequente del termine, si contrappone a Civil law.

Sotto tale profilo Common law è usato come sinonimo di diritto anglosassone, mentre Civil law indica i sistemi giuridici “romanistici” propri dei paesi dell’Europa continentale. Per Common law si intende un sistema giuridico di diritto non codificato, se non nei principi di base, che si fonda sul “precedente giurisprudenziale”, attraverso il quale il giudizio viene stabilito sulla base di altre precedenti sentenze di casi tra loro simili.

I sistemi di Civil law si basano invece sui diritti codificati, ovvero su norme suddivise in varie categorie (codice civile, penale, di procedura civile e penale).

La mediazione americana si sviluppò inizialmente come arbitrato, nel 1768, quando la Camera di commercio di New

York – città pilota in molti campi - istituisce un tribunale arbitrale, riservato specialmente alla risoluzione delle controversie mercantili.

Nel 1926 nasce l'American Arbitration Association, che sancisce il ricorso all'arbitrato quale risoluzione alternativa delle controversie, circoscritto inizialmente agli affari del commercio, e apre la strada all'istituto della conciliazione, inizialmente dedicata a controversie di piccolo valore⁶.

Già l'anno precedente negli Stati Uniti era stato realizzato il Federal Arbitration Act⁷ con cui si dava la possibilità di utilizzare l'arbitrato per risolvere eventuali conflitti; entrambe le parti impegnate nella controversia dovevano però essere d'accordo⁸.

La Corte Suprema degli Stati Uniti assume una posizione favorevole alla sua applicazione: l'intenzione è quella di rendere obbligatorio il momento arbitrale come preliminare necessario prima del giudizio.

Tuttavia, con il passare del tempo, tale procedura non trova il favore atteso nell'attuazione pratica e si riduce ad una formalità.

La Corte, tuttavia, ribadisce che qualunque procedimento "alternativo" al processo giurisdizionale rimane comunque da preferire: dalla negoziazione alla mediazione all'arbitrato e alla combinazione di questi ultimi due, la c.d. "med-arb", alla valutazione preliminare, ai processi sommari con giuria.

Alla base delle ADR (Alternative Dispute Resolution) pertanto, "in ambiente di common law", troviamo un diritto che

⁶ American Arbitration Association "Consumer Arbitration Rules" adr.org/consumer september 2014 pp.6-17

⁷ L.Banks, M.Stiff "The Federal Arbitration Act" Ali-Cle 2013 pp. 1-25

⁸ G.Servetti, D.Rodella, C.Vendramini "Mediazione familiare: il giudice, l'avvocato, e il mediatore" Varese maggio 2023 pp. 18-22

è a prevalenza giurisprudenziale, con lo scopo di alleviare il carico del processo e deflazionare il contenzioso.

In Italia la diversità di sistema giuridico e la centralità del sistema giurisdizionale a cui viene affidata la tutela della legalità non favoriscono il rapido sviluppo della cultura delle ADR.

Sullo sfondo si avverte l'influenza della visione della forma di Stato, ovvero la definizione dei rapporti fra individuo e autorità, l'humus culturale che combatte un cambiamento. Il prudente liberalismo italiano antepone le ragioni dell'intervento statale rispetto a quelle della libertà personale.

L'inversione di tendenza in Italia viaggia perennemente frenata fino allo sblocco della legge costituzionale del 2001 e al recepimento del Trattato di Lisbona del 2009, il quale, nel riconoscere formalmente il Consiglio europeo quale istituzione dell'UE, con la funzione di imprimere all'Unione «*gli impulsi necessari al suo sviluppo*» e di definirne «*gli orientamenti e le priorità politiche generali; e pur puntualizzando che il Consiglio europeo non esercita funzioni legislative.* all'art. 67, comma 4, stabilisce che: «*L'Unione europea facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie in materia civile*», e, all'art. 81, comma 2, lett. g) «*sollecita l'esercizio dei poteri normativi per l'adozione di misure volte allo «sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie» nell'ambito della cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni internazionali*»⁹.

⁹Senato della Repubblica “Il Trattato di Lisbona” commento e testo a fronte – Roma settembre 2008 pp. 208-220

Paralleli con il Giudice di pace

Nel contesto delle riforme e del cammino verso un alleggerimento del lavoro nelle aule giudiziarie, viene istituito in Italia con la legge nr. 374/1991 l'Ufficio del Giudice di Pace, effettivamente in funzione dal 1° maggio 1995.

L'ingresso di tale figura può individuarsi quale atto prodromico fondamentale, ponte verso la decongestione dell'attività giudiziaria: è sicuramente una delle più significative modificazioni strutturali dell'ordinamento giudiziario negli ultimi cinquant'anni.

Il giudice di pace riesce a superare l'indifferenza e lo scetticismo iniziale, anche se la sua formazione avviene sostanzialmente sul campo di lavoro, aiutata dal carattere tendenzialmente seriale delle controversie: infortunistica stradale, rapporti di vicinato, controversie dei consumatori di piccola entità, opposizioni a sanzioni amministrative (queste ultime a partire dal 1999).

L'istituzione del giudice di pace si traduce in una notevole iniezione di nuovi giudici – non di carriera, spesso pensionati provenienti dalle professioni, o soggetti che rispolverano la laurea in legge non utilizzata per anni -. e ciò permette di conseguire un significativo effetto deflattivo del carico di lavoro dei giudici professionali, una tendenziale accelerazione nella definizione di alcune categorie di controversie (ad es., in materia di infortunistica stradale), nonché un'emersione del contenzioso latente, cioè di controversie che non sono portate alla cognizione dei tribunali, poiché hanno un valore inferiore ai costi immediati fisiologici del ricorso alla giustizia (togata).¹⁰

¹⁰ R.Caponi "Giudice di pace e conciliazione in sede non contenziosa" Foro Italiano 2005 pp.193-196

In questo contesto fondamentalmente positivo, emerge l'insuccesso della conciliazione in sede non contenziosa (art. 322 c.p.c.); al fine dell'esperimento del tentativo, l'istanza è proposta anche verbalmente al giudice di pace competente per territorio e ai sensi dell'art. 68 disp. att. c.p.c., il giudice di pace ordina la comparizione delle parti dinanzi a sé. Se l'altra parte non si presenta, il procedimento termina immediatamente. Se invece la controparte si presenta e si raggiunge la conciliazione, il relativo verbale costituisce titolo esecutivo a norma dell'art. 185 c.p.c., qualora la controversia rientri nella competenza del giudice di pace, mentre negli altri casi esso ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio.

L'insuccesso del tentativo di conciliazione in sede non contenziosa è probabilmente dovuto alla trascuratezza del legislatore del 1991, che non ha evidenziato l'importanza della funzione conciliativa del giudice di pace rispetto al giudice professionale.

La funzione essenziale del giudice di pace è colta nella decisione della controversia, non nella conciliazione.

Da ciò si può intravedere la persistenza di un tratto caratteristico della cultura giuridica italiana, che vede realizzarsi la tutela dei diritti soggettivi e l'attuazione del diritto oggettivo solo nella sentenza che decide la controversia: l'accordo dinanzi al giudice di pace non soddisfa le parti nella risoluzione del conflitto e non trova pertanto il suo naturale "trampolino di lancio" verso il futuro.

Lentezze

L'eccessivo ricorso al processo, inoltre, derivato probabilmente da una secolare tendenza alla conflittualità da sempre attribuita alla popolazione italiana e che porta, secondo stime, a qualche milione di cause pendenti ogni anno, con ritardi rispetto alla norma della ragionevole lunghezza dei

processi, di cui all'art. 111 della Costituzione, ha solo in parte aiutato l'avvio delle ADR.

Le censure della Corte Europea nei confronti dell'Italia non hanno ottenuto risultati apprezzabili (considerate le ristrette competenze sanzionatorie), e la legge nr.89 del 24 marzo 2001 (c.d. Legge Pinto), ha accolto soltanto le richieste di risarcimento per violazione dell'art.111 della Costituzione (La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata), ma lo stesso risarcimento, erogato in ritardo, ha dato luogo ad una catena di ulteriori ricorsi¹¹.

Il principio di sussidiarietà pur in espansione dagli anni novanta, pur entrando nella giurisdizione, pur favorendo le parti, in una controversia su diritti disponibili, verso soluzioni alternative al giudizio ordinario, mancando l'obbligatorietà, non viene realizzato.

In generale, pertanto, la mediazione in Italia si muove con relativa lentezza, fino a circa il 2010, favorendo una cultura della conciliazione e non un reale e fattivo progresso nella velocizzazione o eliminazione delle cause nei tribunali.

Capitolo Secondo: Un principio anglosassone si diffonde nel “vecchio continente” – Il recepimento della direttiva - L'universo della mediazione

Un principio anglosassone si diffonde nel “vecchio continente”

La mediazione, come già evidenziato, nasce a seguito di alcuni studi sulla negoziazione realizzati presso l'Università di Harvard negli Stati Uniti d'America all'inizio degli anni

¹¹Corte di Appello di Milano-M.Mocci “Il Diritto all'equo indennizzo alla luce della riforma del 2016” Milano 2016 pp.1-27

'70 e si diffonde poi nel mondo anglosassone.

L'istituto della mediazione, finalizzato alla conciliazione, si rende necessario come strumento per alleggerire il carico di lavoro dei giudici; viene offerta alle parti la possibilità di risolvere la controversia con l'ausilio di una terza persona imparziale, senza escludere però la possibilità di far valere le proprie pretese anche dinnanzi ad un giudice, nell'ipotesi in cui l'accordo non venga raggiunto.

Numerose serie e personaggi televisivi vengono proposti dal mondo dello spettacolo statunitense con l'intento di stimolare negli spettatori la volontà di cercare una via pacifica alla risoluzione delle controversie; ricordiamo ad esempio una serie di successo di inizio millennio, "Giudice Amy", dove la protagonista, licenziatasi da un prestigioso incarico di legale a New York, torna nel Connecticut dove, come giudice minorile amichevole e creativo, cercherà sempre di operare al fine di trovare un punto di accordo tra le parti.

E' la creatività infatti una delle strategie del metodo americano, così fortemente impregnato di ideologia liberal da incoraggiare soluzioni non tradizionali, gradite a una popolazione fiduciosa nello spirito d'impresa del singolo e insoddisfatta dei severi ambienti dei tribunali; una società desiderosa di comprensione delle problematiche emotive e critica verso la lunghezza dei processi civili per i quali i costi elevati e tempi lunghi rendono il sistema giuridico ordinario quasi impraticabile per risolvere le controversie.

Il metodo di risoluzione alternativa delle controversie si diffonde dapprima nel Nord Europa e successivamente in tutta Europa dove iniziano a verificarsi le identiche problematiche di "sovraccarico di lavoro" dei giudici civili già sentite nei paesi anglosassoni.

Il 2 luglio del 2004 viene adottato dalla Commissione Europea il primo "codice di condotta per i mediatori" che stabilisce una serie di principi applicabili sia alla mediazione civi-

le che a quella commerciale; l'adesione rimane comunque facoltativa, garantendo così le legislazioni nazionali e tutte quelle regole che disciplinano le singole professioni.

Successivamente la Commissione Europea emana la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione: partendo dall'applicazione della stessa alle controversie transfrontaliere e dando una definizione sia della mediazione che del mediatore, suggerisce l'estensione dell'applicabilità anche alle procedure di mediazione svolte in ambito nazionale¹².

L'obiettivo principale della mediazione, come già più volte evidenziato, è sicuramente quello di "snellire" il lavoro dei giudici offrendo alle parti la possibilità di affidare la risoluzione delle proprie controversie ad uno o più conciliatori, senza però privarli di un'eventuale tutela giurisdizionale in caso l'accordo non venga raggiunto.

La tutela giurisdizionale viene pertanto solo "posticipata" e non preclusa.

I punti salienti della Direttiva 2008/52/CE sono:

- La formazione dei conciliatori;
- La possibilità di conferma degli accordi raggiunti tramite la mediazione in sede giurisdizionale;
- La tutela della riservatezza;
- La sospensione dei termini di prescrizione e decadenza durante la procedura di mediazione.

La data di recepimento della normativa comunitaria viene fissata entro il 21 maggio 2011.

¹²N. Trocker – A. De Luca “La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/Ce” Firenze 2011 pp. 35-44

Il recepimento della Direttiva

Il Parlamento italiano, per il recepimento della direttiva, adotta la legge 18 giugno 2009 n. 69, contenente “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*” che introduce una serie di riforme nella disciplina del processo civile.

Vengono introdotti alcuni principi generali che riguardano la chiarezza dei testi normativi, la semplificazione della legislazione e della gestione amministrativa e finanziaria, la certezza dei tempi di conclusione del procedimento¹³.

L’art. 60 della L.69/2009 contiene una delega al Governo per adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale da attuarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore.

Il legislatore delegante prevede inoltre che la mediazione venga disciplinata anche attraverso l’applicazione delle disposizioni contenute nel D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 che riguardano la cosiddetta “conciliazione societaria”, creando un’ideale connessione con una prassi già introdotta¹⁴.

Gli obiettivi che il legislatore italiano si prefissa di perseguire sono molteplici: la diffusione della cultura della mediazione¹⁵, la valorizzazione di quelle esperienze di conciliazione stragiudiziale che già esistevano, l’alleggerimento del carico di lavoro degli organi giudiziari e la riduzione dell’intervento statale in quel settore.

Vengono pertanto previste tre tipologie di mediazione: obbligatoria, volontaria (l’unica già esistente) e delegata dal giudice.

¹³Bassani – Bertoldini-Camarda-Lezzi “I nuovi Procedimenti amministrativi Legge 18 giugno 2009 n.69” Giuffrè editore 2009 pp. 47-66

¹⁴P.Balzarini “La riforma del diritto societario” Mondadori education ottobre 2003 pp. 1-7

¹⁵G.Servetti-D.Rodella-C.Vendramini “Mediazione familiare” Giuffrè Varese 2023 pp. 7-9

Il Governo virgola esercitando il potere conferitogli dal Parlamento,emana il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28:per la prima volta si tenta di rendere omogenea la disciplina delle ADR eliminando l'quell'accumulo di norme poco esaurienti e frammentarie¹⁶.

Il D.lgs.definisce i termini mediazione, mediatore, conciliazione, organismo, registro.

Nel linguaggio comune, infatti, i termini mediazione e conciliazione sono utilizzati indistintamente; le nuove disposizioni indicano come mediazione l'attività che precede la conciliazione, e come conciliazione solo ed esclusivamente il risultato positivo ottenuto dall'attività di mediazione che pone un termine alla controversia.

Si identifica e si definisce la controversia (D.lgs 28/2010): *“una situazione di crisi nei rapporti contrattuali fra soggetti”* che può essere risolta anche attraverso degli accordi tra le parti mediante l'intervento del mediatore, un soggetto terzo rispetto alla controversia,anziché attraverso una sentenza del giudice.

Dalla direttiva alle norme di attuazione in Italia

Il D.lgs. 28/2010, stabilendo punti fermi nel processo mediatizio,distingue, per quanto riguarda i soggetti preposti alla mediazione, il mediatore dall'organismo che, amministrando la procedura di mediazione,conferisce l'incarico al mediatore.

Il mediatore è una o più persone fisiche, che guidano le parti nella ricerca di un accordo che sia il più possibile condiviso tra loro,pur risultando impossibilitato ad imporre una decisione vincolante.

¹⁶F.Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.8-11

L'organismo di mediazione è un soggetto, pubblico o privato, iscritto nel registro tenuto presso il Ministero di Giustizia.

Il D.M n. 180 del 18 ottobre 2010, pubblicato sulla G.U. n. 258 del 4 novembre 2010, che attua quanto previsto dal D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, stabilisce le modalità e i criteri di iscrizione nel registro degli organismi di mediazione e nell'elenco degli enti di formazione.

Nel caso si tratti di un soggetto privato può essere, ad esempio, tanto una società a responsabilità limitata quanto un'associazione.

In realtà, con la sola eccezione delle Camere di Commercio e delle Camere di Conciliazione, gli organismi di mediazione sono enti prevalentemente privati, che devono offrire garanzie di serietà ed efficienza; tali organismi sono abilitati a svolgere il procedimento di mediazione solo se regolarmente iscritti nell'apposito registro¹⁷.

Per chi vuole pertanto occuparsi del processo mediativo il primo passaggio da seguire obbligatoriamente consiste nell'istituzione dell'organismo, ovviamente nella forma giuridica più confacente a chi vuole intraprendere tale attività.

Le garanzie di serietà ed efficienza richieste dalla legge riguardano:

- a) la capacità finanziaria;
- b) la capacità organizzativa, ossia che l'attività si svolga in almeno due regioni oppure in due province della medesima regione, anche mediante accordi con altri organismi;
- c) la compatibilità dell'attività di mediazione con l'oggetto sociale o lo scopo associativo;
- d) il possesso da parte del richiedente di una polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000,00 euro per la re-

¹⁷G.L.De Donno – M.Duggento “Il mediatore e gli organismi di mediazione” Longobardi editore 2011 pp.29-37

sponsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione; i requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori o rappresentanti dei predetti enti, conformi a quelli fissati dall'articolo 13 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58;

e) la trasparenza amministrativa e contabile;

f) le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione, nonché la conformità del regolamento alla legge, anche per quanto attiene al rapporto giuridico con i mediatori; di un numero di mediatori non inferiore a cinque;

g) una sede dell'organismo.

L'Organismo deve obbligatoriamente redigere un regolamento e un codice etico, comunicando ogni successiva variazione e avendo cura di indicare il luogo dove si svolge il procedimento; tale luogo può essere derogato solo con il consenso delle parti impegnate nella mediazione. Deve essere indicato anche il nome del responsabile dell'organismo e i nomi dei mediatori.

Si possono anche inserire alcune regole preliminari come l'obbligo di convocazione delle parti per opera del mediatore, o la realizzazione di una proposta di mediazione anche se una o più parti non partecipano al procedimento mediatizio; è possibile, inoltre, realizzare degli elenchi di mediatori che vengono differenziati in base alle capacità individuali e al grado di conoscenza di determinate materie giuridiche.

In base all'art.3 comma 4 del D.lgs 28/2010 "la mediazione può svolgersi secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo" per cui le parti hanno l'onere di verificare l'esistenza di questa possibilità nell'organismo scelto per la mediazione.

Successivamente l'art.7 comma 4 del d.m. 180/2010 specifica che il regolamento, tuttavia, non può obbligare le parti ad accedere alla mediazione solo attraverso modalità telemati-

che; se, su consenso delle parti, viene scelta tale modalità, il regolamento deve però sempre garantire la riservatezza delle comunicazioni tra le parti e il mediatore.

L'irrompere sulla scena mondiale della pandemia SARS COVID-19 spinge il legislatore ad intervenire per consentire quanto più possibile il ricorso alla via telematica, sia con riferimento al processo che alla mediazione civile e commerciale¹⁸.

Per quanto riguarda la scelta del mediatore, essa viene realizzata dall'organismo e il mediatore deve obbligatoriamente sottoscrivere, all'inizio del procedimento, la dichiarazione di imparzialità; esiste tuttavia la possibilità che le parti di comune accordo scelgano il mediatore.

Viene inoltre prevista, ad opera delle parti che hanno cercato di trovare un accordo, la compilazione di una scheda di valutazione del servizio; la stessa viene poi trasmessa al responsabile dell'organismo, che può così meglio valutare e capire se la scelta di quel mediatore è stata più o meno opportuna.

L'Organismo di mediazione che voglia essere accreditato deve pertanto inviare un'istanza al Ministero di Giustizia, utilizzando un apposito modello; la risposta è prevista entro quaranta giorni.

Vale la regola del "silenzio assenso" per cui, in assenza di risposta, l'organismo viene iscritto di diritto, fatta salva la possibilità per il Ministero di richiedere dei documenti integrativi.

L'art. 16 D.lgs. 28/2010 prevede che, allegato al regolamento, devono essere previste apposite tabelle che indicano le indennità spettanti agli organismi costituiti da enti privati.

Per quanto riguarda invece la figura del mediatore, il d.lgs. prevede dei requisiti specifici, tra i quali un'adeguata prepa-

¹⁸F. Diozzi "La riforma della mediazione e della negoziazione assistita" Giuffrè 2021 pp.45-48

razione nelle tecniche di mediazione ,con corsi di retraining di 18 ore ogni due anni presso enti di formazione appositamente indicati dal decreto.

L'applicazione della nuova disciplina sicuramente non trova il favore dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana (OUI), che non solo critica aspramente il fatto che la figura del mediatore non coincida obbligatoriamente con quella dell'avvocato, ma considera la mediazione come un "allungamento dei tempi del processo senza alcun effetto decongestionante delle cause civili".

Molti studiosi della materia hanno replicato che per essere un buon mediatore non è necessario essere un giurista, e che in alcuni casi il giurista incontra notevoli difficoltà a svolgere il ruolo di mediatore.

Sicuramente una conoscenza generale del diritto risulta fondamentale, ma sono poi le capacità del singolo mediatore nel gestire la controversia a fare la differenza.

Tutte queste perplessità nate a seguito del D.lgs 28/2010 nonché le esigenze di una maggiore qualificazione a livello professionale dei mediatori, spingono il Ministero della Giustizia ad adottare il decreto 6 luglio 2011, n. 145 *contenente il Regolamento recante modifica al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del D.lgs. 28/2010.*

Con il D.M. 180/2010, nell'ambito della maggiore qualificazione, viene introdotto l'obbligo per i mediatori di partecipare ad un'attività formativa definita " tirocinio assistito", durante il quale il mediatore deve assistere ad almeno 20 casi di mediazione nel corso di un biennio in modo da realizzare accanto alla formazione teorica anche quella pratica.

Capitolo Terzo: Prime interferenze interpretative-Eccesso di delega nel D.lgs 28/2010 – il “Decreto del fare” e la stabilizzazione

Prime interferenze interpretative

L’art. 5, comma 1, del D.lgs. 28/2010 per snellire quanto più possibile il sovraccarico nelle aule dei tribunali rende obbligatorio il tentativo di mediazione, trasformandolo in una condizione di procedibilità per determinate materie.

Nell’aprile del 2011 il TAR del Lazio solleva la questione di illegittimità costituzionale, in quanto il legislatore delegato è incorso in eccesso di delega, laddove ha introdotto l’obbligatorietà della mediazione e l’improcedibilità del giudizio interposto senza il previo esperimento della mediazione, entrambi non previsti dalla legge delega.

L’istituto della delegazione legislativa è infatti disciplinato dalla costituzione nell’art. 76, laddove si stabilisce che “l’esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti”. Aggiunge il primo comma dell’art. 77 che “il Governo non può, senza delegazione delle camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria”¹⁹.

La delegazione risulta solo un temporaneo conferimento dell’esercizio della funzione legislativa e non la sua titolarità; deve inoltre avvenire nel pieno rispetto di alcune condizioni previste dalla legge: il destinatario della delega deve essere il Governo (nella sua collegialità), deve avvenire attraverso principi e criteri prestabili, deve essere temporanea e riguardare oggetti ben definiti dalla delega stessa (invalidità delle deleghe in bianco).

¹⁹L. Duillio “Tendenze recenti della delegazione legislativa” Camera dei deputati 2011 pp. 13-50

Lo strumento per effettuare la delega è una legge, adottata, come indicato dal quarto comma dell'art. 72, nella forma ordinaria.

Pertanto le leggi delegache attribuiscono al Governo il potere di disciplinare intere materie senza che nelle stesse siano previsti principi o direttive a cui attenersi o non stabiliscano la durata stessa della delega, ovvero la prevedano con tempistiche troppo ampie e irragionevoli, sono da considerarsi illegittime.

Il legislatore spesso si discosta da quanto previsto dal modello costituzionale sia per delegare al Governo la riforma di interi settori che per le cosiddette deleghe di coordinamento (spesso utilizzate per la realizzazione di testi unici) o per le deleghe attuative delle direttive europee.

Il termine per l'esercizio della delega deve rispettare quanto previsto dalla Costituzione e pertanto non deve essere eccessivamente lungo, o prolungabile in maniera del tutto discrezionale dal Governo; secondo la giurisprudenza della Corte ribadita dall'art. 14 della legge n. 400/1988 il termine si considera rispettato quando nel tempo prefissato viene emanato il Decreto Legislativo (anche se lo stesso non è ancora stato pubblicato).

Ai sensi dell'art. 76 della Costituzione la delega potrebbe riguardare qualsiasi materia.

La Costituzione, tuttavia, prevede ipotesi nelle quali la legge del Parlamento svolge una specie di controllo dell'attività dell'esecutivo e pertanto qualsiasi sostituzione del Parlamento con il Governo, attuata tramite la delega, verrebbe ad alterare la dialettica, propria della forma di governo prevista dalla Costituzione, per la quale è necessaria l'alternanza tra chi controlla e chi è controllato.

Non possono pertanto essere oggetto di delega l'autorizzare alla ratifica dei trattati internazionali (art. 80), l'approvazione di bilanci e di consuntivi (art. 81), la conversione di

decreti-legge (art. 77), il conferimento al Governo di poteri aggiuntivi in caso di guerra, la disciplina dei rapporti nati attraverso decreti-legge non convertiti (art. 77), e la possibilità di avviare inchieste parlamentari (art. 82).

Si tratta in tutti questi casi di “una riserva di legge parlamentare non delegabile all’esecutivo”.

Qualsiasi violazione ai limiti costituzionali previsti per la delega determina l’incostituzionalità delle relative leggi e dei decreti legislativi.

Esistono anche “limiti ulteriori” che le leggi di delegazione stabiliscono nei confronti di chi viene delegato; talvolta si tratta dell’obbligo di sentire il parere di apposite commissioni parlamentari o di organi consultivi, ad esempio il Consiglio di Stato, per determinare quale sia lo schema del decreto legislativo prima che venga approvato definitivamente.

“Eccesso di delega nel D.lgs 28/2010”

Non appena viene promulgato il D.lgs. 28/2010 che introduce, con l’art.5 per determinate materie, la mediazione obbligatoria, sono numerose le richieste di rimessione alla Corte Costituzionale da parte dei giudici di merito per illegittimità, in primis quella del TAR del Lazio.

Gli aspetti di incostituzionalità evidenziati sono molteplici, ma il più importante riguarda sicuramente il contrasto tra quanto disciplinato all’interno dell’art. 5, comma 1, del D.lgs, che considera la mediazione come condizione di procedibilità prima di rivolgersi al giudice di merito, rispetto a quanto previsto dagli artt. 76 e 77 della Costituzione, per la legislazione delegata.

Da un’attenta analisi delle norme in vigore, la Corte stabilisce che, né la Direttiva comunitaria 2008/52/CE, né l’art. 60

Aggiungere tre righe

della legge delega n. 69 del 2009 autorizzano il Governo a sancire l'obbligatorietà della mediazione²⁰.

La Corte in realtà evidenzia solo “un difetto formale” senza dichiarare espressamente l'illegittimità della mediazione di tipo obbligatorio; in alcuni passaggi della sentenza, facendo riferimento alla Direttiva comunitaria 2008/52/CE, afferma che la stessa lascia agli Stati membri la facoltà di rendere obbligatorio o meno il ricorso alla mediazione.

Dopo la sentenza della Corte, l'art.5 comma 1 viene immediatamente disapplicato e quanto contenuto nel D.lgs. 28/2010 si restringe alle procedure di mediazione volontarie, a quelle delegate dal giudice e a quelle che derivano da clausole contrattuali.

Quanto affermato dalla Consulta fa nascere però tutta una serie di dibattiti circa l'opportunità di reintrodurre l'obbligatorietà della mediazione in talune materie, civili e commerciali, incentivando il cittadino ad accettare “forme alternative di giustizia”, per evitare il rischio di vedere interrotta la nascente cultura della mediazione auspicata da molti.

Dall'entrata in vigore del D.lgs. 28/2010 sono stati creati centinaia di organismi di mediazione: la dichiarazione di illegittimità fa crollare da un lato il numero delle domande di mediazione e dall'altro affossa molti organismi, principalmente privati, che sono costretti a chiudere.

Numerosi sono i tentativi per far proseguire il sistema mediatico; l'istituto della mediazione viene elogiato per i suoi notevoli vantaggi e la stessa Corte, nonostante il parere sfavorevole dei giudici di merito, sostiene che “*l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione non contrasta con il diritto di azione*”.

²⁰G.Minelli “La mediazione ex D.lgs 28/2010 dopo la sentenza della Corte Costituzionale” Fondazione forense Firenze 2010 pp.1-17

Il “decreto del fare” e la stabilizzazione

Con il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, comunemente noto come “decreto del fare”, che prevede delle misure urgenti per il rilancio dell’economia e che viene convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, il Governo apporta importanti modifiche al D.lgs. 28/2010 e ripropone la mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, cercando tuttavia di eliminare quegli elementi di incostituzionalità che erano stati evidenziati²¹.

La reintroduzione della mediazione obbligatoria è però “a tempo” essendo di fatto provvisoria fino a settembre del 2017.

All’art. 5 del D.lgs. viene introdotto un comma 1-bis che va a sostituire quello originario e che contiene un nuovo elenco di materie per le quali è obbligatorio esperire il tentativo di mediazione.

Nel comma 1-bis non si parla più delle controversie relative a sinistri per circolazione di veicoli e natanti, ma vengono invece inserite quelle derivanti da responsabilità mediche.

Il comma 2-bis prevede che, se il tentativo di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, tale condizione si considera realizzata anche se le parti, riunitesi davanti al mediatore, non raggiungono l’accordo.

Le modifiche riguardano anche la mediazione disposta dal giudice: si passa dalla facoltà del giudice di invitare le parti ad attivare il procedimento di mediazione, con la possibilità per le stesse di aderirvi o meno, al potere del giudice di disporre il tentativo di conciliazione, anche in appello (la “mediazione delegata”).

Nel caso in cui la mediazione è prevista da una clausola contrattuale o nell’atto costitutivo di un ente rimane immu-

²¹G. Buffone “Processo civile: tutte le novità del “Decreto del fare”” Giuffrè editore 2013 pp.35-45

tato quanto previsto dall'art.5 comma 5:può essere realizzata su istanza di parte o dal giudice o dall'arbitro.

Un'altra importante modifica è riferita alla durata del procedimento di mediazione che passa da 4 mesi a 3.

L'art. 8,poi, prevede la possibilità di un primo incontro fra le parti e il mediatore,per verificare quanto sia più o meno opportuno proseguire nella procedura di mediazione.

Per spingere le parti a partecipare alla mediazione, la legge prevede inoltre che, in caso di assenza senza un giustificato motivo, il giudice non solo ne tiene conto nel successivo giudizio,ma condanna la parte al versamento di *“una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio”*(art.8 D.lgs.28/2010).

Se poi il provvedimento del giudice al termine del giudizio coincide integralmente con la proposta presentata dal mediatore nel tentativo di trovare un accordo tra le parti, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, ma la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte che è risultata perdente, ma che avrebbe comunque accettato la proposta mediatizia.

“Quando, invece, non vi sia un'esatta corrispondenza tra il provvedimento che definisce il giudizio e la proposta conciliativa, è in facoltà del giudice, in presenza di gravi ed eccezionali ragioni, escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto nei casi in cui è prevista la nomina (art. 8, comma 4, D.lgs. 28/2010)”.

Nel giugno 2017 il Senato della Repubblica approva in maniera definitiva la legge di conversione del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50 in materia finanziarie che contiene inoltre la modifica al d.lgs. 28/2010, con la finalità di stabilizzare la mediazione obbligatoria che diventa pertanto "permanente".

Capitolo Quarto: La riforma Cartabia: il nuovo aspetto della mediazione.

Primi elementi - La Condizione di procedibilità – Il Decreto ingiuntivo -La legittimazione in mediazione dell'amministratore di condominio – La mediazione demandata dal giudice - Mediazione prevista contrattualmente o statutariamente e condizione di procedibilità

La riforma Cartabia: il nuovo aspetto della mediazione

Primi elementi

Il 30 giugno 2023 entra in vigore l'ultima parte del D.lgs. 150/2022 noto con il nome di Riforma Cartabia, che riguarda la mediazione civile e commerciale²².

La mediazione diventa obbligatoria non solo per le liti in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, ma anche in materia di associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, di somministrazione, subfornitura e società di persone²³.

Diventa esecutiva la norma che consente di derogare alla competenza dell'organismo di mediazione su accordo delle parti e quella che legittima l'amministratore di condominio a proporre istanza di mediazione o di adesione alla mediazione, senza la preventiva approvazione dell'assemblea condominiale.

²² F.Agnino "Relazioni sulle novità normative della Riforma Cartabia" Corte Suprema di Cassazione Ufficio del Massimario 2023 pp.278-294

²³ E.Mazzoli-D.Savio-A.Sirotti Gaudenzi "Mediazione assistita, mediazione civile e arbitrato dopo la Riforma Cartabia" Maggioli editore 2023 pp.91-109

Il procedimento di mediazione viene “ristrutturato” attraverso le norme che ne stabiliscono la durata, che non deve essere superiore a tre mesi, eventualmente prorogabili di ulteriori tre su accordo delle parti durante lo svolgimento del procedimento prima della scadenza del primo trimestre.

Viene eliminato il primo incontro durante il quale le parti potevano manifestare l'esistenza dei presupposti utili per il tentativo di mediazione; e viene fissato il primo appuntamento di mediazione tra i 20 e i 40 giorni dal deposito della domanda.

Anche la disciplina delle spese di mediazione viene modificata: Le spese di avvio e le spese per il primo incontro sono dovute da ciascuna parte al momento della presentazione della domanda di mediazione o al momento dell'adesione.

Se l'accordo non viene raggiunto non sono dovuti altri importi; le eventuali spese per l'attività di mediazione dove l'accordo è stato raggiunto sono fissate dal regolamento dell'organismo di mediazione, su criteri stabiliti e approvati da specifico decreto ministeriale.

Le persone fisiche durante il momento mediatizio dovranno partecipare personalmente, con la possibilità di un'eventuale delega solo per giustificati motivi.

Le persone giuridiche affronteranno la mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia.

L'obbligo dell'assistenza di un avvocato rimane circoscritto alla mediazione obbligatoria e a quelle demandate dal giudice.

Entrano in vigore anche le norme che riguardano la formazione dei mediatori, quelle sugli organismi di mediazione e sui loro responsabili.

Nella mediazione civile e commerciale obbligatoria e demandata vengono modificate le disposizioni sul patrocinio a

spese dello Stato e quelle che riconoscono alle parti i crediti di imposta sulle spese di mediazione e sui compensi dell'avvocato; il limite è di Euro 600 per procedura, con tetto massimo annuo di 2400 Euro per le persone fisiche e 24 mila Euro per le persone giuridiche.

Non è ancora stato realizzato il decreto ministeriale che deve stabilire le modalità di liquidazione e di pagamento delle competenze spettanti all'avvocato quando ad una delle parti della controversia è stato riconosciuto il libero patrocinio e le modalità di riconoscimento di eventuali crediti di imposta.

La Condizione di procedibilità

La riforma Cartabia sulla mediazione obbligatoria ha modificato anche l'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 aggiornato con le modifiche apportate dal D.Lgs. 21 maggio 2018, n. 68 e dal D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, nella L. 21 giugno 2017, n. 96 e dal D.Lgs. 6 agosto 2015, n. 130, in relazione alla natura di tale procedura come condizione di procedibilità.

La principale novità riguarda la sanzione che viene applicata alla parte che non partecipa alla mediazione, prescindendo da quale soggetto abbia l'onere o meno di attivarla; il giudice può inoltre utilizzare la mancata presentazione al tentativo di mediazione della parte come elemento probatorio nel giudizio successivo, ai sensi del secondo comma dell'art. 116 cpc. e, se si tratta di mediazione obbligatoria, la condanna a versare una somma pari al doppio del contributo unificato previsto per il giudizio in questione²⁴.

Il comma 2 prevede inoltre che *“il giudice della controversia può (quindi, non deve) anche condannare la parte in*

²⁴F. Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.15-17

causa, che risulti soccombente e che non abbia partecipato alla mediazione, al pagamento di una somma di denaro a favore della controparte, con determinazione equitativa da parte del giudice ma non superiore al massimo delle spese del giudizio che siano maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione”.

Nella mediazione obbligatoria, qualora una parte non abbia esperito il tentativo di mediazione, l'altra parte ha la facoltà di avviare un'azione legale in quanto l'attuazione del procedimento di mediazione è una condizione necessaria per la procedibilità della domanda giudiziale.

L'improcedibilità può essere eccepita tanto dal convenuto quanto d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza; se il giudice accerta che la mediazione non è stata intrapresa o è già iniziata ma non conclusa, fissa l'udienza successiva solo dopo il termine previsto dall'articolo 6.

Durante quell'udienza il giudice deve verificare se la condizione di procedibilità è stata rispettata; in caso contrario dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale.

La riforma prevede comunque che, se il tentativo di mediazione è condizione di procedibilità, tale condizione si considera soddisfatta se le parti, pur incontratesi, non raggiungono l'accordo; in ogni caso il processo di mediazione non impedisce l'emissione di provvedimenti d'urgenza o provvedimenti cautelari, né l'eventuale trascrizione della domanda giudiziale.

Il Decreto Ingiuntivo

Il D.lgs. 150/2022 prevede anche una norma specifica che riguarda l'opposizione al decreto ingiuntivo²⁵.

²⁵ F. Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.17-19

Il nuovo art 5 bis del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 stabilisce che, quando l'azione indicata nell'articolo 5, comma 1, viene iniziata attraverso un ricorso per decreto ingiuntivo, il compito di presentare la domanda di mediazione spetta alla parte che ha fatto ricorso al decreto ingiuntivo.

Durante la prima udienza, il giudice assume tutti i provvedimenti che riguardano le richieste di concessione e di sospensione della provvisoria esecutorietà del decreto e verifica se il tentativo obbligatorio di mediazione è iniziato o comunque se è stata presentata apposita domanda; se la mediazione obbligatoria non è stata intrapresa, il giudice rinvia la causa fissando una successiva udienza dopo il termine ultimo per esperire il tentativo mediatizio previsto dall'articolo 6.

Nell'udienza successiva, se la mediazione non è stata fatta, il giudice dichiara l'improcedibilità dell'azione iniziata con la presentazione del ricorso per decreto ingiuntivo, *revocando anche il decreto opposto in sede di opposizione e decidendo sulle spese di lite.*

La legittimazione in mediazione dell'amministratore di condominio

La riforma Cartabia sulla mediazione obbligatoria introduce una norma specifica che ha come oggetto “*la legittimazione dell'amministratore di condominio*”²⁶.

Il nuovo art 5 ter del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 indica che *l'amministratore del condominio ha la facoltà di avviare, aderire e partecipare a un procedimento di mediazione*; il relativo verbale, con il quale viene delineato l'accordo di conciliazione o la proposta conciliativa del mediatore, deve essere approvato dall'assemblea condominiale entro

²⁶ F. Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.19-21

il termine stabilito nell'accordo o nella proposta, con riferimento anche a quanto previsto dall'articolo 1136 del codice civile.

Se l'assemblea non approva entro il termine previsto, la conciliazione si considera non conclusa.

La mediazione demandata dal giudice

Il D.lgs. 150/2022 introduce anche una norma dettagliata sulla mediazione demandata dal giudice²⁷.

L'art 5 quater del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 prevede infatti che *“il giudice, anche durante un processo di appello e fino alla definizione delle conclusioni, può valutare la natura del caso, lo stato dell'istruttoria, il comportamento delle parti e altre circostanze pertinenti, e decidere, mediante un'ordinanza motivata, di richiedere un tentativo di mediazione”*.

Il giudice nella stessa ordinanza fissa la data dell'udienza successiva dopo il termine previsto dall'articolo 6.

La mediazione disposta dal giudice diventa pertanto un requisito di procedibilità della domanda giudiziale a cui si applicano i commi 4, 5 e 6 dell'articolo 5; se la mediazione non viene realizzata, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale.

Mediazione prevista contrattualmente o statutariamente e condizione di procedibilità

La mediazione può essere prevista anche da un contratto o da uno statuto²⁸.

Quando il contratto, lo statuto o l'atto costitutivo di un ente pubblico o privato prevedono una clausola di mediazione, il

²⁷ F.Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.22-23

²⁸ F.Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.24-27

tentativo di mediazione diventa condizione di procedibilità per la domanda giudiziale. Se il tentativo di conciliazione non è stato effettuato, il giudice agisce su eccezione di parte in base a quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 5.

La domanda di mediazione viene presentata all'organismo che è indicato nella clausola del contratto, purché regolarmente iscritto nel registro degli organismi di mediazione; oppure, in caso contrario, all'organismo individuato ai sensi del comma 1 dell'articolo 4.

MEDIAZIONE E MEDIATORI

Capitolo Quinto: Il momento della mediazione – Il mezzo telematico – Modalità, durata e conclusione del procedimento - titolo esecutivo - credito d'imposta- il ruolo dei legali.

Il momento della mediazione

La durata del procedimento viene disciplinata in maniera esaustiva all'interno del nuovo art 8 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; il primo incontro tra le parti coinvolte nel procedimento mediatizio deve avvenire tra i 20 e i 40 giorni successivi alla presentazione della domanda di mediazione, salvo il caso in cui le parti si accordino fra di loro per un termine differente.

Attraverso strumenti idonei per la comunicazione alle parti vengono resi noti la richiesta di mediazione, la nomina del mediatore a cui viene affidato l'incarico, il luogo e l'ora dell'incontro.

Spesso per il miglior risultato del tentativo di mediazione è necessaria una conoscenza più approfondita di taluni aspetti o materie e pertanto l'organismo può utilizzare più mediatori ausiliari.

“Dalla data di ricezione della comunicazione, la richiesta di mediazione produce gli stessi effetti previsti per la domanda giudiziale in merito alla prescrizione e decadenza, anche se limitatamente a una sola volta” (art.8 D.lgs 28/2010)

La sede dell'organismo di mediazione è il luogo dove, senza particolari formalità, si svolge il procedimento di mediazione obbligatoria; le parti devono partecipare personalmente e solo in presenza di giustificati motivi possono delegare un rappresentante munito dei poteri necessari per accettare un eventuale accordo²⁹.

I soggetti giuridici agiscono sempre attraverso l'istituto della rappresentanza.

Nei casi di mediazione obbligatoria che sono previsti dall'articolo 5 comma 1 e 1 bis e quando la mediazione è richiesta dal giudice, le parti devono essere necessariamente assistite dai loro avvocati.

Durante il primo incontro di mediazione, alle parti viene spiegato le modalità con cui si svolgerà il tentativo mediatizio e come il mediatore incaricato cercherà di aiutarle per giungere ad una risoluzione della controversia; di quanto deciso viene sempre redatto apposito verbale firmato da tutti i partecipanti.

E' sempre possibile nominare uno o più esperti, regolarmente iscritti agli albi dei consulenti e periti del tribunale, le cui relazioni saranno parte integrante della controversia ed eventualmente verranno valutate anche dal giudice ai sensi dell'articolo 116 primo comma cpc.

Il mezzo telematico

L'art.8 bis è interamente dedicato alla “mediazione telematica”; mentre nella fase COVID-19 e nel periodo successivo,

²⁹ F.Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.28-32

in base all'art.83, comma 20 bis, del D.l.nr.18/2020 e successivamente con legge di conversione 27/2020, la mediazione telematica poteva svolgersi esclusivamente con il consenso delle parti, con la Riforma Cartabia non è più subordinata al verificarsi di quella condizione³⁰.

L' art. 8 bis del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 stabilisce quindi la possibilità che la mediazione avvenga tramite i mezzi telematici; ogni atto del procedimento è realizzato e firmato secondo quanto stabilito dal codice dell'amministrazione digitale (decreto legislativo n. 82 del 2005) e viene inviato tramite posta elettronica certificata o altri servizi di recapito certificato qualificato.

Gli incontri fra le parti possono pertanto essere realizzati attraverso collegamenti da remoto, consimultanea visibilità ed udibilità dei partecipanti.

E' lasciata alla libertà di ogni parte del processo mediatizio la possibilità di richiedere la partecipazione di persona o da remoto.

Al termine del tentativo di mediazione telematico viene redatto un unico verbale in formato digitale, che sarà trasmesso alle parti per la firma digitale; se si tratta di mediazione obbligatoria o delegata dal giudice, il verbale viene inviato anche agli avvocati.

Il verbale, una volta firmato digitalmente dal mediatore, dalle parti e dagli avvocati, viene inviato alla segreteria dell'organismo.

La conservazione dei documenti del procedimento di mediazione svolto tramite mezzi telematici è a cura dell'organismo di mediazione, in base a quanto stabilito dall'articolo 43 del decreto legislativo n. 82 del 2005.

³⁰C.Bernardo "Relazioni sulle novità normative della Riforma Cartabia" Corte Suprema di Cassazione Ufficio del Massimario 2023 pp.82-90

Dal 1° luglio 2023 la possibilità di utilizzare i mezzi telematici si trasforma in obbligo: chi intende affrontare una controversia davanti a qualunque giurisdizione, compreso il Giudice di pace, il Tribunale delle Acque pubbliche, il Tribunale per i minorenni ed il Commissario per la liquidazione degli usi civici, può farlo solo con deposito telematico e con atti informatici.

L'obbligatorietà del deposito telematico vale per tutti gli atti del processo, compresi quelli introduttivi del giudizio.

Modalità durata e conclusione del procedimento

Il nuovo art 8 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 stabilisce che il responsabile dell'organismo di mediazione, non appena viene presentata la richiesta di mediazione, deve nominare un mediatore e deve fissare un primo incontro fra le parti coinvolte³¹.

L'organismo di mediazione ha l'onere di comunicare alle parti la data del primo incontro, il luogo dove si terrà e l'orario.

La prescrizione o la decadenza della domanda si calcolano a partire dalla data di ricezione della stessa.

Il “nuovo primo incontro” è dieffettiva mediazione e le parti devono pertanto non solo essere presenti ma cooperare “*in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse*” (art. 8 comma 6).

La partecipazione al “nuovo primo incontro” ha ovviamente un costo, che viene stabilito a scaglioni a secondadel valore della controversia; esso è comunque ridotto rispetto alle indennità di adesione previste prima della riforma. Attualmente mancano i decreti attuativi del Ministero delle Finanze, pertanto non è possibile conoscere le nuove tariffe.

³¹ E.Mazzoli-D.Savio-A.Sirotti Gaudenzi “Mediazione assistita, mediazione civile e arbitrato dopo la Riforma Cartabia” Maggioli editore 2023 pp.107-109

Fino al 30 Giugno 2023, il D. Lgs. 28/2010 all'art. 8 prevedeva, quale modello per lo svolgimento del primo incontro del tentativo mediatizio, il cosiddetto "filtro" OPT-OUT: il mediatore, dopo aver reso edotte le parti circa i vantaggi della mediazione, gli eventuali costi e i benefici a livello fiscale, chiede alle parti se vogliono aderirvi o meno, soddisfacendo la condizione di procedibilità di cui all'art. 5 comma 2 bis D. Lgs. 28/2010 e senza realizzare alcun gravame per quanto riguarda i costi in capo alle parti. La fase mediatizia successiva si realizza solo se le parti vogliono trovare un accordo.

A decorrere dal 1° 7.2023 è prevista, a carico del mediatore, delle parti e degli avvocati, una maggiore responsabilità e consapevolezza nello svolgimento del proprio ruolo durante il tentativo di mediazione: fondamentali sono a riguardo gli "incontri preparatori" fra gli avvocati e i loro clienti, per definire come affrontare tale tentativo³².

Se una parte presenta ricorso contro un decreto ingiuntivo, la mediazione non è obbligatoria e la si può richiedere solo se il giudice "*concede o meno la provvisoria esecutività al decreto ingiuntivo*".

In base all'art. 11 bis del decreto legislativo 8 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, il mediatore redige apposito verbale³³ contenente l'accordo raggiunto dalle parti; il mediatore se l'accordo non viene raggiunto, o su richiesta delle parti, può sempre presentare la sua proposta di conciliazione, che deve essere comunicata per iscritto alle parti.

³² E.Mazzoli-D.Savio-A.Sirotti Gaudenzi "Mediazione assistita, mediazione civile e arbitrato dopo la Riforma Cartabia" Maggioli editore 2023 pp.110-112

³³ E.Mazzoli-D.Savio-A.Sirotti Gaudenzi "Mediazione assistita, mediazione civile e arbitrato dopo la Riforma Cartabia" Maggioli editore 2023 pp.114-115

Le parti hanno a disposizione un tempo fissato dal mediatore, di solito sette giorni, per accettare o meno tale proposta. In caso di mancata risposta entro il termine, la proposta si considera rifiutata.

Salvo diverso accordo tra le parti, la proposta non può includere riferimenti alle dichiarazioni fatte o alle informazioni ottenute durante il procedimento.

Il mediatore deve depositare il verbale presso la segreteria dell'organismo di mediazione.

Il verbale può essere redatto in formato digitale o in formato cartaceo in tanti originali quanti sono coloro che hanno partecipato alla mediazione, più un originale che deve essere depositato presso la segreteria dell'organismo, che deve conservarlo per almeno tre anni.

“Se l'accordo raggiunto prevede uno dei contratti o atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile (atti soggetti a trascrizione), per procedere alla trascrizione è necessario che la firma dell'accordo di conciliazione sia autenticata da un pubblico ufficiale autorizzato”(art.11 comma 3 D.lgs 28/2010).

La riforma Cartabia sulla mediazione obbligatoria ha previsto una norma specifica per quanto riguarda il termine per la conclusione del procedimento³⁴.

Il nuovo art 6 del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 stabilisce infatti la durata del procedimento di mediazione non superiore a tre mesi, ma con la possibilità di 3 mesi aggiuntivi se le parti trovano un accordo per iscritto prima della scadenza del termine iniziale; tale termine decorre dalla data di presentazione della domanda per esperire il tentativo di mediazione.

Il titolo esecutivo

³⁴ E.Mazzoli-D.Savio-A.Sirotti Gaudenzi “Mediazione assistita, mediazione civile e arbitrato dopo la Riforma Cartabia” Maggioli editore 2023 pp.108-109

Il primo comma dell'art. 12 del D.lgs.28/2010, modificato dalla riforma Cartabia, riguarda il valore come “titolo esecutivo” dell'accordo di mediazione concluso dalle parti: se le parti, assistite da un avvocato, sottoscrivono un accordo, lo stesso vale come titolo esecutivo per poter procedere poi con una eventuale e successiva espropriazione forzata o per l'esecuzione per consegna e rilascio, o per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, o per l'iscrizione di ipoteca giudiziale in relazione alle somme per le quali sia previsto un obbligo di pagamento³⁵.

Gli avvocati devono attestare che l'accordo raggiunto è “*conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico*”.

Ai sensi dell'art.480 secondo commacpc.l'accordo deve essere trascritto integralmente all'interno dell'atto di precetto.

Il nuovo comma 1 bis dell'art. 12 stabilisce inoltre che l'accordo di mediazione può essere, su richiesta di una delle parti del procedimento, omologato dal Presidente del tribunale che verifica preliminarmente *la regolarità formale e il rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico*.

“Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, datata 21 maggio 2008, il verbale viene omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve essere eseguito”.

Il credito di imposta

Il nuovo art. 20 del decreto legislativo 8 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 come modificato dalla riforma Cartabia, contiene delle disposizioni riguardanti il credito di

³⁵F.Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.57-61

imposta³⁶ a favore delle parti e degli organismi di mediazione, quando queste raggiungono un accordo di conciliazione; viene infatti riconosciuto un credito d'imposta proporzionale all'indennità pagata secondo l'articolo 17, commi 3 e 4, fino a un massimo di 600 euro.

Nei casi previsti dall'articolo 5, comma 1, e quando la mediazione è richiesta dal giudice, alle parti viene riconosciuto un credito d'imposta che risulta proporzionale a quanto versato al proprio avvocato per l'assistenza nel tentativo di mediazione.

“I crediti d'imposta sono utilizzabili dalla parte fino a un totale di 600 euro per procedura e con un massimo annuo di 2.400 euro per le persone fisiche e 24.000 euro per le persone giuridiche. In caso di mediazione fallita, i crediti d'imposta sono ridotti della metà”.

“Viene riconosciuto un ulteriore credito d'imposta proporzionale al contributo unificato versato dalla parte del giudizio estinto a seguito della conclusione di un accordo di conciliazione, entro il limite dell'importo versato e fino a 518 euro” (art.5 D.lgs 28/2010)

Il ruolo dei legali

Molto discusso negli ultimi tempi è il ruolo dei legali nel procedimento di mediazione. Essi da un lato devono cooperare con i loro clienti e dall'altro tutelarne gli interessi difendendone i diritti; a tale scopo il primo incontro formativo sembra essere indispensabile per definire le eventuali “strategie” da adottare durante il tentativo di mediazione³⁷.

³⁶ F.Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.72-73

³⁷ E.Mazzoli-D.Savio-A.Sirotti Gaudenzi “Mediazione assistita, mediazione civile e arbitrato dopo la Riforma Cartabia” Maggioli editore 2023 pp.111-112

L'attività di mediazione è infatti uno strumento in mano alle parti per giungere ad una eventuale risoluzione amichevole della controversia "*attività... svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia*"(D.lgs 28/2010)

L'avvocato deve pertanto assistere il proprio cliente (garantendo che l'accordo sia valido e conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico); il mediatore, quale terzo imparziale, deve invece condurre le parti nella ricerca di un accordo.

L'assistenza dell'avvocato, proprio per la sua specificità, è quindi necessaria in qualsiasi tipologia di mediazione, obbligatoria, volontaria o delegata dal giudice.

La pronuncia della Corte di Giustizia Europea (sentenza 14.06.2017 n.C-75/16) porta a ritenere infatti che il legislatore italiano con il D.L. n.69 del 21.06.2013 che ha modificato l'art.12 del D.Lgs, n.28/2010, ha previsto una diversa disciplina circa l'efficacia esecutiva dell'accordo raggiunto dalle parti, a seconda se le stesse siano o meno assistite da un avvocato.

Da ciò discende che la presenza degli avvocati nelle procedure di mediazione ex D.Lgs. n.28/2010, a prescindere dal fatto che siano o meno condizione di procedibilità o che vengano delegate dal giudice, è "*necessaria ed obbligatoria in assenza di norme speciali che la prevedano come facoltativa*" (in questi casi la regolarità dell'accordo viene garantita dal giudice).

Capitolo Sesto: Requisiti dei mediatori e rapporto con il titolo di studio di studio - Mediazione facilitativa e mediazione aggiudicativa.

Requisiti dei mediatori e rapporto con il titolo di studio

Il D.lgs 28/2010 prevede, per coloro che svolgono il compito di mediatori,³⁸ requisiti di qualificazione professionale, indicati più specificatamente dall'art. 4 del D.M. 180/2010.

I mediatori devono:

- *possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, devono essere iscritti a un ordine o collegio professionale;*
- *possedere una specifica formazione e uno specifico aggiornamento almeno biennale (acquisiti presso enti di formazione a ciò abilitati ex art. 18 dello stesso D.M.) e partecipare, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti;*
- *possedere i seguenti requisiti di onorabilità:*
 - a) non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa;*
 - b) non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici;*
 - c) non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza;*
 - d) non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.*

I corsi, tanto teorici quanto pratici, devono riguardare aspetti specifici in materia di mediazione, finalizzati a sviluppare nei partecipanti le capacità conciliative e le diverse tecniche di gestione dei conflitti.

³⁸G.L.De Donno-M.Duggento-M.Passiatore "Il mediatore e gli organismi di mediazione" N.Longobardi editore 2011 pp.9-17

Il percorso formativo, che ha una durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, prevede anche delle sessioni simulate in cui si ipotizza l'incontro fra le parti che, accompagnate dal mediatore, cercano di trovare una soluzione alla loro controversia e un tirocinio assistito dove i discenti partecipano a un autentico tentativo di mediazione.

Con riferimento al tirocinio assistito, la Circolare del Ministero della Giustizia del 20 dicembre 2011 ha precisato che il mediatore in tirocinio deve solo presenziare, senza poter svolgere alcuna attività di mediazione, in quanto tale attività spetta solo ed esclusivamente al mediatore titolare del procedimento; il tirocinio assistito deve essere rinnovato ogni due anni.

Al termine del percorso formativo è prevista una prova finale di valutazione che prevede sia una parte teorica che una pratica.

L'art.18 dello stesso Decreto Ministeriale indica che con un tirocinio di almeno 50 ore, *“articolato in corsi teorici e pratici, con un massimo di trenta partecipanti per corso, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti, e in una prova finale di valutazione della durata minima di quattro ore, articolata distintamente per la parte teorica e pratica”* il mediatore diventa Mediatore Professionista.

Ogni mediatore deve poi sottoscrivere, ad un massimo di cinque organismi di mediazione, una dichiarazione di disponibilità allo svolgimento di tale attività.

Ogni organismo di mediazione deve iscriversi presso il registro ministeriale, allegando l'elenco dei mediatori che si sono resi disponibili allo svolgimento del servizio.

Per tutte le diverse tipologie di mediazione le regole per la formazione dei mediatori sono le stesse; in realtà per la mediazione obbligatoria vi sono delle disposizioni a volte più

AGGIUNGERE
TRE RIGHEXXXX

dettagliate, che devono essere considerate attentamente.³⁹

Uno degli aspetti sicuramente più interessanti del tentativo mediatizio è la modalità con cui le parti raggiungono un accordo: non attraverso l'applicazione di norme giuridiche, bensì attraverso l'ausilio del mediatore che le accompagna al dialogo.

Il mediatore cerca di orientare le parti, al fine di far loro superare le posizioni iniziali e di evidenziare meglio quali siano gli interessi reciproci nel caso di raggiunto accordo.

In questa situazione il mediatore riveste il ruolo di un “*facilitatore della comunicazione*”, poiché aiuta le parti a individuare ed esplicitare i rispettivi vantaggi in caso di risoluzione della controversia.

Mediazione facilitativa e mediazione aggiudicativa

La direttiva comunitaria nr.52/2008 e la “legge Modello” in tema di conciliazione internazionale, approvata dall'Assemblea Generale della Commissione delle Nazioni Unite per il commercio internazionale (uncitral) nella seduta del 24 gennaio 2003, introducono il concetto di mediazione “fa-

³⁹Sono di evidente rilievo il Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, recante “*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*” (novellato, in particolare, dal D.l. 69/2013, conv. con mod. in L. 98/2013) e il **D.M. 180/2010** decreto del Ministero della Giustizia, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, 18 ottobre 2010, n. 180, “*Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*” (novellato, in particolare, dal D.M. 145/2011 e dal D.M. 139/2014).

cilitativa” e la privilegiano rispetto a quella aggiudicativa, che rimane circoscritta alla richiesta delle parti.

Con il termine “mediazione facilitativa” si indica la conciliazione delle parti raggiunta attraverso l’aiuto di un soggetto terzo, il mediatore, che si limita ad accompagnarle nel raggiungimento dell’accordo⁴⁰.

Il mediatore si adopera affinché le parti non si cristallizzino sulle posizioni iniziali in antitesi tra di loro, ma sui reali interessi di ciascuna di esse.

Il mediatore cerca di favorire l’accesso alla visione di una prospettiva di sviluppo e miglioramento in caso di soluzione del problema; egli assume quindi una veste di guida, spesso psicologica, per permettere alle parti di giungere ad una soluzione.

Se, nonostante il tentativo di accompagnare le parti verso l’obiettivo, l’accordo non viene trovato, il mediatore stesso può formulare una proposta conciliativa.

La proposta conciliativa deve essere formulata per iscritto: le parti sono ovviamente libere di accettare, entro il termine di 7 giorni o meno, la proposta (art. 11, D.lgs. 28/2010).

I due metodi di mediazione sono pertanto così differenziati:

- **mediazione facilitativa:** le parti raggiungono spontaneamente l’accordo e il mediatore agisce solo come accompagnatore nel percorso di comunicazione senza suggerire soluzioni;
- **mediazione aggiudicativa o valutativa:** le parti non raggiungono spontaneamente

⁴⁰ “F.Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.57-61

l'accordo; il mediatore suggerisce eventuali soluzioni e presenta una proposta conciliativa

Funzioni del mediatore all'interno del procedimento di mediazione

L'art. 8 del D.lgs. 28/1010 stabilisce che, quando viene presentata una domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo indica un mediatore e stabilisce la data del primo incontro tra le parti.

Il mediatore, dopo aver sottoscritto la “*dichiarazione di imparzialità*”, spiega alle parti le modalità con cui si svolge la mediazione; invita le parti e i loro avvocati a esprimersi circa la possibilità di iniziare o meno la procedura di mediazione. Se le parti accettano, la procedura ha inizio.

Durante lo svolgimento della mediazione il mediatore deve:

- adoperarsi perché le parti possano raggiungere un accordo amichevole per la definizione della controversia;
- rispettare tutti “*gli obblighi, doveri e regole di condotta*” indicate dal D.lgs. 28/2010 e dal D.M. 180/2010;
- utilizzare, se la controversia richiede delle conoscenze specifiche in determinati campi, “esperti” iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali; e, nei casi di mediazione obbligatoria, svolgere l'incontro con la parte che ha presentato l'istanza anche in mancanza di adesione dell'altra ai sensi dell'art. 7, comma 4, lett. d), D.M. 180/2010.

Le parti possono raggiungere spontaneamente l'accordo; se ciò non avviene, il mediatore presenta una proposta conciliativa.

La presentazione della proposta di conciliazione avviene anche su richiesta delle parti “in qualunque momento del procedimento”.

“La giurisprudenza di merito ha affermato la possibilità per il giudice, disposta la mediazione ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, di invitare il mediatore ad avanzare proposte conciliative pur in assenza di congiunta richiesta delle parti ex art. 11, comma 1, d.lgs. 28/2010”.

Se l'accordo viene raggiunto spontaneamente dalle parti, oppure se tutte le parti aderiscono a quanto proposto dal mediatore, viene redatto processo verbale ai sensi dell'art.13 del D.lgs 28/2010.

Tale processo verbale contiene:

- il testo dell'accordo;
- la sottoscrizione delle parti, del mediatore e se presenti degli avvocati.

Se l'accordo non viene raggiunto, il processo verbale viene comunque redatto e contiene:

- l'indicazione dell'eventuale proposta presentata dal mediatore e rifiutata dalle parti;
- la sottoscrizione delle parti, del mediatore e se presenti degli avvocati.
- L'eventuale mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione.

Capitolo Settimo: Gli obblighi del mediatore professionista – Imparzialità – Linee interpretative in tema di eccesso o carenza di potere – Ulteriori doveri – Rispetto della regolarità formale e delle norme imperative e dell’ordine pubblico – Obblighi informativi nei confronti delle parti – Verbalizzazione.

Gli obblighi del mediatore professionista

Durante il procedimento di mediazione, il mediatore ha un ruolo fondamentale, ma è nevralgico il ruolo delle parti: che venga utilizzato il metodo facilitativo o quello aggiudicativo/valutativo, esse infine decidono di risolvere o meno la controversia attraverso un accordo⁴¹.

Il mediatore rimane sempre privo del potere di formulare giudizi o di prendere decisioni vincolanti per le parti, restando pertanto sempre “*terzo, imparziale e neutrale*”.

Durante lo svolgimento della sua prestazione professionale il mediatore deve considerare e rispettare alcune regole fondamentali:

- eseguire personalmente la propria prestazione (art. 14, D.lgs. 28/2010);
- rispondere immediatamente ogni qualvolta l’organismo di mediazione chiede la sua presenza o la sua prestazione (ex. art. 14, comma 2D.lgs. 28/2010);

⁴¹ G.L.De Donno-M.Duggento-M.Passiatore “Il mediatore e gli organismi di mediazione” N.Longobardi editore 2011 pp.21-25

Egli non può, se non per giustificato motivo rifiutarsi di eseguire la propria prestazione (art. 9, D.M. 180/2010); l'organismo e il mediatore in particolare modo, non possono rifiutarsi di svolgere la mediazione se il procedimento è obbligatorio (art. 16, comma 9, D.M. 180/2010); non può svolgere le funzioni di mediatore per più di cinque organismi (art. 6, D.M. 180/2010);

“Il regolamento di ciascun organismo di mediazione deve in ogni caso garantire, tra l'altro, modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico (art. 3, D.lgs. 28/2010)”.

Imparzialità

L'imparzialità del mediatore, ai sensi dell'art. 3 del D.lgs. 28/2010, deve essere garantita dall'organismo di mediazione durante la sua nomina per quella particolare controversia⁴².

L'art. 14, comma 2 vieta al mediatore *“di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati (fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio)”*.

Il mediatore non può percepire compensi direttamente dalle parti ed è l'organismo di mediazione infatti a retribuire, mediante l'indennità di mediazione, la sua prestazione professionale; le spese di mediazione che le parti versano all'organismo sono già comprensive dell'onorario del mediatore.

⁴² E.Mazzoli-D.Savio-A.Sirotti Gaudenzi “Mediazione assistita, mediazione civile e arbitrato dopo la Riforma Cartabia” Maggioli editore 2023 pp.123

Il comma 2, lett. a), del medesimo art. 14 specifica, inoltre, che il mediatore è obbligato a sottoscrivere una dichiarazione di imparzialità per qualsiasi processo di mediazione che gli viene affidato; in caso di eventuale pregiudizio per l'imparzialità, deve avvisare l'organismo e le parti nell'immediatezza.

L'art. 14-bis D.M. 180/2010, aggiunto dal D.M. 4 agosto 2014, n. 139 si occupa dell'"*incompatibilità e conflitti di interesse*" e stabilisce che "*il mediatore non può essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti in procedure di mediazione dinanzi ad organismi a lui collegati*".

Il collegamento può derivare o dal fatto che il mediatore vi è iscritto, o socio, o perché riveste all'interno dell'organismo un particolare incarico.

Il mediatore legato da rapporti di tipo professionale con una delle parti del tentativo mediatizio non può assumerne la direzione.

In particolare:

- "*colui il quale ha in corso ovvero ha avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti*";
- "*quando una delle parti è assistita o è stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che ha esercitato la professione negli stessi locali*".

L'art.815 del c.p.p. prevede la possibilità di ricusare gli arbitri durante la risoluzione di una controversia per la quale sia previsto, da una clausola compromissoria inserita nel contratto, il ricorso all'arbitrato.

Alcune delle ipotesi previste per la ricusazione degli arbitri sono applicabili anche per la ricusazione del mediatore:

- Se il mediatore ha un qualsiasi tipo di interesse nella controversia;
- “Se il mediatore (o il coniuge) sia parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori”;
- “se il mediatore (o il coniuge) ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori”;
- “se il mediatore è legato ad una delle parti (o a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo), da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza”;
- “se il mediatore è tutore o curatore di una delle parti”;
- “se il mediatore ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone”.

Il comma 3 dell'art. 14-bis D.M. 180/2010 impone un assoluto divieto, per il mediatore, “*di intrattenere rapporti professionali con una delle parti se non sono decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento*”.

Linee interpretative in tema di eccesso o carenza di potere

Il Ministero della Giustizia, con la circolare 14 luglio 2015 “Incompatibilità e conflitti di interesse mediatore e avvocato”.

to”ha predisposto delle linee interpretative per chi svolge il ruolo di mediatore:

- L’art. 14 bis del D.M. 180/2010 ha come scopo quello di garantire che l’attività di mediazione sia svolta da un soggetto che offra garanzie di indipendenza e terzietà;
- Ai sensi dell’art. 14 bis vige il divieto di ricoprire la qualifica di mediatore da parte del difensore di fiducia della parte chiamata in mediazione⁴³
- E’ fatto divieto di derogare quanto previsto dall’art. 14 bis anche su accordo fra le parti;
- L’organismo di mediazione deve respingere le richieste di mediazione nelle quali appaiono evidenti elementi di incompatibilità di cui all’art. 14 bis.

Il TAR del Lazio, tuttavia, il 1 aprile 2016 con la sentenza n. 3989 ha dichiarato la soppressione dell’art. 14 bis del D.M.

⁴³“l’incompatibilità di cui all’art. 14 bis si estende **anche ai mediatori dell’organismo con cui si è concluso un accordo** ai sensi dell’art.7, comma 2, lett. c), D.M. 180/2010 (disposizione relativa alla possibilità, per gli organismi di mediazione, di avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori di altri organismi con i quali abbia raggiunto a tal fine un accordo, anche per singoli affari di mediazione, nonché di utilizzare i risultati delle negoziazioni paritetiche basate su protocolli di intesa tra le associazioni riconosciute ai sensi dell’art. 137 del Codice del Consumo e le imprese, o loro associazioni, e aventi per oggetto la medesima controversia)”

180/2010 e l'annullamento della circolare ministeriale 14 luglio 2015

perviolazione dell'art. 3 c.1 e 2 e dell'art. 16 c.2 e 5, D.lgs.28/2010 - eccesso di potere per carenza di potere: "l'imparzialità e terzietà del mediatore sono ritenute necessarie, ma legate alla dichiarazione del singolo secondo l'imposizione del regolamento dell'organismo, a pena di procedibilità, e in relazione a quanto già previsto dalla normativa primaria in tal senso.

In tale contesto stride, quindi, la disposizione di cui all'art. 14bis, d.m. 180/2010, come introdotto dall'art. 6, comma 1, d.m. 4.8.2014, n.139, che si occupa direttamente dell'incompatibilità e dei conflitti di interesse del singolo mediatore; disposizione da censurare in quanto la normativa primaria non ha riservato alla decretazione regolamentare ministeriale alcun margine per intervenire sui temi dell'incompatibilità e del conflitto di interessi del singolo mediatore, al fine poi di estenderli anche a soci, associati e professionisti esercenti attività professionale nei medesimi locali.

Al riguardo, sotto il profilo formale, basti richiamare l'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988 in tema di decretazione ministeriale e, sotto il profilo sostanziale, non può farsi a meno di ricordare che lo stesso Consiglio di Stato, in sede di pronuncia del necessario parere sul testo del d.m. impugnato, aveva chiaramente espresso la riserva in ordine alla collocazione dei commi 1 e 3 dell'art. 14 bis del testo al suo esame, ...trattandosi di questione che può presentare interconnessioni con l'ordinamento forense, come tale necessitante – semmai – di apposita previsione in altra iniziativa normativa”.

Il TAR del Lazio pertanto ribadisce che il legislatore, attraverso l'art.16, comma 4 bis del D.lgs 28/2010 ha individuato

nell'avvocato l'unica figura di "mediatore di diritto" e pertanto è attraverso quella norma che vengono regolamentate le funzioni del mediatore anche attraverso il codice deontologico; non risultano pertanto necessarie né le disposizioni dell'art.14 bis, né la circolare del Ministero di Giustizia.

Ulteriori doveri

Riservatezza

L'art. 9, comma 1 del D.lgs. 28/2010 stabilisce che chiunque svolga *"la propria opera o il proprio servizio nell'ambito del procedimento di mediazione (quindi anche il mediatore)"* è obbligato al principio di riservatezza per tutte le dichiarazioni delle parti e per tutte le informazioni assunte durante il procedimento.⁴⁴

⁴⁴ Il D.lgs. 196/2003 "Codice della Privacy" utilizzava il termine "dato sensibile", riferendosi a specifici tipi di informazioni riferibili ad una persona e prevedendo: il consenso esplicito per poterli trattare e una tutela rafforzata gestione di tali dati ("misure di sicurezza idonee"). Tale tipologia includeva l'origine razziale ed etnica di un individuo nonché le convinzioni ed adesioni religiose/politiche/filosofiche, l'appartenenza sindacale, lo stato di salute e l'orientamento sessuale del medesimo. L'art. 9 del Regolamento (UE) 679/2016 meglio noto come GDPR, disciplina "categorie particolari di dati personali" che ricalcano sostanzialmente gli ex dati sensibili. Rientrano tra questi, testualmente quei dati «...che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona.». Con l'art. 9 GDPR, i dati particolari non devono essere trattati se non analogamente con il consenso esplicito dell'interessato o in caso di necessità per assolvere ad alcuni obblighi ben codificati. L'art. 2 septies del 101/2018 stabilisce che i dati genetici, biometrici e relativi alla salute possono essere oggetto di trattamento in presenza di una delle condizioni di cui al paragrafo 2 dello stesso art. 9 GDPR. Dati sensibili e dati particolari sono assimilabili nell'assunto che sia vietato trattarli,

Per quanto riguarda le dichiarazioni delle parti e le informazioni assunte durante il procedimento di mediazione vigono:

- Il divieto di utilizzo in giudizio (“*art. 10, comma 1: le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio*”);

- Il segreto professionale (“*art. 10, comma 2: il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'art. 200 c.p.p., relativo al segreto professionale, come nel caso di ministri di confessioni religiose o avvocati, e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'art. 103 c.p.c. in quanto applicabili*”);

- Il divieto di diffamazione nella proposta conciliativa, fatto salvo un eventuale accordo fra le parti (art. 11, comma 2).

a meno che l'interessato non abbia dato il suo esplicito consenso ovvero salvo alcuni casi particolari.

Il mediatore può svolgere delle sessioni separate con le parti al fine di acquisire elementi utili per il processo mediatizio: per una implicita “riservatezza interna”, tutto ciò che viene acquisito durante queste sessioni non può essere rivelato alle altre parti.

Rispetto della regolarità formale e delle norme imperative e dell'ordine pubblico

Ai sensi dell'art. 3, comma 3, D.lgs. 28/2010 “*gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità*” e, ai sensi dell'art. 8, comma 2 “*Il procedimento si svolge senza formalità*”.

Viene tuttavia richiesto riguardo, ad esempio, all'omologazione del “verbale di accordo conciliativo” o alle ipotesi di mediazione obbligatoria (ex lege o disposta dal giudice) il rispetto di alcuni “*criteri formali*” che riguardano il “rapporto tra procedimento di mediazione e processo civile”, oltre ad un minimo livello di formalismo necessario per dare maggiori garanzie alle parti impegnate nel tentativo di conciliazione e una maggiore uniformità nello svolgimento dello stesso.

L'art. 12 del D.lgs. 28/2010 evidenzia che, se non tutte le parti che aderiscono alla mediazione sono assistite da un avvocato, il verbale di accordo conciliativo è omologato con un decreto del presidente del tribunale, “*previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico*”; lo stesso mediatore deve presentare proposte conciliative nel pieno rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative.⁴⁵

⁴⁵ Quanto alla presenza irregolarità formali nel verbale di conciliazione come motivo di rigetto della richiesta di omologazione già nel 2011 giurisprudenza di merito (Trib. Modica, 9.12.2011) aveva negato l'omologa per le seguenti irregolarità formali: “*per avere omesso il sottoscrittore mediatore di indicare il suo legittimo status quale soggetto incluso nei ruoli di un organismo di conciliazione regolarmente registrato*”

Verbalizzazione

Tutto ciò che viene realizzato in sede di mediazione deve essere verbalizzato dal mediatore con accuratezza e completezza (art.11 del D.lgs. 28/2010): dalla mancata partecipazione di una delle parti, al raggiungimento o al mancato raggiungimento dell'accordo conciliativo, all'eventuale "proposta conciliativa" presentata alle parti⁴⁶.

La verbalizzazione è da un lato fondamentale perché il procedimento di mediazione si realizzi in maniera corretta, ma dall'altro risulta indispensabile per evidenziare eventuali responsabilità legate all'attività professionale del mediatore (responsabilità civile da inadempimenti di cui all'art.1218 c.c.).

Il processo di verbalizzazione deve però essere realizzato rispettando il principio di riservatezza.

“I due principi (di verbalizzazione e di riservatezza) non sono, però, in contrasto tra loro: il principio relativo alla **riservatezza delle dichiarazioni delle parti** (art. 9 d.lgs. 28/2010) deve essere riferito al solo **contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione**, vale a dire al merito della lite.

Ogni qualvolta, invece, tali dichiarazioni, quand'anche trasposte al di fuori del procedimento di mediazione, **riguardano circostanze che attengono alle modalità della partecipazione delle parti alla mediazione e allo svolgimento (in senso procedimentale) della stessa**, va predicata la assoluta liceità della verbalizzazione e dell'utilizzo da parte di

presso il Ministero della Giustizia” e “per la mancanza, nel processo verbale, dell'indicazione degli estremi dell'iscrizione dell'organismo di mediazione nel registro ministeriale”.

⁴⁶F.Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.57-61

chicchessia. Difatti, il mediatore non è né un collaboratore del giudice né un suo ausiliario, ma lo schema della legge prevede, in sommo grado nella mediazione demandata, una serie di **link che non possono essere ignorati fra il procedimento di mediazione e la causa** (fra essi vanno ricordati in primo luogo la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 c. 1-bis e 2, nonché le conseguenze della mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo di cui all'art. 8 co. 4-bis, gli effetti nella causa della proposta del mediatore di cui all'art. 13, l'efficacia di titolo esecutivo del verbale di accordo ove regolarmente asseverato dagli avvocati che abbiano assistito le parti che hanno aderito alla mediazione di cui all'art. 12 e, benché non espressamente affermato dalla legge, la producibilità nella causa della relazione dell'esperto di cui all'art. 8 c. 4; ciò, in via generale, anche in relazione all'art. 96 c. 3 c.p.c. (Trib. Roma, 25.1.2016). Ciò posto, la stessa giurisprudenza ha osservato che con riferimento al **primo incontro di mediazione** (art. 8 c. 1) è necessario e doveroso che venga **verbalizzata la ragione del rifiuto a proseguire nella mediazione vera e propria**.

Ciò, sempre che **la parte dichiarante la sponga e chiedi la relativa verbalizzazione**: il mediatore non è tenuto a richiedere ad essa la ragione di tale rifiuto, ma neppure può esimersi dalla relativa verbalizzazione, ove richiesta dall'avente diritto.

In **mancanza di qualsiasi dichiarazione**, autorizzativamente verbalizzata, della parte, sulla ragione del rifiuto di proseguire nel procedimento di mediazione, **tale rifiuto va considerato non giustificato**".

Altra giurisprudenza ha confermato detta importanza dell'attività di verbalizzazione del mediatore, affermando che "il **mediatore**, nel caso in cui la parte neghi consenso alla prosecuzione del procedimento, è tenuto a **precisare nel**

verbale se la parte si è opposta alla verbalizzazione dei motivi del rifiuto e se, anche all'esito della eventuale sollecitazione da parte del mediatore medesimo, la parte non ha inteso esplicitare le ragioni del proprio dissenso. In caso contrario, **non potendo il giudice apprezzare le ragioni che hanno indotto la parte ad interrompere il tentativo di mediazione al primo incontro, il rifiuto deve considerarsi non giustificato**, con le relative conseguenze: desumere argomenti di prova ex art. 116, comma 2, c.p.c. e sanzione pecuniaria (Trib. Vasto, 23.4.2016).

Nello stesso senso si è osservato (Trib. Vasto, 23.6.2015) che *il mediatore è tenuto a verbalizzare i motivi eventualmente addotti dalle parti assenti per giustificare la propria mancata comparizione personale (oltre che ad adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle parti).*

Sull'argomento il tribunale di Roma il 14.12.2015 ribadisce che *il mediatore deve e chiunque ne abbia interesse può, trascrivere ogni elemento fattuale utile a consentire al giudice di valutare la ritualità della partecipazione o la mancata partecipazione delle parti al procedimento di mediazione*".

Capitolo Ottavo: Le competenze professionali del mediatore, tra doti umane e conoscenze giuridiche – sistemi di controllo – inquadramento professionale della figura del mediatore.

Le competenze professionali del mediatore tra doti umane e conoscenze giuridiche

Nel confronto tra le competenze del mediatore e quelle di un giudice sono evidenti le diversità: il giudice, applicando le norme del diritto, deve stabilire quale parte ha ragione o tor-

to nella controversia, mentre il mediatore non risolve la controversia, ma aiuta le parti a trovare un accordo.

Il mediatore non applica le norme del diritto: deve pertanto essere dotato di competenze specifiche in merito alla comunicazione, alla gestione delle liti e alla psicologia delle parti⁴⁷. La figura del mediatore è pertanto tenuta distinta da quella del giudice, pur se l'accordo raggiunto a seguito del procedimento mediatizio ricadesui diritti soggettivi delle parti e sulla loro gestione.

Risulta pertanto fondamentale, come già evidenziato, “il rispetto della regolarità formale, delle norme imperative, dell'ordine pubblico e della necessità di procedere ad una verbalizzazione corretta delle attività svolte in mediazione, nonché dei rapporti tra mediazione e processo civile (specie in caso di mediazione c.d. obbligatoria o demandata)”.

Il mediatore diventa pertanto una nuova figura professionale, che deve essere dotata anche di specifiche conoscenze in determinatesettori.

Il Tribunale di Palermo il 16 agosto 2011 “*rileva innanzitutto come, tenuto conto della necessità per il giudice di tentare un'interpretazione della normativa interna conforme alla normativa europea, occorra verificare la sussistenza di **garanzie di competenza e professionalità del mediatore nel sistema di mediazione obbligatoria** di cui al d.lgs. 28/2010 laddove si indica che i mediatori debbano possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, essere iscritti a un ordine o collegio professionale, ma altresì che i medesimi siano in possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale*”.

⁴⁷R.Allievi “Il ruolo e la deontologia del mediatore civile” Torrazza P. pp.5-32

Il Parlamento europeo ed il Consiglio suggeriscono “agli Stati membri di incoraggiare, in qualsiasi modo essi ritengano appropriato, la formazione dei mediatori e l’introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione” che, peraltro, “dovrebbero essere volti a preservare la flessibilità del procedimento di mediazione e l’autonomia delle parti e a garantire che la mediazione sia condotta in un modo efficace, imparziale e competente” (Direttiva 2008/52/CE).

L’art. 4 della Direttiva 2008/52/CE ordina agli Stati membri di “incoraggiare l’elaborazione di codici volontari di condotta”, da realizzarsi a curadei mediatori e dagli organismi di mediazione al fine di predisporre un efficace “meccanismo di controllo della qualità dei servizi” forniti in tema di mediazione⁴⁸.

La stessa Direttiva prevede inoltre che gli Stati membri provvedano a garantire la formazione iniziale e successiva dei mediatori “allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti”.

I mediatori devono pertanto garantire un’elevata competenza e formazione; e l’“idoneità al corretto e sollecito espletamento dell’incarico” prevista dall’art. 3 del d.lgs. 28/2010, può essere interpretata alla luce delle Direttive Europee, come una maggiore preparazione anche dal punto di vista giuridico.

I mediatori dotati di cognizioni tecnico-giuridiche possono meglio garantire verbali di conciliazione omologabili, trascrivibili, accettabili dai procuratori e tendenzialmente equi anche per la parte priva di difensore; la scelta del

⁴⁸ G.L.De Donno-M.Duggento-M.Passiatore “Il mediatore e gli organismi di mediazione” N.Longobardi editore 2011 pp.22-25

mediatore da parte del responsabile dell'organismo deve avvenire in considerazione delle specifiche conoscenze ed esperienze professionali sulla materia oggetto di controversia. Per quanto riguarda la competenza dei mediatori il "Codice Europeo di condotta stabilisce che *"i mediatori devono essere competenti e conoscere a fondo il procedimento di mediazione"*, nonché l'importanza di una *"formazione adeguata e un continuo aggiornamento della propria istruzione e pratica nelle capacità di mediazione"*, e che *"prima di accettare l'incarico, il mediatore deve verificare di essere dotato della preparazione e competenza necessarie a condurre la mediazione del caso proposto"*(Art.1)

Sistemi di controllo

Per quanto riguarda i sistemi di controllo della figura del mediatore sembra difficile poter applicare sia quanto previsto dai sistemi sanzionatori e di valutazione della magistratura, che quanto atteso per figure contrattualizzate tanto nel pubblico che nel privato

Il Decreto Legislativo nr. 286 del 30 luglio 1999 "Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59" all'art. 1 prevede un'attenta verifica dell'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa attraverso **controlli interni** per poter ottimizzare i risultati⁴⁹.

Il d.lgs. n. 286/99 rappresenta il risultato finale della riforma del settore pubblico⁵⁰, finalizzato a gestire in maniera più dinamica e più sensibile le richieste della collettività.

⁴⁹E.Brandolini "Il nuovo sistema dei controlli interni"Referendario Corte dei Conti pp.2-22

⁵⁰L'operazione globale di riforma del settore pubblico è caratterizzata dalla legge 93/83 sugli accordi di lavoro del personale pubblico, dalla

Nell'ambito dei controlli interni può pertanto rientrare anche l'attività del mediatore, attraverso un'attenta indagine delle metodologie adottate nei vari processi mediatizi e dei risultati ottenuti in concreto.

La Corte dei Conti Europea ha definito il controllo interno come *“l'insieme di tutte le strategie e procedure concepite ed attuate dalla direzione di un organismo al fine di garantire il raggiungimento efficiente ed efficace degli obiettivi dell'organismo, l'osservanza delle norme esterne (leggi, regolamenti, etc) e delle politiche di gestione, la tutela dei beni e delle informazioni, la prevenzione e l'individuazione delle frodi e degli errori;... e... ..che siano realizzati gli obiettivi della gestione”*.

L'INTOSAI (organizzazione internazionale delle Istituzioni Superiori di Controllo –ISC–nata nel 1953) che riunisce tutti i Paesi partecipanti all'ONU, ha stabilito le “regole di controllo” applicabili in ogni singolo Stato aderente⁵¹.

legge 400/88 sull'attività del Governo e dalla cennata legge 241/90 sulla trasparenza amministrativa, dal D.lgs. n. 29/1993 e successive modificazioni, sulla privatizzazione del pubblico impiego e sulla distinzione tra attività di indirizzo politico ed attività di gestione, dalla legge 20/94 sulla riforma dei controlli e dalla legge 94/97 sulla riforma del bilancio dello Stato. Da ultimo la legge costituzionale 3/2001 ha ridisegnato le attribuzioni delle competenze tra Stato e Regione, invertendo il criterio delle competenze residuali, ora tutte di competenza regionale.

⁵¹I documenti basilari dell'INTOSAI in materia sono: “Dichiarazione di Lima sui principi generali di controllo della finanza pubblica” del 1977 e le “Regole di controllo (Auditing Standards)” approvati a Washington nel 1992. Nel 1998 è stato poi elaborato, a cura della Corte dei conti europea unitamente alle Istituzioni superiori di Controllo –ISC– dell'area U.E. il c.d. “manuale U.E o manuale di controllo europeo” ovvero le “Linee guida del controllo (adattamento in ambito U.E. delle Norme di controllo INTOSAI)”.

Ciascun Stato aderente si è munito di un proprio manuale di controllo interno; le regole del manuale potrebbero essere applicate anche a chi gestisce il processo di mediazione.

Inquadramento professionale della figura del mediatore

La figura del mediatore, in realtà, occupa una posizione intermedia tra coloro che sono contrattualizzati e quindi sottoposti ai controlli della Pubblica Amministrazione e coloro che rappresentano dei “liberi professionisti”, non legati pertanto agli obblighi che normalmente hanno i pubblici dipendenti o gli incaricati di pubbliche funzioni⁵².

E' pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della Pubblica Amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo dei poteri autoritativi o certificativi.

Il Pubblico Ufficiale è persona investita di pubbliche funzioni e la sua attività produce importanti effetti giuridici e ai sensi dell'art. 97 della Costituzione è tenuto a garantire il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

L'art. 358 c.p. definisce l'Incaricato di Pubblico Servizio “colui che, a qualunque titolo, presta un pubblico servizio”.

Il pubblico servizio è sottoposto alla medesima disciplina della funzione pubblica ma, nel contempo, difetta dei poteri tipici che connotano quest'ultima, ossia quelli deliberativi, autoritativi e certificativi.

Per affermare se un soggetto rivesta o meno la qualità di incaricato di pubblico servizio, l'elemento discriminante è rappresentato dalle funzioni attribuite al soggetto, che devono

consistere nella cura di interessi pubblici o nel soddisfacimento di bisogni di interesse generale.

Il Pubblico Ufficiale è una figura investita di pubbliche funzioni la cui attività produce effetti giuridici che possono determinare *forme aggravate di responsabilità*, mentre l'Incaricato di pubblico servizio è addetto presso un Ente statale o Locale ovvero altro Ente comunque appartenente alla sfera pubblicistica che presta permanentemente o temporaneamente un pubblico servizio.

Non rientra tra gli elementi costitutivi della qualifica né quello retributivo né il carattere dell'obbligatorietà della prestazione, in quanto un pubblico servizio può beneficiarne sia gratuitamente sia volontariamente.

Alla luce di ciò risulta difficile inquadrare giuridicamente la figura del mediatore.

L'art.11 del D.lgs.28/2010 stabilisce che *“se con accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art.2643 c.c., per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato...”*; il legislatore prevede pertanto una figura aggiuntiva (il Pubblico Ufficiale) per il controllo di legalità del verbale soggetto a trascrizione, al fine di conferirgli esecutività per l'iscrizione, ad esempio, di ipoteca.

Una parte della giurisprudenza, tuttavia, non condivide questa interpretazione, affermando che il mediatore ha il ruolo di Pubblico Ufficiale. dal momento che la sua sottoscrizione del verbale dà conto ufficialmente di quanto accaduto e raccontato durante lo svolgimento del processo di mediazione.

Un aiuto può forse giungere dal paragone con la figura del giudice onorario, desunta dalle modalità di retribuzione dello stesso.

QUI

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 267 del 9 dicembre 2020 si è occupata della figura dei giudici onorari: *ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, 1° comma, del d.l.67/97 nella parte in cui non prevede da parte del Ministero della Giustizia il rimborso delle spese di patrocinio legale al giudice di pace nelle condizioni ed ipotesi stabilite dalla norma. Ebbene, spetta al giudice del rinvio esaminare, in ultima analisi, in qual misura il rapporto che lega i giudici di pace al Ministero della Giustizia sia, di per sé, sostanzialmente differente dal rapporto di lavoro esistente tra un datore di lavoro ed un lavoratore. La Corte può tuttavia fornire al giudice del rinvio taluni principi e criteri di cui quest'ultimo dovrà tener conto nell'ambito del suo esame...*"

Quindi la Corte così conclude in relazione a tale aspetto:

"Quanto alle modalità di organizzazione del lavoro dei giudici di pace e, più in particolare, alla questione se tali giudici svolgano le loro funzioni nell'ambito di un rapporto giuridico di subordinazione, come risulta dai punti da 107 a 112 della presente sentenza, sebbene appaia che detti giudici svolgono le loro funzioni nell'ambito di un siffatto rapporto giuridico, spetta al giudice del rinvio verificare tale aspetto.... e ancora ...fatte salve le verifiche che rientrano nella competenza esclusiva di tale giudice, emerge che gli obiettivi invocati dal governo italiano nel caso di specie, vale a dire rispecchiare le differenze nell'attività lavorativa tra i giudici di pace e i magistrati professionali, potrebbero essere idonei a rispondere ad una reale necessità e che le differenze di trattamento esistenti tra tali due categorie, anche in materia di ferie annuali retribuite, potrebbero essere considerate proporzionate agli obiettivi da esse perseguiti".

La sentenza della Corte Costituzionale evidenzia pertanto una disparità di trattamento fra il giudice di pace e il magi-

strato ordinario: non si prevede il diritto per un giudice di pace di beneficiare di ferie annuali retribuite di 30 giorni, come quello previsto per i magistrati ordinari, nell'ipotesi in cui tale giudice di pace rientri nella nozione di «lavoratore a tempo determinato», nonostante si trovi in una situazione comparabile a quella di un magistrato ordinario.

L'unica possibile spiegazione sembra riferirsi al fatto che tale differenza di trattamento possa essere giustificata dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni dei magistrati, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare⁵³.

In conclusione la sentenza vuole portare avanti quel percorso comunitario, ormai avviato e tracciato da tempo, rivolto alla tutela della figura del lavoratore a termine, alla prevenzione di possibili abusi e alle distorsioni del principio della non discriminatorietà.

Il principio della parità di trattamento, di cui all' art.45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, assume certamente importanza; tuttavia rimane compito dei Giudici nazionali quello delle operazioni di qualificazione, di analisi e di verifica della sussistenza o meno di ragioni obiettive, per definire lo status del giudice onorario come configurato nel nostro ordinamento.

Alla luce di quanto sommariamente esposto si ipotizza un possibile percorso di inquadramento professionale di magistratura di supporto, tanto per il giudice di pace quanto per il mediatore.

La Costituzione, infatti, all'art.102 stabilisce “che cittadini idonei estranei alla magistratura possono essere chiamati a far parte delle sezioni specializzate istituite per determinate materie presso gli organi giudiziari ordinari...; e l'art.106

che “la legge sull’ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli”.

Si vuole pertanto affiancare ai magistrati professionali, in base all’art.102, persone in grado di fornire conoscenze tecniche o particolari esperienze di vita, quando ciò sia utile per una migliore applicazione della legge per garantire che la decisione sia assunta in base a conoscenze tecniche e professionali che vanno oltre quelle di solito possedute dai giudici (come espresso dalla sentenza della Corte Costituzionale nr.76/961).

In base all’art.106 l’esercizio delle funzioni giudiziarie in determinate condizioni e materie può essere affidato a magistrati non professionali, gli onorari: la finalità è quella di dare un contributo qualitativo e quantitativo alla definizione di determinati procedimenti⁵⁴.

Capitolo Nono: Il mediatore avvocato – il mediatore dipendente pubblico - Il mediatore agente di Pubblica Sicurezza - Incompatibilità tra mediatore e giudice di pace

Il Mediatore avvocato

L’art. 16, comma 4-bis, del D.lgs. 28/2010 stabilisce che *gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori*; la stessa norma ribadisce che gli avvocati, iscritti ad organismi di mediazione, *devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e devono mantenere la propria prepara-*

⁵⁴ Art.1 c.3 D.lgs 116/2017: “L’incarico di magistrato onorario ha natura inderogabilmente temporanea, si svolge in modo da assicurare la compatibilità con lo svolgimento di attività lavorative o professionali e non determina in nessun caso un rapporto di pubblico impiego. Al fine di assicurare tale compatibilità, a ciascun magistrato onorario non può essere richiesto un impegno complessivamente superiore a due giorni a settimana.

zione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 55-bis del codice deontologico forense⁵⁵.

La “Circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013” ha inoltre evidenziato:

- che gli avvocati non possono esercitare la funzione di mediatore al di fuori dell'organismo a cui sono iscritti;
- che gli obblighi di formazione e aggiornamento devono essere realizzati in concomitanza con gli aggiornamenti professionali previsti per gli avvocati;
- che l'art. 55 bis c. 4 del codice deontologico è vincolante anche per l'organismo di mediazione;
- che l'organismo di mediazione non può avere la propria sede presso lo studio di un avvocato e che quest'ultimo non può avere la propria sede presso l'organismo.

La circolare 6-c-2014 del Consiglio Nazionale Forense ha suggerito all'Ordine degli Avvocati di predisporre “*un percorso formativo e di aggiornamento*” per gli avvocati-mediatori.

Il CNF suggerisce tra l'altro per la formazione:

- 15 ore dedicate a gruppi di 30 persone riunite in classi per simulazioni e confronti;

⁵⁵⁵⁵ E.Mazzoli-D.Savio-A.Sirotti Gaudenzi “Mediazione assistita, mediazione civile e arbitrato dopo la Riforma Cartabia” Maggioli editore 2023 pp.135-136

- 5 ore di analisi del d.lgs. n. 28/2010 e della relativa disciplina di attuazione, del d.m.180/2010, della normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, dell'efficacia e dell'operatività delle clausole previste dai contratti in tema di mediazione e conciliazione; dell'accordo di conciliazione, della responsabilità del mediatore;
- 10 ore sulla gestione del conflitto attraverso procedure facilitative;
- La partecipazione, come spettatore, ad almeno 2 procedure di mediazione.

In data 7 giugno 2016 il Consiglio Nazionale Forense conferma tali indicazioni sulla formazione degli Avvocati mediatori a seguito della decisione del Consiglio di Stato n. 5230 (depositata il 17 novembre 2015) che ha respinto il ricorso di primo grado in relazione all'art. 4, comma 3, lett. b), D.M. 180/2010, non confermando la decisione di TAR Lazio 23.1.2015, n. 1351, e ribadendo pertanto la necessità per gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione di *“una adeguata formazione in materia di mediazione e di mantenere la preparazione con percorsi di aggiornamento a ciò finalizzati”*.

Il mediatore dipendente pubblico

La figura del dipendente pubblico che svolge l'attività di mediatore è stata oggetto di ampi dibattiti circa la sua compatibilità.

L'art. 6, comma 4 del d.m. 180 del 2010 sancisce che *“le violazioni degli obblighi inerenti le dichiarazioni relative ai requisiti per l'esercizio delle funzioni di mediatore previste dal medesimo art. 6 commesse da pubblici dipendenti o da professionisti iscritti ad albi o collegi professionali, costitui-*

scono illecito disciplinare sanzionabile ai sensi delle rispettive normative deontologiche”.

Il D.lgs 28/2010 non dà in realtà indicazioni in merito e pertanto si può fare riferimento al Parere del 24 gennaio 2012 n. 1 recante *“attività di mediatore per i pubblici dipendenti – d.lgs. n. 28 del 2010”*, realizzato dal “Servizio studi e consulenza per il trattamento del personale, Dipartimento della Funzione Pubblica, Presidenza del Consiglio dei Ministri” e inviato alla Corte dei Conti.

Il Dipartimento della Funzione Pubblica evidenzia quali sono le norme di riferimento sui dipendenti pubblici che possono essere considerate per risolvere la compatibilità o meno dell’esercizio dell’attività di mediatore:

- **art. 60, D.P.R. n. 3 del 1957**, che stabilisce un principio generale sull’incompatibilità per dipendenti pubblici secondo cui *“l’impiegato non può esercitare il commercio, l’industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati, o accettare cariche in società costituite a fine di lucro”*;

- **art. 1, commi 56 e ss., legge n. 662 del 1996** che, derogando a quanto stabilito dall’art.60 del D.P.R. 3/1957 permette *“l’iscrizione agli albi professionali e lo svolgimento della relativa attività ai dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno”*;

- **art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001**, che non permette al dipendente pubblico di svolgere incarichi retribuiti, se pur occasionali, non inerenti i compiti e i doveri del suo ufficio, senza *“la previa autorizzazione dell’amministrazione di appartenenza”*.

Il dipendente pubblico, pertanto, alla luce di quanto affermato dal Dipartimento della Funzione Pubblica, può svolgere la professione di mediatore; la compatibilità tra il dipendente pubblico e il mediatore deve essere analizzata considerando alcuni principi fondamentali:

- ogni indagine conoscitiva deve essere realizzata sui “*singoli incarichi in affidamento*”;
- deve essere valutato “*l’impegno richiesto al mediatore*”;
- deve essere analizzata “*la natura degli affari da trattare*”; tali affari dovranno essere occasionali e non dovranno determinare conflitti di interesse con l’attività principale.

L’art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede che il dipendente pubblico che svolge anche la professione di mediatore debba essere autorizzato.

Il Dipartimento della Funzione Pubblica evidenzia che tale autorizzazione non viene concessa se:

- l’attività di mediazione viene svolta con *abitualità, sistematicità e continuità* che contrasta con lo svolgimento dell’attività di pubblico impiego in regime di tempo pieno;
- l’oggetto del tentativo di mediazione contrasta con gli interessi della Pubblica Amministrazione.

L’amministrazione nel concedere l’autorizzazione deve specificare “che l’incarico dovrà svolgersi al di fuori dell’orario di lavoro, eventualmente mediante utilizzo degli istituti contrattuali che disciplinano le assenze del personale, compatibilmente con le esigenze dell’amministrazione”.

L’autorizzazione a svolgere l’attività di mediatore civile e commerciale per il pubblico dipendente viene concessa solo

quando la stessa non crea pertanto conflitti di competenza con la funzione pubblica e quando non configura una vera e propria attività professionale.

Il dipartimento della Funzione pubblica con nota nr. 3357/2012, al fine di garantire massima trasparenza e omogeneità fra le diverse pubbliche amministrazioni, predispone indicazioni di massima circa le autorizzazioni rilasciate per lo svolgimento dell'attività di mediazione e richiama i principi sull'incompatibilità previsti all'articolo 53 del dlgs n. 165/2001, *“che non consentono al dipendente pubblico lo svolgimento di incarichi retribuiti, anche se occasionali, che non sono compresi nei compiti e doveri d'ufficio, senza la preventiva autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza”*.

Il mediatore agente di pubblica sicurezza

Con circolare n. 555/RS del Ministero dell'Interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza – del 20/10/2020 viene realizzata nell'ambito della Polizia di Stato una nuova figura istituzionale: il negoziatore.

L'esigenza nasce dalla necessità di risolvere situazioni emergenziali critiche dove, accanto alla professionalità dell'operatore di Polizia, sono richieste anche doti di mediatore: ma l'agente di pubblica sicurezza può svolgere il ruolo di mediatore in un processo civile o commerciale?

In precedenza si può fare riferimento a quanto contenuto nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 3843/15 - 4 agosto 2015, che non sembra permettere lo svolgimento della duplice professione; la vicenda nasce a seguito del diniego nei confronti di un operatore della Polizia di Stato, formulato dalla sua amministrazione, circa la concessione dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività di “mediatore civile” disciplinata dall'articolo 60 della legge n.

69/2009, dal decreto legislativo n. 28/2010 e dal regolamento emanato con d.m. n. 180/2010⁵⁶.

Nel giudizio di primo grado, tuttavia, il poliziotto risulta vittorioso: “nessuna incompatibilità per l’assunzione della qualifica di “mediatore civile”; problemi di opportunità ed eventuali problematiche relative alle diverse controversie vengono valutati di volta in volta, prima di concedere l’autorizzazione

Tuttavia il Consiglio di Stato, Sezione Terza, con la sentenza del 4 agosto 2015 n. 3843, ribalta il giudizio di primo grado rilevando come il TAR “*presuppone che il sistema contempra il dovere dell’interessato di chiedere, volta per volta, una specifica autorizzazione a svolgere le funzioni di mediatore in una determinata controversia, cosa che non si è effettivamente verificata – e reciprocamente il potere-dovere dell’amministrazione di pronunciarsi su tali richieste – il che renderebbe ingiustificato un diniego espresso in via generale e a priori*”.

L’amministrazione, nel caso concreto, si è invece espressa in maniera generale e preventiva, a seguito della richiesta dell’interessato; il poliziotto, una volta ottenuta l’autorizzazione, avrebbe iniziato l’attività di mediatore senza richiedere altre specifiche autorizzazioni, vista la valenza del tutto generale della prima.

Il Consiglio di Stato per effetto della legge delega (art. 60 della legge delega n. 69/2009), il decreto legislativo n. 28/2010 e il regolamento emanato con d.m. n. 180/2010, hanno inoltre evidenziato come l’attività di mediazione deve essere svolta da appositi organismi «*professionali e indipendenti, stabilmente destinati all’erogazione del servizio di conciliazione*» che si avvalgono di personale formato e re-

⁵⁶G.Milizia “Poliziotto, dipendente pubblico e mediatore? Connubio impossibile”- diritto e giustizia.it-25.08.2015 pp.1-4

tribuito, contrariamente poi a quanto sostenuto dal poliziotto che afferma che *“l’attività del mediatore sarebbe meramente occasionale, saltuaria, non impegnativa, un modo come un altro per occupare una parte del tempo libero in un’attività socialmente utile”*.

Non viene pertanto giudicata illegittima la posizione assunta dall’amministrazione della Polizia di Stato, che ritiene opportuno non autorizzare i propri agenti e funzionari ad assumere la qualità di mediatore: si tratta, comunque, secondo il Consiglio di Stato, *“di valutazioni discrezionali rispetto alle quali la stessa amministrazione potrebbe in futuro decidere diversamente”*.

Incompatibilità tra mediatore e giudice di pace

Il Consiglio superiore della Magistratura con la delibera del 18.1.2012, ha affermato che *“l’attività di mediatore professionista di cui al D.Lgs. 28/2010 non è compatibile con le funzioni di giudice di pace”*; questo vale anche se tale attività viene svolta in ambiti territoriali di tribunali diversi da quelli nel quale sono esercitate le funzioni del giudice.

Il CSM spiega infatti che il giudice di pace svolge già un’attività di conciliazione al di fuori del giudizio e pertanto non può svolgere identico servizio alle dipendenze di uno degli organismi di conciliazione previsti dall’art. 16 D.Lgs. 28/2010 in quanto si verrebbe a determinare *“una sovrapposizione di ruoli per l’espletamento della medesima funzione di conciliatore”*, facendo venir meno quanto disposto dall’art. 322 c.p.c. e offuscando l’immagine di *“imparzialità ed indipendenza”* prevista dall’art. 5, III comma, L. 374/1991.

MEDIAZIONE NELL'ESPERIENZA

Capitolo Decimo: La partecipazione della P.A. - premessa e principi.

La partecipazione della P.A..

Premessa

Gli strumenti alternativi alla giurisdizione, nell'ottica di un veloce raggiungimento del risultato, possono rivelarsi utili anche nelle controversie con la Pubblica Amministrazione⁵⁷.

La P.A. si trova spesso coinvolta in controversie che riguardano la responsabilità che deriva dall'azione amministrativa in molti settori quali la sanità pubblica, l'erogazione di servizi pubblici, i rifiuti, l'ambiente, ecc. dove il contenzioso si presenta di notevole consistenza.

In tali settori, che devono però avere ad oggetto diritti disponibili, gli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie appaiono alquanto efficaci, analogamente a quanto accade per le controversie in tema di lavoro ai sensi dell'art. 410 c.p.c.

I risultati appaiono migliori se le posizioni e le responsabilità delle parti coinvolte appaiono ben delineate, senza pertanto dover affrontare una lunga istruttoria in merito.

Se tuttavia circostanze e responsabilità delle parti non sono ben evidenti e la controversia non sembra di pronta risoluzione, il tentativo mediatizio deve necessariamente essere accompagnato da un'istruttoria precisa, che evidenzi reciproche attribuzioni e conduca ad un percorso conciliativo caratterizzato da una maggiore probabilità di successo.

“La conciliazione dovrà, dunque, sempre essere riconducibile ai canoni di razionalità, logicità, corretta gestione ed

⁵⁷ “F.Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.62-66

imparzialità”(Corte dei conti Sez. Lombardia – delib. n. 65/2020).

La Pubblica Amministrazione deve valutare quanto sia più conveniente giungere ad un accordo, piuttosto che definire la controversia di fronte all’Autorità Giudiziaria.

Spesso le controversie che vedono come parte in causa la P.A. riguardano i servizi pubblici; tali procedimenti presentano aspetti economici e tecnici alquanto complessi e di non facile soluzione.

L’istruttoria preventiva deve pertanto essere realizzata da mediatori esperti nel settore.

La possibilità di optare, da parte della Pubblica Amministrazione, per la sede della controversia, se dinnanzi ad un giudice o attraverso un metodo alternativo, permette anche di poter scegliere di sostenere costi minori (con il metodo alternativo) meglio giustificabili dinnanzi alla Corte dei Conti, in caso di danno erariale o anche semplicemente a seguito di controlli interni.

Per ottemperare ai principi di buon andamento ed imparzialità sanciti dall’art.97 della Costituzione, l’Amministrazione può pertanto decidere di definire la controversia attraverso le procedure alternative, dopo un attento studio che permetta di evidenziare quali sono i vantaggi, anche economici, nell’intraprendere quella strada.

Gli incentivi previsti, di carattere fiscale o riguardanti la possibilità da parte del giudice di considerare ai fini del pagamento delle spese processuali il comportamento tenuto dalle parti, sono spesso vincolanti nella scelta della P.A. per la modalità di risoluzione della lite.

Principi

Quanto ai principi, il legislatore richiama espressamente la necessità che la controversia verta su diritti disponibili e che non precluda l’accesso alla giustizia; prevede la professiona-

lità, l'indipendenza e la stabilità degli organismi che erogano servizi di conciliazione, l'istituzione di un registro presso il Ministero della giustizia e il dovere di informativa in capo all'avvocato.

Importanti sono anche gli incentivi previsti, di carattere fiscale oppure relativi alla possibilità riconosciuta al giudice di valutare, ai fini della condanna al pagamento delle spese processuali, il comportamento complessivo che ciascuna delle parti ha assunto nella fase conciliativa, eventualmente valutando a quale di esse vada imputato il fallimento della procedura⁵⁸.

Importante ricordare anche la durata massima del procedimento di conciliazione (tre mesi), a vantaggio della P.A. e l'efficacia esecutiva del verbale, con tutto ciò che ne consegue in materia di espropriazione forzata, esecuzione in forma specifica e iscrizione di ipoteca giudiziale.

Uno degli aspetti, che maggiormente caratterizza l'attività di progettazione della mediazione da parte del legislatore, riguarda l'ambito di applicazione della stessa, di norma limitato alle sole controversie civili e commerciali.

Si tratta in realtà di un approccio che non è legato a esigenze di tipo processuale, né tanto meno obbligato da necessità di carattere "dogmatico".

Si è forse in presenza di una specie di "disattenzione" da parte del legislatore, forse influenzato dalla necessità di riproporre, in termini di diritto positivo, lo schema offerto dalla prassi, da cui senz'altro emerge una diffusione delle pratiche conciliative quanto meno sproporzionata tra i due diversi

⁵⁸Sul punto, il Cons. St., sez. V, 17 maggio 2007, n. 2480, afferma che "...il potere di compensazione delle spese processuali può ritenersi legittimamente esercitato da parte del giudice, in quanto risulti affermata e giustificata... la sussistenza dei presupposti cui esso è subordinato, sicché il suo esercizio, per non risolversi in mero arbitrio, deve essere necessariamente motivato...".

ambiti, quello civile/commerciale rispetto a quello amministrativo.

Viceversa, l'introduzione di un principio generale in base al quale la conciliazione può essere legittimamente utilizzata non solo dai privati, ma altresì dalle pubbliche amministrazioni, avrebbe senz'altro l'effetto di incoraggiarne l'utilizzo e favorirne la diffusione.

L'art. 1, comma 2, del disegno di legge nr.5492/C/2004 estendeva l'applicazione della legge di promozione della conciliazione stragiudiziale alle controversie in cui una delle parti era una pubblica amministrazione⁵⁹.

Il legislatore, tuttavia, non pare orientato in tal senso anche se non è mai stato negato il diritto alle ADR di poter essere applicate anche alla Pubblica Amministrazione, dove sta prendendo sempre più campo l'affiancamento, agli strumenti tipici del diritto pubblico, dell'utilizzo degli strumenti del diritto privato ed in particolare del contratto.

Al contrario, oggi, l'orientamento che si esprimeva con scetticismo a proposito dell'estensione dei moduli negoziali al diritto pubblico, è stato definitivamente superato e spesso il contratto può addirittura consentire di soddisfare l'interesse pubblico con maggior efficacia, rispetto agli atti a carattere autoritativo.

Oggi giorno è diventato impossibile tracciare una chiara linea di distinzione tra gli ambiti pubblicistici e privatistici,

⁵⁹Tale articolo stabiliva "... Salvo diverse previsioni contenute in leggi speciali, la presente legge si applica anche alle controversie nelle quali è parte una pubblica amministrazione di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, se favorita da un conciliatore che svolge la propria attività all'interno di uno degli organismi di conciliazione previsti dalla presente legge, non dà luogo a responsabilità amministrativa".

date le numerose sovrapposizioni nell'utilizzo dei relativi strumenti.

L'art. 1965 c.c. prevede il riconoscimento della possibilità, per le amministrazioni, di utilizzare la transazione sia nell'ambito di rapporti di diritto privato, che in quello dei rapporti di diritto pubblico e, conseguentemente, la conciliazione stragiudiziale.

Nel corso degli anni, in realtà, l'atteggiamento degli Enti Pubblici è sempre stato più improntato alla mancanza di adesione al procedimento mediatizio per timore, in genere del responsabile dell'ente, di determinare con le proprie decisioni un danno alle finanze dello Stato.

L'art.1 comma 4 lettera g) della L.206/2021 prevede che *“per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art.1 comma 2 del Decreto L.vo 165/2001, la conciliazione nel procedimento di mediazione, ovvero in sede giudiziale, non dà luogo a responsabilità contabile, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti”*.

Tale norma limita la responsabilità del funzionario amministrativo solo al dolo o alla colpa grave; il funzionario, operando con conoscenza della materia e nell'interesse del pubblico, viene pertanto valorizzato.

Attraverso il suo potere decisionale potrà facilmente raggiungere un accordo in mediazione, evitando di presentarsi al cospetto di un giudice dove, nel caso emergessero delle responsabilità per l'ente, i costi sarebbero senza dubbio maggiori.

Capitolo Undicesimo: Esempi di ordinanze e decreti sulla “mediazione” - Ordinanze dei tribunali in tema di formalità di mancata comparizione; comunicazione, formulazione delle istanze, notifiche, mancata comparizione, omologazione; presenza dei legali.

Esempi di ordinanze e decreti sulla “mediazione”

Si può affermare che, fino ai giorni nostri, la giurisprudenza non sia ancora entrata nel vivo dell'incidenza dell'istituto della mediazione, limitandosi quasi sempre a una ricognizione sull'osservanza formale delle procedure. Ecco alcuni esempi.

1) “ *Palermo sez dist Bagheria ordinanza 13 giugno 2012*”
. *Per sollecitare il chiamato a partecipare al tavolo della mediazione si è pensato ad una sanzione economica come misura che bilanciassse la ridotta spesa per il caso di mediazione contumaciale e facesse riflettere bene il chiamato sull'eventuale scelta non collaborativa. Che si tratti di misura sanzionatoria è reso evidente dal fatto che il pagamento non viene ordinato in favore dell'attore ma in favore dello Stato. Quest'ultimo, che ha già incassato il contributo unificato da parte dell'attore, riscuote anche un'altra somma di pari importo. E proprio perché si tratta di una sanzione imposta dallo Stato e non di un rimborso all'attore delle spese per il contributo unificato, non vi è la necessità che la valutazione del giudice sull'imposizione di tale sanzione venga fatta in sede di decisione sul regime delle spese di lite in sentenza. Nulla esclude che anche prima della sentenza il giudice possa emettere la condanna in questione. Occorre che sia chiaro il motivo della mancata comparizione, motivo che può essere esplicitato dal convenuto già in comparsa di risposta o alla prima udienza, con conseguente possibilità di emettere in quest'ultima sede la relativa condanna. Si dovrà invece aspettare la scadenza delle preclusioni istruttorie*

di cui ai termini ex art. 183, comma 6, c.p.c.o la fine della fase istruttoria quando il motivo sia allegato e si intenda provarlo per testimoni o con documenti da depositare nei detti termini. La valutazione sulla sanzione economica in questione andrà infine effettuata nella fase decisoria quando essa sia costituita, ad esempio, dalla temerarietà della lite. Se poi non viene addotta alcuna ragione della mancata partecipazione o se il motivo fatto valere non è ritenuto dal giudice giustificato la condanna è automatica.

2) Tribunale di Varese - ordinanza 6 luglio 2012

Successivamente all'udienza odierna, nessuno è comparso. Si dà atto che le parti si erano rivolte ai mediatori, su invito del giudice, per sperimentare un tentativo. Ne consegue che, probabilmente, l'esito della mediazione ha avuto buon fine. Non è imposto alle parti, in caso di esito favorevole della mediazione, di darne atto nel processo ben potendo semplicemente non comparire per provocare l'estinzione del giudizio...

3) Tribunale di Varese - Decreto 12 luglio 2012.

Ai sensi dell'art.12 comma II, del d.lgs.. 28/2010, il verbale di accordo, debitamente omologato, costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca.

Nell'alveo della mediazione, le particoncludendo il negozio compositivo della lite danno linfa ad un contratto che resta a base volontaristica, senza che l'omologa incida sulla natura del patto. Ne discende che la previsione di cui all'art.12 cit. va riferita, per l'appunto, all'accordo (eventualmente contenuto nel verbale) ma non ad atti diversi. Vi è, però, che nel caso in esame, è il Legislatore stesso ad avere effettuato una specifica scelta discrezionale prevedendo che l'ipoteca iscritta con l'accordo di mediazione sia "giudiziale". Deve, dunque, prendersi atto di una norma speciale integrativa della disciplina di diritto comune che vincola l'interpretazione nel senso di ritenere l'iscrizione, per l'ap-

punto, giudiziale, fermo restando che i dati di iscrizione devono essere riferiti all'accordo e non al decreto .E' evidente che questa interpretazione presenta delle aporie: la base è volontaria ma la garanzia è giudiziale; d'altro canto, trattasi di scelta del legislatore favor mediationis per evitare che l'accesso all'ipoteca dipenda o meno dalla volontà dei litigante di prevedere espressamente la garanzia nell'accordo, invece, oggi, assistito ope legis dal favore dell'ipoteca di tipo giudiziale. Nulla per le spese, tenuto conto della particolarità della questione.

P.Q.M. Ordina al Conservatore di provvedere alla iscrizione dell'ipoteca giudiziale come richiesta dalla parte ricorrente

4) Tribunale di Palermo – sez. dist. Di Bagheria - Ordinanza 20 luglio 2012

Oggetto del presente giudizio è la domanda di risarcimento del danno formulata da parte attrice nei confronti della Fondiaria-SAI ...Tale domanda rientra tra quelle rientranti nell'ambito della mediazione obbligatoria in base alle previsioni del d.lgs. 28/2010...Altra questione relativa al presente giudizio è quella relativa ai rapporti, in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, tra la condizione di procedibilità di cui all'art. 5 d.lgs.28/10 e la condizione di proponibilità della domanda di cui all'art. 145, commi 1 e 2, d.lgs.209/05 (c.d.codice delle assicurazioni). In proposito è noto che anche l'attività precontenziosa prevista dal codice delle assicurazioni mira ad evitare la causa ed incide sull'azione (rendendo la domanda improponibile anche se non improcedibile come invece accade con l'art. 5 d.lgs. 28/10).Tuttavia, i due istituti sembrano potere convivere. La raccomandata con la quale si chiede il risarcimento del danno alla compagnia di assicurazioni è sì imposta normativamente (così come è imposta l'attesa di 60 o 90 giorni prima di potere proporre la do-

manda giudiziale), ma non è affatto diversa da tutte quelle altre raccomandate contenenti le più svariate richieste che normalmente precedono l'instaurazione di un giudizio. Come queste ultime (se relative a materie rientranti tra quelle assoggettate a mediazione obbligatoria), anche quella in tema di sinistri stradali dovrà essere seguita, in caso di silenzio o di risposta negativa del destinatario della richiesta extragiudiziale, dal procedimento di mediazione prima di potere(eventualmente)pervenirsi alla lite giudiziaria...

Tribunale di Napoli, Sentenza n. 5900/2023 del 07-06-2023
... di legge per proporre domanda di mediazione. Come affermato da Cass. SU 19596/2020: “### controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con richiesta di decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo.”. Parte opposta ha presentato la domanda di mediazione nel termine assegnato. Il comma 2 bis dell'art. 5 D.L.vo 28/2010 stabilisce: “Quando ...

Tribunale di Sciacca, Sentenza n. 343/2023 del 20-10-2023
*... con **esito negativo** il procedimento di mediazione obbligatoria (cfr. verbale di mediazione doc. 1 allegato alla memoria di parte ricorrente del 18.01.2021), veniva così introdotta la fase di merito a cognizione piena, ove la ### reiterava le domande già svolte in citazione, tra le quali la domanda di risoluzione del contratto di locazione in questione per inadempimento della società resistente, e rappresentava che ### S.R.L. non aveva provveduto alla riconse-*

gna dell'immobile in esecuzione di quanto statuito nell'ordinanza provvisoria di rilascio; chiedeva poi la condanna di ### S.r.l. al pagamento di tutte le somme ancora dovute a qualsiasi titolo e per l'occupazione dell'immobile, non rilasciato, da ### e sino alla data dell'effettivo rilascio in favore della curatela, da commisurare in ...

Tribunale di La Spezia, Sentenza n. 784/2023 del 06-11-2023

*... **dell'esito negativo** del procedimento di mediazione obbligatoria instaurato in corso di giudizio, e dell'intervento di ### quale acquirente del compendio immobiliare già in comproprietà dei convenuti, è stata disposta l'estromissione del giudizio di questi ultimi ai sensi dell'art. 111 comma 3 c.p.c. ### ### si è associato alle difese, argomentazioni e conclusioni della ### precisando che lo stradello sulla quale l'attrice vorrebbe costituire una servitù di passaggio carrabile sarebbe in realtà un sentiero collinare sterrato, con pendenza variabile e fondo sconnesso, di difficile percorribilità anche da parte di trattori e fuoristrada e che la ### utilizza per raggiungere il proprio terreno altro stradello che si snoda in parte sul confine con il terreno identificato al ### della ### fg. 95...*

Tribunale di Marsala, Sentenza n. 775/2023 del 07-11-2023

*... **Esperita con esito negativo** la mediazione obbligatoria, le parti reiteravano le proprie difese. La causa veniva istruita solo a mezzo documentazione e veniva quindi rinviata all'udienza odierna per discussione-decisione. ### formulata è infondata e, in quanto tale, non merita accoglimento. Invero, non merita accoglimento l'eccepita " nullità dell'atto introduttivo del giudizio " in quanto notificato in luogo diverso dal domicilio eletto, posto che: l'elezione di domicilio non è stata effettuata dalla conduttrice, ma dal suo difensore, in un atto stragiudiziale (nota del 06.06.22) privo della sottoscrizione della stessa conduttrice e ciò senza sottacere che*

in ogni caso la notifica dell'atto introduttivo del presente giudizio è andata a buon fine, avendo l'atto raggiunto il suo

...

La presenza dei legali

E' già stato precedentemente affrontato il problema circa l'obbligatorietà della presenza dell'avvocato durante il tentativo mediatizio; facciamo adesso riferimento ad alcune sentenze (Tribunale di Vasto, ordinanza riservata 09/04/2018; Tribunale di Torino, sentenza del 30 marzo 2016 n. 1770) che si sono occupate di tale argomento:

In particolare, nell'ordinanza emessa dal Tribunale di Vasto si afferma: << ...omissis... *Il tema coinvolge la sottesa e dibattuta questione della necessità della assistenza legale in mediazione, rispetto alla quale il complessivo impianto normativo del D. Lgs. n. 28/10 non offre risposte chiare ed univoche, prestandosi ad interpretazioni contrastanti. Da un lato, infatti, l'art. 5, comma 1 bis, del citato decreto statuisce che "chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di [...] è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione" e l'art. 8, comma 1, prescrive che "al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato", offrendo in tal modo un'argomentazione di carattere letterale ai sostenitori della tesi della obbligatorietà della assistenza legale delle parti in mediazione. Dall'altro lato, il successivo art. 12 stabilisce che "ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico*

[...]. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico”.

Nella sentenza nr.1770 del Tribunale di Torino: << ... omis-
sis ...ritiene il giudice che l'eccezione pregiudiziale di
improcedibilità di parte convenuta è da accogliere in quan-
to l'art.5 comma 1 bis D.Lgs 28/2010 recita che “ chi inten-
de esercitare in giudizio un'azione relativa ad una contro-
versia in materia di (...)contratti (...) bancari, è tenuto, as-
sistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il proce-
dimento di mediazione che è condizione di procedibilità del-
la domanda giudiziale” di conseguenza il procedimento di
mediazione esperito da parte attrice non può considerarsi
validamente esperito, essendo necessaria per espressa pre-
visione legislativa, l'assistenza di un avvocato per la validi-
tà del procedimento stesso...>>

La presenza degli avvocati che assistono le parti risulta per-
tanto fondamentale, non solo nell'ottica di attribuire efficacia
di titolo esecutivo all'accordo raggiunto in mediazione; di
fatto, se una o entrambe le parti non sono assistite da un av-
vocato l'accordo viene omologato attraverso un decreto di
da parte del Presidente del Tribunale.

Concretamente si viene a creare una sorta di antinomia delle
norme prese come riferimento nella mediazione: le disposi-
zioni previste dagli art. 5, comma 1 bis e 8, comma 1, del
D.lgs 28/2010 sono chiare nell'imporre alle parti l'obbligo
di essere assistite, per tutta la durata della procedura di me-
diazione, da un avvocato.

L'art.12 comma 1 e 1 bis del D.lgs 28/2010 prefigura delle
ipotesi di mediazione in cui le parti non sono assistite dagli
avvocati.

L'unica spiegazione possibile per l'art.12 è quella di fare riferimento alle mediazioni che si realizzano su base volontaria per esplicita richiesta delle parti coinvolte e dove, pertanto, il tentativo mediatizio non è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La circolare interpretativa del 27 novembre 2013 del Ministero della Giustizia, prot. n. 1683229cerca di fare maggiore chiarezza: *“avvocati e mediazione. ...omissis... Deve essere altresì chiarito che l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5 comma 2), ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa. A tale soluzione si perviene agevolmente osservando che, in via generale, il nuovo testo dell'art. 12, comma 1, espressamente configura l'assistenza legale delle parti in mediazione come meramente eventuale (“ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato...”). Di talchè, ferma la necessità dell'assistenza legale nelle forme di mediazione obbligatoria, nella mediazione c.d. facoltativa le parti possono partecipare senza l'assistenza di un avvocato. A tale conclusione non è di ostacolo la disposizione dell'art. 8 del decreto legislativo, che prevede che “al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato”.*

Ai sensi dell'art. 5, pertanto, se il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità, la parte che vorrà attivare la procedura di mediazione dovrà avvalersi dell'assistenza di un avvocato non solo al momento del deposito dell'istanza, ma anche per tutti i momenti successivi del procedimento di mediazione, fino al termine della procedura. Nell'ambito della mediazione facoltativa le parti, pur potendo in ogni momento esercitare la facoltà di ricorrere all'assistenza di un avvocato, non ne sono obbligate; nulla vieta

tuttavia che le parti vengano assistite dai legali, ad esempio, solo nella fase finale della mediazione o che essi intervengano per assistere le parti nel momento conclusivo dell'accordo di mediazione, anche al fine di sottoscriverne il contenuto e certificarne la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 12.

Capitolo Dodicesimo: il gratuito patrocinio – il dettato normativo

Il dettato normativo

L'art. 5, comma 1 bis, d. lgs n. 28 del 2010, modificato, stabilisce che: «*Chi intende esercitare in giudizio un'azione [...] è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione [...]*».

L'art. 8, comma 1, parte seconda, d.lgs. n. 28 cit. prevede che: «*Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato [...]*».

L'art. 8, comma 1, parte terza, d. lgs n. 28 cit. ancora precisa che: «*Il mediatore [...] invita le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede allo svolgimento*».

L'art.5 e l'art 8 del D.lgs 28/2010 richiedono dunque, come già precedentemente evidenziato, l'assistenza dell'avvocato per lo svolgimento del processo mediatizio senza tuttavia prevedere una possibile sanzione nel caso in cui lo stesso non sia presente; l'art.12 dello stesso Decreto considera la presenza dell'avvocato solo come “eventuale”.

**AGGIUNGERE
TRE RIGHE**

La vigente legislazione, tra l'altro, non prevede la possibilità, nella mediazione, di farsi assistere da un legale con il gratuito patrocinio⁶⁰.

Le spese coperte dal gratuito patrocinio riguardano soltanto l'indennità dovuta all'organismo di conciliazione e non il compenso previsto per l'avvocato che affianca la parte durante la mediazione, daversare a parte.

L'assistenza dell'avvocato in ambito processuale è giustificata e richiesta obbligatoriamente dalla tecnicità del processo: in quel caso è previsto il gratuito patrocinio per i non abbienti.

Tuttavia, sulla possibilità o meno di concedere il gratuito patrocinio anche nella mediazione vi sono state diverse sentenze: quella ad esempio del Tribunale di Firenze che ammette al patrocinio a spese dello Stato una parte che ha fatto ricorso alla mediazione obbligatoria.

Il gratuito patrocinio: prima tesi - ammissibilità

“Tribunale di Firenze 13 dicembre 2016 ... Omissis... La questione che si pone è se il compenso professionale dell'avvocato che ha assistito una parte nella procedura di mediazione, prevista quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, possa essere posto a carico dello Stato. Va premesso che la questione non è espressamente affrontata nella disciplina in materia di mediazione.

L'art. 17 D. Lgs. 28/2010, al comma 5-bis, infatti, prevede che quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'art. 5 comma 2, all'organismo

⁶⁰ “F.Diozzi “La riforma della mediazione e della negoziazione assistita” Giuffrè 2021 pp.76-91

non sia dovuta nessuna indennità dalla parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello stato ai sensi dell'art. 76 del t.u. sulle spese di giustizia (d.P.R. n. 115/2002). A tal fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, nonché a produrre la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato. L'unica previsione riguarda dunque l'indennità che sarebbe dovuta all'Organismo; per quanto concerne il compenso all'avvocato, che deve obbligatoriamente assistere le parti nelle fasi di mediazione (art. 5 e 8 d.lgs. n. 28/2010), si rileva invece una lacuna che deve essere colmata in via interpretativa.

Il quadro normativo da esaminare non può che partire dall'art. 24 Cost.: dopo aver previsto, al primo comma, il diritto di agire a difesa dei propri diritti e interessi legittimi, si afferma, al secondo comma, che “la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”. Il terzo comma prevede inoltre che “sono assicurati ai non abbienti con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi avanti ad ogni giurisdizione.”

Sul piano della legge ordinaria, l'art. 74 del D.P.R. 115/2002 prevede l'istituzione del patrocinio per il non abbiente, assicurato per il processo penale, nonché per il processo civile, amministrativo, contabile, tributario e per gli affari di volontaria giurisdizione quando le sue ragioni non risultino manifestamente infondate. L'articolo 75 del DPR. n.115/2002 (Ambito di applicabilità) prevede al primo comma: “1. L'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse”.

Secondo l'orientamento tradizionale, poiché le norme fanno riferimento al processo, si ritiene impossibile far rientrare nel gratuito patrocinio l'attività stragiudiziale: se anche vi fosse l'ammissione da parte del Consiglio dell'ordine, non

sarebbe comunque possibile la liquidazione a spese dello Stato. La Corte di Cassazione, con sentenza n. 24723 del 23.11.2011, ha riaffermato che il patrocinio a spese dello Stato riguarda esclusivamente la difesa in giudizio non potendo coprire l'attività stragiudiziale. Con la pronuncia, tuttavia, la Corte, richiamando un proprio precedente, fa salva una nozione estesa di attività giudiziale perché afferma che devono considerarsi giudiziali anche quelle attività stragiudiziali che, essendo strettamente dipendenti dal mandato alla difesa, vanno considerate strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali, cioè di quelle attività che siano svolte in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa in giudizio (sulla base di tale presupposto, nella precedente decisione, era stato riconosciuto dovuto il compenso per l'assistenza e l'attività svolta dal difensore per la transazione della controversia instaurata dal medesimo). Anche di recente, la pronuncia della S.C. del 19 aprile 2013, n. 9529 riconferma l'orientamento ricordato: l'attività professionale di natura stragiudiziale che l'avvocato si trovi a svolgere nell'interesse del proprio assistito, non è ammessa, di regola, al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'art. 85 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in quanto esplicantesi fuori del processo, per cui il relativo compenso si pone a carico del cliente. Tuttavia, se tale attività venga espletata in vista di una successiva azione giudiziaria, essa è ricompresa nell'azione stessa ai fini della liquidazione a carico dello Stato ed il professionista non può chiederne il compenso al cliente ammesso al patrocinio gratuito, incorrendo altrimenti in responsabilità disciplinare...”

La sentenza del tribunale di Firenze, mentre ammette senza dubbi il gratuito patrocinio per la mediazione obbligatoria, evidenziando il suo carattere strumentale quale condizione di procedibilità per la successiva azione giudiziaria, lascia

aperta la questione circa l'applicabilità alla mediazione volontaria.

Infatti, se il legislatore ha introdotto mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie in modo da poter realizzare accordi amichevoli fra le parti, sembra incongruo che la parte in possesso dei requisiti per il patrocinio a spese dello Stato non possa farvi ricorso in ogni situazione.

“In sintonia con la nostra Corte costituzionale, anche l'importante decisione della Corte Giustizia eu 18.3.2010, Alasini c. Telecom (che indica le condizioni per ritenere conforme al diritto comunitario il tentativo obbligatorio di conciliazione, nella specie in tema di telecomunicazioni), afferma, tra l'altro, che “i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti.

Si tratta di un passaggio nevralgico e tuttora molto dibattuto in generale, e non solo sul punto della mediazione, che vede contrapposti sostanzialmente i fautori dei diritti assoluti contro coloro che considerano i diritti un'opzione soggetta alle varianti spazio/temporali, geopolitiche e congiunturali.

La Corte di Giustizia così prosegue: *“Sulla base di queste considerazioni, deve reputarsi che la connessione tra fase mediativa e processo, talmente forte da configurare una condizione di procedibilità, vada riconosciuta già in astratto. Non appare rilevante dunque che poi, in concreto, in base cioè al concreto risultato della mediazione, il processo non abbia più luogo perché divenuto inutile alla luce dell'accordo raggiunto. Questo è proprio lo scopo della connessione voluta dal legislatore, connessione che non è eliminata ma anzi esaltata proprio nel momento in cui il rag-*

giungimento dell'accordo in mediazione rende inutile il successivo processo, assicurando quell' interesse generale di cui parla la Corte cost. n. 276/2000 citata. Il senso della connessione non sta nel fatto che la mediazione sia un antecedente cronologico delle fasi processuali, ma nella funzione della mediazione: questo sistema offre alle parti di ricercare una soluzione più adeguata al loro conflitto rispetto alla rigidità della decisione giurisdizionale; inoltre, gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Molteplici sono gli interessi che possono essere soddisfatti, se le parti riescono a riprendere le fila del proprio conflitto: in tutti i casi in cui questo avvenga e si concluda un accordo, la mediazione - obbligatoria - esaurisce la sua funzione rispetto al processo, che è quella di renderlo superfluo. Si tratta del massimo della connessione perché lo scopo della previsione della condizione di procedibilità non può che essere quello di un richiamo alle potenzialità dell'autonomia privata, rimesse in gioco nella sede mediativa, per evitare il procedimento giudiziario quando non sia davvero necessario. In definitiva, la mediazione (obbligatoria) è sempre connessa e funzionale alla fase processuale anche se poi questa in concreto non abbia luogo... In definitiva, un'interpretazione sistematica teleologica delle norme richiamate induce il Giudice a ritenere che l'art. 75 cit., secondo cui l'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse, comprenda la fase della mediazione obbligatoria pre-processuale anche quando la mediazione, per il suo esito positivo, non sia seguita dal processo. Si tratta infatti di una procedura strettamente connessa al processo, dal momento che condiziona la possibilità di avviarlo (o proseguirlo, per la mediazione demandata dal

giudice); d'altronde nel caso di successo della mediazione, si realizza il risultato migliore non solo per le parti, ma anche per lo stato che non deve sostenere anche le spese del giudizio”.

Sicuramente il “gratuito patrocinio” deve essere rivisitato alla luce non solo delle nuove disposizioni a livello comunitario, ma pure con riferimento ai casi di mediazione facoltativa e di negoziazione assistita; il giurista ha il dovere di adeguare le norme esistenti ai cambiamenti dovuti all'evoluzione dell'ordinamento, per eliminare eventuali lacune o adeguare le norme alle condizioni storiche e sociali del momento.

Il diritto di difesa inviolabile “in ogni stato e grado”, ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, deve comprendere anche la fase pre-processuale o endoprocessuale, che deve essere attraversata dalle parti per poter passare poi all'eventuale azione giudiziaria, a prescindere dalla realizzazione dell'accordo.

A livello europeo è importante ricordare la raccomandazione sul “Legal Aid”, adottata dal Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa nel novembre 2010, con la quale si promuove il diritto all'accesso alla giustizia anche per le persone prive di mezzi: il Consiglio raccomanda di “*garantire il legalaid per tutte le aree legali-giurisdizionali e per le risoluzioni alternative delle controversie, compresa l'assistenza di un avvocato in tutte le fasi del procedimento*”.

Il gratuito patrocinio: la tesi opposta - non ammissibilità

Alcuni tribunali hanno invece negato la possibilità di concedere il gratuito patrocinio nel processo mediatorio.

Il Tribunale di Roma con sentenza del 11/01/2018, fornisce un'interpretazione “*letterale e restrittiva*” dell'istituto del gratuito patrocinio sottolineando che:

*“a) il procedimento di mediazione, seppur obbligatorio, non può considerarsi strumentale all’instaurazione di una controversia civile essendo finalizzato, al contrario, ad evitarla;
b) la spesa a carico dello Stato non è supportata da alcun dato normativo e, peraltro, il d.lgs. 28/2010 non prevede alcun nuovo onere a carico dello Stato;
c) la normativa in materia di controversie transfrontaliere è una normativa speciale (e quindi non estensibile per via analogica);
d) il nuovo articolo 97 Cost. impone l’equilibrio di bilancio;
e) sussiste un vincolo di solidarietà a carico delle parti in mediazione”.*

La dott.ssa Maria Giuliana Civinini, Presidente di Sezione del Tribunale di Livorno, conferma quanto affermato dal Tribunale di Roma attraverso un articolo pubblicato su “Questione Giustizia”: *“Il quadro normativo è, pertanto contraddittorio; da un lato sembra stabilire, agli artt. 5 e 8, un obbligo di assistenza del difensore, dall’altro prevede chiaramente due tipologie di accordo a seconda che tutte le parti siano (“Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato”) o non siano (“In tutti gli altri casi”) assistite da un difensore, con differenti modalità per l’acquisto dell’efficacia esecutiva (art. 12). Appare preferibile ritenere che l’assistenza non sia obbligatoria, per ragioni di interpretazione sistematica, letterale e, soprattutto, costituzionalmente orientata delle norme in esame.*

Sul piano letterale e sistematico, la dizione utilizzata dal legislatore e la complessiva disciplina dell’istituto (soprattutto se confrontata con gli artt. 82 a 84 e 182 c.p.c.) non sono idonei a fondare un obbligo di assistenza nel senso che la medesima sia un presupposto di validità della partecipazione al procedimento di mediazione dei soggetti in conflitto;... Sul piano del rispetto della Convenzione Europea dei Diritti dell’uomo, deve anche ricordarsi che per la Corte EDU non

può aversi rappresentanza obbligatoria senza gratuito patrocinio”.

Il 25 giugno 2013 la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo afferma: “Non esiste un obbligo ai sensi della Convenzione di rendere disponibile il gratuito patrocinio per tutte le cause (controversie) in materia civile, giacché esiste una chiara distinzione tra la formulazione dell’articolo 6 § 3 (c), che garantisce il diritto di essere assistito gratuitamente nel procedimento penale se ricorrono determinate condizioni, e quello dell’articolo 6 § 1, che non menziona in alcun modo l’assistenza legale,...Tuttavia, nonostante l’assenza di tale clausola per le cause civili, l’articolo 6 § 1 può talvolta obbligare lo Stato ad accordare l’assistenza di un avvocato, laddove tale assistenza si dimostri indispensabile per garantire l’effettivo accesso a un tribunale perché la rappresentanza legale è resa obbligatoria, come richiesto dal diritto nazionale di alcuni Stati contraenti in vari tipi di controversie oppure perché la procedura o la causa sono particolarmente complesse...Nel sottrarsi all’obbligo di accordare alle parti il gratuito patrocinio nelle cause civili, laddove ciò sia previsto dal diritto interno, lo Stato deve dare prova di diligenza, assicurando a dette parti il pieno ed effettivo godimento dei diritti tutelati dall’articolo 6 ...Un quadro istituzionale adeguato dovrebbe garantire agli aventi diritto una rappresentanza legale effettiva e un livello sufficiente di tutela dei loro interessi (ibidem § 47). In alcuni casi, laddove siano portati all’attenzione delle autorità competenti problemi di rappresentanza legale, lo Stato dovrebbe attivarsi e non restare passivo. Dipende dalle circostanze del caso specifico se le autorità interessate debbano attivarsi e se, considerando il procedimento nel suo complesso, l’assistenza legale possa essere ritenuta “effettiva e concreta”.

In Italia il diritto di difesa, nonostante sia tutelato direttamente dalla Costituzione, necessita per la sua realizzazione di una riserva di legge; in ambito comunitario, la difesa tecnica è una possibilità.

Conclusioni

I motivi che portano a sostenere la tesi della non obbligatorietà circa la presenza dell'avvocato, e di conseguenza la concessione del gratuito patrocinio, durante il tentativo mediatizio sono molti:

1. L'art. 12 del D.Lgs. 28/2010 non prevede alcuna conseguenza negativa laddove la parte non si faccia assistere da un avvocato durante la mediazione;
2. Il D.L. 69/2013, che ha reintrodotto la mediazione obbligatoria dopo la sentenza n. 272 del 06.12.2012 della Corte Costituzionale, all'art. 85, comma 4° stabilisce la "clausola di invarianza finanziaria" in virtù della quale *"dalle novità introdotte dalla normativa richiamata non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica"*;
3. il D. lgs. 27.5.2005, n. 116, che ha recepito la direttiva sul Legal aid, volta a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere civili (Direttiva 2002/8/CE del Consiglio del 27/1/2003), prevede all'art. 10 che *"Il patrocinio è, altresì, esteso ai procedimenti stragiudiziali, alle condizioni previste dal presente decreto, qualora l'uso di tali mezzi sia previsto come obbligatorio dalla legge, ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa"*; ma tale norma riguarda soltanto ed esclusivamente le liti transfrontaliere ed essendo una norma speciale non può essere interpretata estensivamente;
4. gli artt. 81 (*"Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle*

Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte ... omissis - come sostituito dall'articolo 1 della legge costituzionale 20 aprile 2012, n.1) e 97 della Costituzione (Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico ... - omissis - come modificato dall'articolo 2 della legge costituzionale 20 aprile 2012, n.1) impongono una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa sulla mediazione, ragion per cui una esegesi che imponesse la necessaria presenza dell'avvocato, e la conseguente necessità del gratuito patrocinio, sarebbe in conflitto con le norme costituzionali appena richiamate;

5. come riconosce lo stesso Tribunale di Firenze del 16. 12. 2016: “La questione che si pone è se il compenso professionale dell'avvocato che ha assistito una parte nella procedura di mediazione, prevista quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, possa essere posto a carico dello Stato. Va premesso che la questione non è espressamente affrontata nella disciplina in materia di mediazione. L'art. 17 D. Lgs. 28/2010, al comma 5-bis, infatti, prevede che quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'art. 5 comma 2, all'organismo non sia dovuta nessuna indennità dalla parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello stato ai sensi dell'art. 76 del t.u. sulle spese di giustizia (d.P.R. n. 115/2002). A tal fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, nonché a produrre la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato. L'unica previsione riguarda dunque l'indennità che sarebbe dovuta

all'Organismo; per quanto concerne il compenso all'avvocato, che deve obbligatoriamente assistere le parti nelle fasi di mediazione (art. 5 e 8 d.lgs. n. 28/2010), si rileva invece una lacuna che deve essere colmata in via interpretativa”.

Il dettato normativo, pertanto, si limita a prevedere l'esenzione dalle spese di mediazione, per coloro che si trovino nelle condizioni per beneficiare dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, solo nei confronti dell'organismo di mediazione e non nei confronti dell'avvocato.

6. la Corte di Giustizia Europea, con la sentenza C-75/16 del 14 giugno 2017, ha ritenuto che l'adozione da parte degli Stati Membri di una normativa interna che preveda, nelle controversie riguardanti i consumatori (B2C -Business to Consumer), il ricorso alla mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale possa ritenersi compatibile con il diritto dell'Unione Europea soltanto a condizione che non venga imposta l'assistenza necessaria di un legale e il consumatore possa ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento, senza dover addurre alcuna giustificazione a fondamento della propria scelta.

Nella sentenza la Corte, in via preliminare, ha precisato che la direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 trova applicazione alle sole controversie transfrontaliere, mentre nelle controversie prive di elementi di transnazionalità la compatibilità tra normativa interna e diritto comunitario va verificata facendo riferimento alla direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013.

Sulla base di tale premessa, la Corte ha chiarito che la natura "volontaria" del ricorso a procedure di ADR postulata dalla direttiva 2013/11/UE, cui nel nostro ordinamento è stata data attuazione con il D.Lgs. 130/2015, attiene non alla libertà delle parti di ricorrere o meno alla procedura, bensì al fatto che le parti - ed in particolare la parte che vi partecipi in qualità di Consumatore - possano gestire la

procedura in autonomia, senza l'assistenza necessaria di un avvocato, e porvi fine in qualsiasi momento, anche senza giustificato motivo.

Secondo i Giudici di Lussemburgo, dunque, le norme di cui agli artt. articoli 5 comma 1-bis, 8 comma 1 e 8 comma 4-bis del decreto legislativo n. 28/2010 contrastano con il diritto di accesso al giudice sancito dall'articolo 1 della direttiva 2013/11, nella parte in cui impongono al Consumatore che prende parte a una procedura ADR di essere assistito necessariamente da un avvocato; e prevedono, sotto altro profilo, che dal ritiro del consumatore dalla procedura ADR, con o senza un giustificato motivo, possano derivare conseguenze processuali sfavorevoli nei suoi confronti nelle successive fasi della controversia.

In relazione a quest'ultimo aspetto, tuttavia, la Corte precisa che, purché il consumatore possa ritirarsi successivamente al primo incontro con il mediatore, il diritto nazionale può legittimamente prevedere sanzioni in caso di immotivata mancata partecipazione delle parti alla procedura di mediazione.

Con l'occasione la Corte ha inoltre ribadito le condizioni necessarie ad assicurare, in via generale, la compatibilità tra la normativa comunitaria in tema di ADR e la legislazione degli Stati Membri in tutti i casi in cui il ricorso alla mediazione costituisca nell'ordinamento interno condizione di procedibilità della domanda giudiziale, rimettendo al giudice nazionale il compito di verificarne il rispetto nel caso concreto.

BILANCI E FUTURO

Capitolo Tredicesimo: Sintesi finale

La partenza europea – Relazione tra mediazione e giurisdizione e competenza del controllo su osservanza e regolarità – L’aspetto della legalità nella mediazione – Ruolo dell’avvocatura e ultime statistiche ; il punto di vista del consiglio nazionale forense.

La partenza europea

L’ambito di applicazione della normativa europea in tema di mediazione fa riferimento alle controversie transfrontaliere, che hanno per oggetto diritti disponibili.

La maggior parte degli Stati membri ha ampliato l’ambito di applicazione della disciplina europea della mediazione alle controversie interne, che sono sicuramente quelle più numerose: vanno da contrasti sul diritto privato a quelli sul diritto amministrativo, dalle controversie sul consumo a quelle sul commercio.

La direttiva europea 2008/52/CE fornisce le definizioni generali di mediazione e di mediatore applicabili in tutta l’Unione europea, che si basano sulla volontà delle parti di trovare un accordo al di fuori dei meccanismi di giudizio tradizionali.

Ai sensi dell’art. 3, lett. a) della direttiva, per «mediazione» si intende: *“un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l’assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro. Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è re-*

sponsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima”.

Le modalità di accesso alla mediazione sono plurime: volontà delle parti, ordine del giudice e norma di legge⁶¹.

Gli Stati membri hanno modificato a livello nazionale le indicazioni fornite a livello europeo soprattutto per quanto riguarda i poteri spettanti ai giudici nel dare l'avvio alla mediazione, con la possibilità per il giudice di gestirla direttamente.

Si consente inoltre in maniera esplicita che i giudici, privi della responsabilità del relativo processo, possano essere tuttavia incaricati di gestire la mediazione.

La stessa direttiva 2008/52/CE all'art. 3, lett. b), contiene la definizione di mediatore: *“qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione”.*

La definizione fa riferimento ai principi di efficacia, imparzialità e competenza a cui si deve attenere il mediatore nello svolgimento della sua funzione.

La sua nomina avviene su accordo delle parti o su iniziativa di una di esse o affidata ad altri soggetti esterni.

Il mediatore, per favorire il raggiungimento dell'accordo, può utilizzare tecniche conciliative e valutative. *“Tali aspetti, che non escludono la possibilità di un intervento giudiziale, sono rimessi alle legislazioni nazionali”.*

⁶¹Art. 1, par. 2, direttiva 2008/52/CE

La disciplina della mediazione in ambito europeo deriva da una pluralità eterogenea di fonti: legislative, regolamentari, giudiziali e di autodisciplina.

L'individuazione delle fonti è fondamentale per realizzare le differenti modalità attuative della direttiva stessa; considerando l'ambito applicativo delle controversie transfrontaliere, ad esempio, si evidenzia come queste, coinvolgendo due o più Stati membri, escono dalla dimensione del diritto interno.

Relazione tra mediazione e giurisdizione e competenza del controllo su osservanza e regolarità

Per un rapporto equilibrato tra mediazione e giurisdizione è necessario considerare come vengono realizzate le scelte da parte degli utenti che si avvalgono o di una o dell'altra.

La direttiva 2008/52/CE fornisce indicazioni minime sulle possibili interferenze con l'attività giudiziaria e attribuisce un ruolo importante ai mediatori e ai centri di mediazione per realizzare, nel rispetto dei principi generali, *“l'elevazione degli standard di qualità rispetto a quelli minimi stabiliti dalle prescrizioni legali europee e attuative nazionali”*.

L'art. 4 della Direttiva prevede che: *“1. Gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione. 2. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti”*.

I mediatori, che possono autodeterminarsi, hanno pertanto la facoltà di realizzare dei codici di condotta e aderire agli

stessi per autodisciplinare il processo mediatizio, soddisfacendo da un lato le esigenze degli utenti e dall'altro migliorando la qualità del servizio.

Un importante ruolo di controllo è quello realizzato dall'autorità giudiziaria; le parti interessate alla mediazione possono segnalare le violazioni del codice da parte dei mediatori o degli organismi di mediazione. L'inottemperanza al codice a cui il mediatore o l'organismo hanno dichiarato di aderire può determinare una grave violazione.

La direttiva evidenzia l'importanza della formazione dei mediatori, da cui deriva necessariamente la qualità del servizio di mediazione.

Non fissando le modalità di realizzazione dei percorsi formativi, essa rimanda alle legislazioni degli Stati membri e all'adozione dei codici di condotta dei mediatori, che possono stabilire standard qualitativi più elevati e rigorosi.

La competitività tra mediatori e centri di mediazione, sia a livello nazionale che europeo, è delineata con chiarezza dall'art. 9 della direttiva che stabilisce che: *“Gli Stati membri incoraggiano, in qualsiasi modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico, in particolare via Internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione”*.

Inoltre, l'art 17 prevede che: *“I mediatori dovrebbero essere a conoscenza dell'esistenza del codice europeo di condotta dei mediatori, che dovrebbe essere anche disponibile su Internet per il pubblico”* e l'art. 25, che: *“Dovrebbero inoltre incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione”*.

Si pone in effetti il problema della pubblicità delle conoscenze tecnico/procedurali a disposizione del cittadino/fruitori, anche alla luce del principio penalmente rilevante, suscettibile di teorico trascinarsi in sede civile e comunemente inteso, secondo cui “ la legge non ammette i-

gnoranza”, fatti salvi la c.d. ignoranza invincibile, per l'assoluta impossibilità collettiva di prendere conoscenza della legge (es.: mancata distribuzione della Gazzetta Ufficiale per calamità nazionale); o l' errore scusabile sulla liceità del fatto, dovuto a circostanze, obiettive o subietive, idonee a frapporre ostacoli seri e non pretestuosi alla percezione dell'illiceità del fatto (es.: sentenze manifestamente contraddittorie, norme equivoche).

La competitività dei vari organismi nazionali ed europei, sorretta dall'informazione al pubblico e dai “professionisti del diritto” dovrebbe portare *verso processi europei di adozione di codici di condotta e l'adesione agli stessi*, con la finalità di assicurare formule migliorative del servizio.

La direttiva 2013/11/UE, che ha introdotto la disciplina europea per le ADR di consumo, prevede, attraverso la “mediazione di consumo”, la possibilità di contributi migliorativi, che possano confluire nei diversi codici di condotta.

Per il miglioramento della qualità del processo mediatizio risulta fondamentale anche il contributo degli stessi giudici.

L'aspetto della legalità nella mediazione

La direttiva 2008/52/CE, sul piano della legalità, si interessa solo di pochi aspetti della disciplina della mediazione, offrendo agli Stati membri la possibilità di ampliarla e di rafforzarla, anche attraverso i codici di condotta nazionali ed europei.

L'art. 5 della direttiva stabilisce che “1. *L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili. La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazio-*

nale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”.

Uno degli aspetti più significativi dell'art.5 della direttiva è rappresentato dalla libertà lasciata alle parti di rivolgersi o meno al giudice; tale diritto non può essere compromesso da tutte quelle misure che promuovono l'utilizzo del processo mediatorio.

La mediazione è sempre e comunque complementare; si aggiunge e non si sostituisce alla tutela giudiziale.

Il ruolo dell'avvocatura e le ultime statistiche – il punto di vista del consiglio nazionale forense

Come conseguenza delle diverse direttive europee sull'argomento, il legislatore ha investito l'Avvocatura di Stato di un importante ruolo: introdurre nuovi strumenti deflattivi del contenzioso quali la negoziazione assistita, l'arbitrato, la mediazione civile e la mediazione familiare.

Tuttavia, l'indagine effettuata lo scorso anno ha messo in evidenza come il contenzioso in Italia sia ancora troppo elevato e di conseguenza anche i tempi della giustizia troppo lunghi, in violazione a quanto previsto dall'art.111 della Costituzione sulla ragionevole durata del processo.

In Italia⁶² nel 2022, 6.348.492 sono stati i procedimenti transitati sul ruolo non penale (675.318 in meno rispetto al 2019, ma c'è stata la sospensione delle udienze); 2.720.782 sono stati i nuovi procedimenti non penali, 3.627.710 procedimenti pendenti non penali, 1.148.775 procedimenti civili e commerciali nuovi (42,22% di tutti i procedimenti nuovi

⁶² L.Cocchi “Congresso nazionale forense” Lecce 6-7-8 ottobre 2022 p.1

non penali) e 2.237.088 i procedimenti civili e commerciali pendenti (61,66% di tutti i procedimenti non penali pendenti); il ruolo civile e commerciale totale è stato di 3.385.863 procedimenti (53,33% di tutto il contenzioso non penale); a fronte di ciò il tasso di risoluzione cause non penali del 102,6%: i giudici hanno, in altre parole, deciso 3.722.030 procedimenti e quindi ne sono rimasti sul ruolo 2.626.462.

Il tasso di risoluzione delle cause civili e commerciali è stato del 104%: i giudici hanno deciso 1.194.726 procedimenti e quindi ne sono rimasti sul ruolo civile e commerciale 2.191.137; i procedimenti rimasti sul ruolo civile e commerciale (2.191.137) sono stati l'83,42% di tutti i procedimenti non penali rimasti (2.626.462).

Neppure l'intervento di eventuali metodi alternativi per la risoluzione delle controversie è risultato sufficiente: Le mediazioni iscritte nel 2020 sono state 125.774, soltanto il 3,71% delle cause del ruolo civile e commerciale totale (3.385.863).

Nel 2021 l'Italia era al 24° posto in una graduatoria di 27, per incentivi e promozione delle ADR.

Le tempistiche per poter accedere alla mediazione sono ancora troppo lunghe: in media nel 2020, 175 giorni e dunque, solo per un primo grado civile e commerciale, che di regola fa attendere circa 674 giorni, ci poteva essere un risparmio di 499 giorni.

In Italia sono state risolte, attraverso il processo mediatizio, solo lo 0,51% delle cause civili e commerciali: non si garantisce pertanto *“un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”* (art. 1 Direttiva 52/08).

Purtroppo, nel nostro paese le ADR non vengono adeguatamente valorizzate, a discapito anche di chi svolge la professione di mediatore, che vede pertanto sminuito il suo valore e le sue capacità professionali.

Le strategie per migliorare il sistema potrebbero essere di vario tipo:

- Aumento del numero delle materie per le quali la mediazione è condizione di procedibilità obbligatoria (l'estensione prevista dalla legge 206/21 è insufficiente e riguarda comunque alcune materie che poco si prestano ad una negoziazione)⁶³;
- Corsi di laurea con specializzazione sulle ADR
- Formazione specifica per giudici e avvocati sulle ADR
- Revisione delle spese e indennità legate alla mediazione⁶⁴

⁶³ sarebbe necessario introdurre la mediazione come condizione di procedibilità per l'appalto, almeno quello privato, prevedere che sconti la c.p. anche il risarcimento del danno in genere sopra i 50.000 € (sotto scatta la negoziazione assistita); non si comprende perché nella legge delega si sia scelto di limitare la mediazione obbligatoria ai rapporti delle società di persone, si vedrebbe bene un'estensione anche alle società di capitali ed ai rapporti coi soci. Si ricorda che dal 2020 in Grecia sopra una certa soglia si va comunque in mediazione obbligatoria, a prescindere dalla materia (e ciò è stato avallato anche dalla loro Corte Costituzionale);

⁶⁴ al momento attuale il mediatore non viene pagato per il primo incontro: oltre a violare i suoi diritti costituzionali comporta che il professionista non studi più con attenzione la pratica (al contrario accadeva prima della pronuncia della Corte Costituzionale del 2012) e ciò si riverbera sulla trattazione della procedura, come è ovvio, con possibile nocuoimento per i legali e i loro assistiti;

- Possibilità di accedere alla mediazione anche in campo amministrativo
- Tavoli tecnici di confronto tra avvocati giudici e mediatori sulle ADR
- Introduzione della mediazione demandata gratuita a carico dello stato per un certo numero di ore
- Introduzione in ogni Corte di Appello della possibilità di scegliere la mediazione o l'arbitrato in alternativa al processo
- La presenza delle parti durante lo svolgimento della mediazione e solo in casi eccezionali la delega agli avvocati

Un altro passaggio sicuramente importante, su cui la stessa Corte dei Diritti dell'uomo si è trovata a pronunciarsi, riguarda l'abolizione del primo incontro di mediazione: difficilmente le parti che sono coinvolte da tempo in un conflitto trovano nel primo incontro una motivazione per accordarsi e non far proseguire la controversia; lo stesso mediatore altro non è che un enunciatore delle regole che stanno alla base del tentativo di mediazione.

Il primo incontro con le parti negli altri paesi serve, da un lato, per definire le regole della mediazione ed all'altro per capire se ha senso tentare la mediazione, in funzione dell'eventuale strategia negoziale delle parti coinvolte.

Capitolo Quattordicesimo

Criticità- Una cultura comune della mediazione - Analisi quantitativa – Prospettive future

Criticità

La Direttiva del 2008 ha richiesto numerosi compromessi, come risulta dalla sua comparazione con il primo progetto in materia (La proposta 2004/0251 di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio), a partire dalla stessa determinazione dell'ambito di applicazione, che non era limitato alle controversie transnazionali.

Il cammino legislativo europeo, nella materia della mediazione, in effetti, registra da subito aspetti conflittuali nel contesto dell'Europa comunitaria (e non solo), sulle stesse caratteristiche e sull'estensione, dell'intervento legislativo.

Si contrappongono i sostenitori di una concezione della mediazione intesa come una procedura strutturata in senso formale, regolamentata in modo articolato e dettagliato sul piano procedurale, (come è avvenuto nel nostro Paese, ma anche in Slovenia ed Austria), contro i fautori di una visione della mediazione come procedimento aperto ed informale, come indicato nella stessa direttiva, con caratteristiche funzionali affidate caso per caso alle parti ed al mediatore.

Come chiarisce il secondo comma dell'articolo 1, la direttiva si applica alle controversie transfrontaliere, una limitazione che si collega all'articolo 67 del Trattato, in riferimento agli articoli 65 e 61, che richiama espressamente «le misure della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere».

Questa limitazione, tuttavia, non è stata di ostacolo allo sviluppo di tentativi di mediazione all'interno degli Stati; la stessa direttiva precisa, al punto 8, che «*nulla dovrebbe vietare a-*

gli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni».

Oggi tutti i Paesi membri hanno una legislazione applicativa della direttiva, talvolta, come per l'Italia, l'Austria e la Slovenia, molto dettagliata, e in altri casi molto meno ampia, o addirittura limitata alla disciplina delle controversie transnazionali in senso stretto.

In Inghilterra, al di fuori delle previsioni sulla mediazione transnazionale, la disciplina della mediazione e delle ADR è contenuta in testi formalmente privi del valore di legge, come l'ADR Handbook del 2013.

Se passiamo, però, dall'inquadramento di carattere generale dell'iniziativa europea alle sue realizzazioni pratiche, dobbiamo chiederci quale sia oggi lo stato della mediazione in Europa, in termini di diffusione e di livello di accettazione da parte degli avvocati e dei sistemi giudiziari.

I dati sulla pratica della mediazione sono molto limitati e spesso riferiti a singole materie o singole istituzioni dei vari Paesi, e non sempre apprezzabili in maniera univoca, soprattutto in termini di omogeneità. Nel panorama europeo solo in Italia, forse mondiale, è previsto dalla legge un sistema centralizzato di raccolta dei dati, affidato al Ministero della Giustizia, in grado di fornire un'immagine completa del fenomeno, almeno per quanto riguarda la mediazione accreditata: quella svolta, cioè, da un organismo di mediazione accreditato, così come prevista nel nostro ordinamento.

In molti paesi è difficile disporre di dati una qualche rilevanza sulla mediazione e spesso una simile raccolta di dati non è neppure prevista; una ricerca in materia, che voglia cogliere aspetti generali del fenomeno, deve essere necessariamente affidata alla tecnica del sondaggio.

Le stesse considerazioni si possono fare per gli Stati Uniti d'America, facendo riferimento alla più nota ricerca ameri-

cana degli anni '90, realizzata dalla Rand Corporation⁶⁵; la stessa società si esprime peraltro in modo scettico sui risultati conseguiti da tale ricerca.

La mediazione, infatti tende a privilegiare la riservatezza, anche prescindendo dalle previsioni di legge, e questo porta a ritenere che sicuramente in numerosi paesi esista da molti anni, non pubblicizzata né documentata.

Spesso, accanto a metodi più antichi di risoluzione delle controversie quali l'arbitrato, si diffondono pratiche nuove e poco conosciute come il Mini Trial e l'Early Neutral Evaluation.

Il primo è un miniprocesso privato e consensuale, in cui gli avvocati di ciascuna parte, dopo una breve presentazione dei fatti simile a quella processuale, dinanzi ad un rappresentante neutrale, tentano di trovare un accordo; a differenza di quello che accade nella mediazione, i mediatori stessi sono agenti e difensori delle parti.

L'Early Neutral Evaluation, su controversie di elevato ammontare economico, è un processo che può aver luogo subito dopo che un caso è stato presentato in tribunale; il caso viene affidato ad un esperto, solitamente un avvocato, al quale viene chiesto di fornire una valutazione equilibrata e imparziale, per aiutare le parti e spingerle verso una soluzione.

Entrambe le pratiche portano a risoluzioni alternative, senza che delle stesse venga trovata traccia nelle diverse indagini conoscitive svolte sull'argomento.

⁶⁵ La Rand corporation è un think tank statunitense; un think tank in inglese significa letteralmente serbatoio di pensiero. Sta ad indicare un centro studi, un centro di ricerca o un gruppo tendenzialmente indipendente dalle forze politiche che si occupa di analisi delle politiche pubbliche. Il nome della Rand Corporation deriva da "research and development" e viene fondata nel 1946 a Santa Monica.

Un altro elemento da tenere presente, per una corretta lettura dei dati, è rappresentato dal fatto che, in molti paesi, quando si parla di mediazione e della sua diffusione, ci si riferisce anche alla mediazione familiare; nella realtà italiana essa ha avuto uno sviluppo parzialmente autonomo da quella civile, e tende ad essere sempre considerata a parte, nell'ambito delle stime sulla diffusione quantitativa dell'istituto, come avviene, almeno in parte, per le controversie di lavoro.

Ricordiamo che, per mediazione familiare, in Italia si fa riferimento a quel processo collaborativo di risoluzione di un conflitto in cui le coppie o le famiglie in crisi sono assistite da un soggetto terzo e imparziale, per trovare una soluzione (nell'ambito applicativo della L.nr 4/2013).

Una cultura comune della mediazione

Il cosiddetto ADR Movement⁶⁶ raggiunse un primo traguardo fortemente positivo, realizzando una cultura comune della mediazione: creare uno spazio giuridico di comunicazione e confronto globale, favorito dalla estensione del mercato e dal venir meno delle prerogative derivanti dalle sovranità statali, accantonando le precedenti rivendicazioni.

Sui temi della mediazione e più in generale delle Adrsi può infatti discutere in qualsiasi parte di Europa, con la certezza di venire compresi; spesso i problemi fondamentali oggetto di discussione sono sempre gli stessi, anche nei diversi contesti nazionali, dall'alternativa “obbligatorietà -facoltatività”, a quella della mediazione precedente alla causa-mediazione ordinata dal giudice, dal tema dell'assistenza difensiva a quello dei requisiti della formazione dei mediatori, e così via.

⁶⁶ per ADR movement si intende un insieme di pratiche e metodi che presentano caratteri comuni e non si differenziano in ragione delle loro appartenenze ai differenti sistemi giuridici nazionali (cfr. CD corporate disputes)

La mediazione, insomma, parla ormai un linguaggio comune, utilizza generalmente l'inglese, ed in particolare la terminologia USA; un linguaggio dove le parole hanno lo stesso significato per tutti, senza bisogno di traduzione, almeno nella maggior parte dei casi, e permette a chiunque operi nell'ambiente della mediazione di capire e farsi capire.

Questo è sicuramente un risultato di grande importanza.

Nelle ADR, e in particolare nella mediazione, ci si trova di fronte a "nozionici comuni", che non necessitano pertanto di un confronto e che possono dare vita ad un diritto "comune" della mediazione, almeno in relazione ad alcuni elementi fondamentali.

Le singole realtà nazionali ovviamente possiedono una propria individualità; il panorama delle diverse tipologie di mediazione, nell'ambito di tutti i Paesi europei, presenta una vasta articolazione di scuole di pensiero, alcune più orientate verso un approccio umanistico o psicologico della lite, altre verso una risoluzione maggiormente improntata sull'aspetto giuridico, talvolta in modo più ideologico, altre volte più concreto.

L'aspetto del linguaggio comune nella mediazione non è certamente un elemento di poco conto, anche se spesso si tende a darlo per scontato; soprattutto se paragonato con le difficoltà che si incontrano, sul piano terminologico, nella comparazione in altri settori del diritto. L'aggiornamento lessicale, è, d'altro canto, una caratteristica della trasformazione tumultuosa del diritto nel terzo millennio.

Una prima analisi quantitativa

Da un punto di vista quantitativo, ad oggi, la mediazione ha una diffusione ancora alquanto limitata.

Risulta certamente indispensabile non solo verificare la validità della mediazione come strumento di risoluzione delle controversie, che forse non si dovrebbe misurare dal succes-

so quantitativo, ma soprattutto capire come sia possibile favorire una sua maggiore diffusione, in modo da poter venire incontro alle necessità dei cittadini europei, tenendo conto dell'esperienza concreta⁶⁷.

A esclusione delle cause commerciali o finanziarie di valore molto elevato, che rimangono spesso sconosciute, in Italia si è raggiunto e si tratta, in questo caso, di un dato confermato dalle rilevazioni ministeriali: un numero di qualche centinaia di migliaia all'anno (circa 200.000) nel periodo di massima diffusione seguito all'entrata in vigore, nel 2011, delle norme sul tentativo obbligatorio.

I Paesi che seguono immediatamente, in questa rilevazione, sono la Germania, Olanda e Regno Unito, che non superano la fascia compresa tra 10.000 e 20.000⁶⁸.

Si scende poi alla fascia compresa tra 5.000 e 10.000 per Ungheria e Polonia, mentre Francia, Belgio e Slovenia non vanno oltre quella 2.000-5.000.

Tutti gli altri Paesi conoscono uno sviluppo della mediazione ancora minore, compreso nella fascia tra 500 e 2.000 per quanto riguarda Austria, la Danimarca, Irlanda, Romania, Slovacchia e Spagna, e al di sotto di 500 nei rimanenti Paesi dell'Unione Europea che ne rappresentano il 46%, vale a dire: Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Grecia, Lituania, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo e Svezia.

Tanto in questa comparazione, che nell'interpretazione dei dati, risulta necessario tenere presente le dimensioni della

⁶⁷M. Villani "Brevi note sull'attuale assetto della mediazione civile obbligatoria" Osservatorio Costituzionale aprile 2015 pp.19-24

⁶⁸quella che in Italia si era raggiunta, stando alle statistiche pubblicate dall'Unioncamere e dall'Isdaci nei suoi rapporti annuali, nel periodo immediatamente precedente l'entrata in vigore delle norme sul tentativo obbligatorio di mediazione.

popolazione e le diverse situazioni nazionali, sia sul piano economico che su quello del funzionamento del sistema giudiziario.

Si tratta di un'analisi molto importante e sofisticata, fondamentale per meglio identificare i fattori che influiscono maggiormente, in senso positivo o negativo, sullo sviluppo della mediazione.

Sicuramente fino ad oggi, senza considerare l'introduzione di meccanismi di obbligatorietà, il numero delle istanze di mediazione non è cresciuto in modo significativo; tuttavia non può essere sottovalutato il livello quantitativo comunque raggiunto in alcuni paesi come Slovenia, Danimarca, Slovacchia e Olanda in relazione alle dimensioni delle rispettive popolazioni e del loro contenzioso giudiziario, in assenza di meccanismi di obbligatorietà.

Nelle diverse realtà nazionali, ove il costo delle controversie giudiziarie può essere a dir poco proibitivo, una maggiore conoscenza dei metodi alternativi porterebbe, pur senza utilizzare lo strumento dell'obbligatorietà, ad un maggiore ricorso ad essi.

L'analisi dei dati diffusi nei vari paesi dell'Unione europea indurrebbe a ritenere che l'utilizzo delle ADR è stato insufficiente.

Tuttavia non si può non considerare che, fino a pochi anni fa, in molti Paesi, la mediazione era totalmente sconosciuta e il semplice fatto che si sia diffusa un po' ovunque in Europa è già un buon risultato. Il raggiungimento di un grande livello di utilizzazione necessita di tempi più lunghi.

Il successo della mediazione viene misurato sulla riduzione delle cause civili all'interno dei tribunali. Nella realtà odierna la crisi economica in vari settori ha favorito tale diminuzione; si è rinunciato a far valere i propri diritti in giudizio, per il costo troppo elevato del processo.

Basti pensare a cosa è accaduto in Argentina, che in quindici anni ha raggiunto una percentuale molto alta di successo della mediazione in rapporto al numero delle cause iscritte e vede adesso l'adesione convinta della classe forense. Situazioni analoghe sono presenti in Perù, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Honduras, Venezuela; in Uruguay è la stessa Costituzione a prevedere l'obbligo del tentativo di conciliazione, generalmente svolto dal giudice, come condizione di procedibilità⁶⁹.

Prospettive future

Il successo della mediazione, tanto in Italia quanto in Europa, è sicuramente legato ad un riconoscimento ufficiale e non solo sotteso, del valore che la stessa ha per il buon funzionamento del sistema giudiziario⁷⁰.

Un adeguato livello di utilizzazione della mediazione e degli altri strumenti di definizione delle controversie è da ritenersi pertanto un obiettivo strategico, da attuarsi all'interno di ogni singolo Stato.

L'introduzione di meccanismi di obbligatorietà, come avvenuto in Italia, può risultare efficace per promuoverne l'uso e per farla conoscere in maniera più approfondita, a cittadini e professionisti del settore.

In realtà nella maggior parte dei paesi dell'Unione Europea si preferisce utilizzare quella che viene denominata "mitigated mandatory mediation": una obbligatorietà attenuata, con la quale si chiede alle parti solo di comparire dinanzi ad un mediatore per esaminare la possibilità di trovare un accordo tra loro, come nel modello italiano attuale, che prevede il cosiddetto "primo incontro".

⁶⁹ M.Marinari "La mediazione nella prospettiva europea" questione giustizia 1/2015 pp.113-118

⁷⁰ M.R.Astorina, C.Mezzabotta "La mediazione civile-le tecniche di gestione dei conflitti" quaderni di alta formazione Milano pp.11-22

Una parte della giurisprudenza, nondimeno, ritiene impossibile poter distinguere una prima fase di “studio”, da quella dell’inizio di un vero e proprio tentativo di mediazione.

Osservando ciò che avviene negli altri Paesi si può constatare che, al di là delle differenze esistenti in diversi campi, come nel caso dei requisiti di formazione dei mediatori e del loro accreditamento, ciò che viene considerato fondamentale è il ruolo attribuito all’autorità giudiziaria; è il giudice infatti a svolgere un ruolo nevralgico, prima e dopo il tentativo mediatizio.

L’attività giudiziaria deve procedere attraverso lo sviluppo di sistemi integrati di risoluzione delle controversie, che necessariamente implicano un intervento decisivo dei magistrati.

L’esperienza dell’Inghilterra dimostra pienamente quanto, prescindendo dalla stessa distinzione tra sistemi di civil law e di common law, si possano sviluppare tecniche alternative per la risoluzione di eventuali conflitti: la TCC, ad esempio, che è una forma di psicoterapia pratica, orientata ad obiettivi a breve termine, al fine di trasferire abilità comportamentali utili a finalizzare pensieri, emozioni e comportamenti fonte di disagio, aiutando le parti a comprendersi a vicenda; l’Employment Tribunal, competente sulle controversie tra datori di lavoro e dipendenti; le Family Courts che si occupano delle decisioni sulle questioni relative al diritto di famiglia.

Per riassumere quali sono i vantaggi della mediazione e perché la stessa dovrebbe essere preferita, in molti casi, rispetto al processo tradizionale possiamo affermare:

- Economicità: i costi della mediazione sono predeterminati e molto inferiori rispetto a quelli richiesti per un giudizio ordinario;
- Rapidità: la durata massima del procedimento è fissata in 3 mesi, a decorrere dal deposi-

to della domanda di mediazione o dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della stessa;

- Riservatezza: tutti coloro che intervengono nel tentativo mediatizio sono obbligati a non divulgare le informazioni relative al caso, se non nei limiti di quanto consentito dalle parti;
- Efficacia: se le parti decidono di tentare la mediazione, la percentuale di successo è molto alta;
- Semplicità: non trattandosi di un processo ma di un semplice incontro fra le parti, tutto si svolge in maniera informale, il mediatore non essendo chiamato a giudicare, ma soltanto ad aiutare le parti a trovare un accordo;
- Alternatività: in caso di disaccordo le parti possono sospendere la mediazione e ricorrere alle forme tradizionali di risoluzione delle controversie.

Spesso le aspettative circa il risultato della mediazione sono troppo ottimistiche, legate come sono alla capacità individuale dei mediatori, oggi poco pagati rispetto al volume di competenze necessarie per condurre le parti verso l'accordo. Una più attenta valutazione riguardo la funzione del mediatore e il valore della sua attività, mirata ad allontanare quante più controversie possibili dalle aule di tribunale, permetterebbe di far finalmente decollare la mediazione in tempi più ridotti.

Si potrebbe ipotizzare anche un suo sviluppo ulteriore, nel senso di una integrazione interna allo stesso procedimento, ai fini della decisione, che potrà combinare una valutazione del Giudice, come nella “proposta” prevista dall'articolo

185-biscpc, con l'invio delle parti in mediazione; o integrare la sentenza con la risoluzione in Adr, quantomeno su alcune materie.

Sono scenari in parte già in corso di sviluppo e non riguardano solo la mediazione, ma, più in generale, una nuova risposta giudiziaria alle contese tra soggetti, fondata su esigenze di tipo oggettivo; che, seppure destinata a manifestarsi diversamente nei vari Paesi, non potrà essere ignorata.

BIBLIOGRAFIA

Agnino F. “Relazioni sulle novità normative della Riforma Cartabia” Corte Suprema di Cassazione Ufficio del Massimario 2023

American Arbitration Association “Consumer Arbitration Rules” adr.org/consumer september 2014

Angeli F. “L’analisi della pubblica amministrazione, teorie, concetti e metodi – vol 2 Prospettive di analisi per le amministrazioni pubbliche”, Milano 2008

Astorina M.R., Mezzabotta C. “La mediazione civile-le tecniche di gestione dei conflitti” quaderni di alta formazione Milano

Balzarini P. “La riforma del diritto societario” Mondadori education ottobre 2003

Banks L. e Stiff M. “The Federal Arbitration Act” Ali-Cle 2013

Bassanini F. “L’ammodernamento dell’amministrazione pubblica – note per un programma di governo” Roma luglio 2005

Bassani Bertoldini Camarda Lezzi “I nuovi Procedimenti amministrativi Legge 18 giugno 2009 n.69” Giuffrè editore 2009

Bernardo C. “Relazioni sulle novità normative della Riforma Cartabia” Corte Suprema di Cassazione Ufficio del Massimario 2023

Bilancia P. e D'Amico M. "La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona" Giuffrè 2009

Buffone G. "Processo civile: tutte le novità del "Decreto del fare"" Giuffrè editore 2013

Caravita B. "La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea" Giappichelli editore Torino 2002

Cerruto M. "Le pubbliche amministrazioni e le tappe del processo evolutivo dello Stato" in Dispense Scienza dell'Amministrazione 2022/2023

Cocchi L. "Congresso nazionale forense" Lecce 6-7-8 ottobre 2022

Crivelli L. "Nell'ora di Barabba. Il cardinale Shuster nella Seconda Guerra Mondiale" San Paolo Edizioni 2004

De Donno G.L. e Duggento M. "Il mediatore e gli organismi di mediazione" Longobardi editore 2011

Di Marco G. "La mediazione forense. Opportunità e ruolo per l'avvocato" Giappichelli 2018

Diozzi F. "La riforma della mediazione e della negoziazione assistita" Giuffrè 2021

Donatti J. Mambelli C. e Marchese C. "La mediazione civile e commerciale. Commento al Decreto Legislativo 4 marzo 2010 nr.28" Edizionifutura.Com 2011

Franco L. "La delegazione legislativa e i tempi dell'ordinamento" Edizioni Scientifiche Italiane 2014

Grassi A. “Mediazione 3.0. Il futuro della mediazione civile e commerciale. Mediazione telematica, web 3.0, online dispute resolution e digitalizzazione del procedimento” Street Lib 2018

Hinna L. e Lasalvia M. “La riforma della pubblica amministrazione tra diritto e management” EPC 2011

Marinari M. “La mediazione nella prospettiva europea” questione giustizia 1/2015

Martello M. “La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni” Utet Giuridica 2013

Mazzoli E. e Pari M. “La nuova mediazione nel contenzioso civile e commerciale dopo il D.M. 180/2010” Maggioli Editore 2010

Mazzoli E.-Savio D.-Sirotti Gaudenzi A. “Mediazione assistita, mediazione civile e arbitrato dopo la Riforma Cartabia” Maggioli editore 2023

Merloni F. “Il titolo V, le regioni e le riforme delle autonomie territoriali” Bologna editoriale 2021

Milizia G. “Poliziotto, dipendente pubblico e mediatore? Connubio impossibile”- diritto e giustizia.it-25.08.2015

Minelli G. “La mediazione ex D.lgs 28/2010 dopo la sentenza della Corte Costituzionale” Fondazione forense Firenze 2010

Mocci M. Corte di Appello di Milano- “Il Diritto all’equo indennizzo alla luce della riforma del 2016” Milano 2016

Occorsio M.V. “La mediazione demandata dal giudice”
Primiceri Editore 2016

Pace C. e Castellana R. “L’attività Amministrativa-sintesi-problematiche-il nuovo stato e l’Europa” Eidon Edizioni
2008

Plagenza F. “L’amministratore di condominio il primo “mediatore” Libricomdominio gennaio 2023

Plagenza F. “La nuova mediazione in condominio. Ruolo, responsabilità e rischi dell’amministratore. Considerazioni alla luce della Riforma Cartabia” Libricomdominio febbraio 2023

Quattrocolo A. e D’Alessandro M. “Ascolto e mediazione”
Franco Angeli 2021

Rampini F. “La speranza africana. La terra del futuro”
Mondadori 2023

Reich C.A. “The greening of America: how the youth revolution is trying to make america livable” Random 1970

Rescigno G.U. “Dal rapporto Giannini alla proposta di manuale unificato per la redazione di testi normativi, adottata dalla Conferenza dei Presidenti dei Consigli Regionali” Università La Sapienza di Roma 1993

Rivello P. “La nuova mediazione dopo la riforma Cartabia”
Pacini Giuridica 2023

Roberti A. “Negoziazione secondo Harvard – principi e tecniche per preparare a condurre la negoziazione” Unicomunicazione 2005

Ruvolo M. “Mediazione obbligatoria. Casi e questioni” Giuffrè Editore 2011

Sabino M. “Guida operativa alla nuova pratica civile dopo la Riforma Cartabia” La Tribuna 2023

Senato della Repubblica “Il Trattato di Lisbona” commento e testo a fronte – Roma settembre 2008

Sepe S. “Amministrazione e storia. Problemi della evoluzione degli apparati statali dall’unità ai nostri giorni” Maggiori Editore 1995

Servetti G., Rodella C e Vendramini C. “Mediazione familiare” Giuffrè Varese 2023

Servetti G., Rodella D. e Vendramini C. “Mediazione familiare: il giudice, l’avvocato, e il mediatore” Varese maggio 2023

Tammaro E. “Legge Pinto. Profili di responsabilità” Key Editore 2014

Trocker N. e De Luca A. “La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/Ce” Firenze University Press 2011

Villani M. “Brevi note sull’attuale assetto della mediazione civile obbligatoria” Osservatorio Costituzionale aprile 2015



Proprietà letteraria riservata
© 2024 **Arduino Sacco Editore Ass. Culturale**
Finito di stampare nel mese di novembre 2024
dal centro stampa editoriale della
Arduino Sacco Editore
Sede Regionale: L.go dei Martiri 6 - Bella (PZ)
www.arduinossaccoeditore.com - arduinossacco@virgilio.it