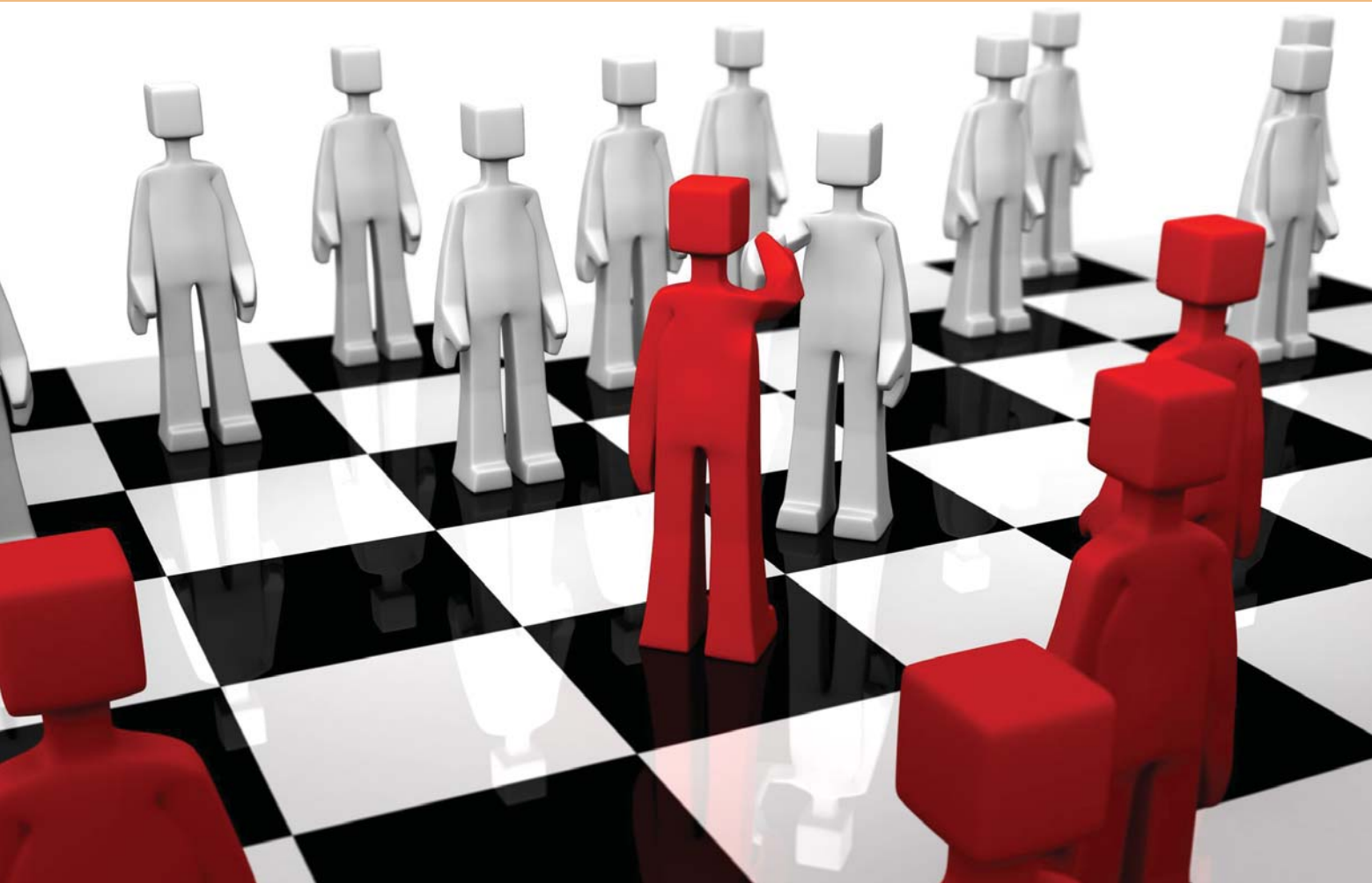


LA MEDIAZIONE DELLE LITI CIVILI E COMMERCIALI

UN NUOVO STRUMENTO AL SERVIZIO DELLE IMPRESE

a cura di Marco Marinaro



*Percorso tra le norme del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28
(pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 53 del 5 marzo 2010),
attuativo della legge-delega di cui all'art. 60 legge 18 giugno 2009 n. 69
(pubblicato sulla G.U. n. 140 del 19 giugno 2009), in materia di mediazione
finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*

SOMMARIO

La mediazione delle liti civili e commerciali. Un nuovo strumento al servizio delle imprese <i>di Marco Marinaro</i>	I	Le nuove opportunità della conciliazione: il verbale e la tutela dell'accordo <i>di Ilaria Pagni</i>	IX
La mediazione e la giustizia cosiddetta alternativa <i>di Francesco Paolo Luiso</i>	III	Mediazione e processo <i>di Giovanni Sciancalepore</i>	X
Gli organismi di mediazione e il registro ministeriale <i>di Angelo Santi</i>	IV	La proposta del mediatore <i>di Pasquale Tarricone</i>	XI
Il ruolo dell'avvocato e gli obblighi di informazione nel procedimento di mediazione finalizzato ad una conciliazione <i>di Fabrizio Criscuolo</i>	V	Conciliazioni "buone" e conciliazioni "cattive" (rapporto con lo stato dell'amministrazione della giustizia) <i>di Sergio Chiaroni</i>	XI
La mediazione sollecitata dal Giudice <i>di Francesca Cuomo Ulloa</i>	VI	L'imparzialità e gli obblighi del mediatore <i>di Mariacarla Giorgetti</i>	XII
Riservatezza e segreto nella procedura di mediazione <i>di Domenico Borghesi</i>	VII	L'obbligatorietà del tentativo di mediazione <i>di Bruno Capponi</i>	XIII
Il procedimento di mediazione <i>di Maria Angela Zumpano</i>	VIII		



MARCO MARINARO

profilo del curatore

Laureato in giurisprudenza con il massimo dei voti e la lode nel 1990. Abilitato alla professione forense nella sessione 1993 è iscritto nell'Albo degli Avvocati del Foro di Salerno.

Patrocinante in Cassazione e dinanzi alle altre Giurisdizioni superiori dal 2006.

Docente a contratto di "Metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione" della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università di Salerno.

È stato Cultore della materia presso l'Ateneo salernitano per oltre 15 anni presso le Facoltà di Giurisprudenza, Economia e Commercio e Scienze Politiche (presso le Cattedre di Diritto civile, Istituzioni di Diritto privato, Diritto commerciale, Diritto dell'economia, Diritto dei mezzi di comunicazione).

Per un triennio è stato altresì Cultore della materia della Cattedra di Mediazione e conciliazione presso l'Università di Pisa.

È stato membro ed è membro di numerosi gruppi di ricerca facenti capo all'Università di Salerno su numerosi temi del diritto civile.

Nel 1999 ha conseguito il Diploma di Perfezionamento post-universitario in Diritto dell'arbitrato interno ed internazionale presso l'Università di Salerno.

Docente e formatore in numerosi corsi organizzati da enti pubblici e privati. Responsabile e coordinatore di numerosi progetti di

ADR (Alternative Dispute Resolution) presso Enti ed Ordini professionali.

È Conciliatore professionista dal 2003 ed è accreditato presso le Camere di Commercio di Salerno, Avellino e Caserta.

Per l'anno 2010 è referente per la formazione in Diritto dell'arbitrato e ADR dell'Ordine degli Avvocati di Salerno. E per il 2010 è Direttore scientifico del relativo corso di aggiornamento e qualificazione professionale per gli avvocati organizzato dal medesimo Ordine. Membro dell'Aia - Associazione Italiana per l'Arbitrato.

È componente del Consiglio Generale e del Comitato Direttivo della Fondazione Pasquale Pastore per il triennio 2008/2011.

Ha pubblicato numerosi scritti scientifici ed altri di taglio divulgativo. In particolare ha partecipato alla stesura del commentario alla Costituzione Italiana curato dal prof. Pietro Perlingieri.

Collabora dal 2004 alla rivista "CostoZero" (house organ di Confindustria Campania e di tutte le sedi provinciali di Confindustria in Campania); per l'anno 2008 ha curato una rubrica in materia di CSR Corporate Social Responsibility (Responsabilità Sociale d'Impresa) e dal 2009 cura la rubrica "Progetto ADR Alternative Dispute Resolution" (in materia di strumenti alternativi per la soluzione di controversie, come l'arbitrato e la conciliazione).

Si ringraziano gli autorevoli colleghi per aver contribuito in tempi brevissimi con i loro pareri ad offrire un quadro sistematico "a prima lettura" del decreto legislativo n. 28/2010.

Si ringraziano inoltre la Direzione e la Redazione della rivista per avere reso possibile la pubblicazione di questo inserto garantendo, seppur con una tempistica stringente, la consueta assoluta professionalità.

LA MEDIAZIONE DELLE LITI CIVILI E COMMERCIALI

UN NUOVO STRUMENTO AL SERVIZIO DELLE IMPRESE

Percorso tra le norme del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 53 del 5 marzo 2010), attuativo della legge-delega di cui all'art. 60 legge 18 giugno 2009 n. 69 (pubblicato sulla G.U. n. 140 del 19 giugno 2009), in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

di Marco Marinaro

Avvocato Cassazionista - Conciliatore

Docente a contratto di Metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione

Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali, Università di Salerno

La crisi della giustizia in Italia

Affrontare i temi della giustizia in Italia e delle sue strutturali e ormai croniche inefficienze significa dover fare i conti con dati e statistiche che pongono il Paese in una posizione a dir poco imbarazzante. E infatti non può lasciare indifferenti il dato che colloca l'Italia per l'efficienza del sistema giudiziario civile al 156° posto della graduatoria mondiale (dati relativi al 2008), su 181 Paesi e con una media OCSE al 33° posto. Nelle posizioni che immediatamente precedono l'Italia si classificano in questa graduatoria: San Tomé e Príncipe, Guina Bissau, Gabon, Angola, Egitto, e altri. La durata dei procedimenti rilevata è di 1210 giorni.

Graduatoria World Bank sull'efficienza del sistema giudiziario civile				
	graduatoria 2008 (181 Paesi)	graduatoria 2007 (178 Paesi)	tempi gg.	costi [% debito azionato]
Italia	156	155	1210	29.9
Canada	58	53	570	22.3
Spagna	54	12	515	17.2
Media OCSE	33	31	462.7	18.9
UK	24	24	404	23.4
Giappone	21	20	316	22.7
Francia	10	58	331	17.4
Germania	9	11	394	14.4
USA	6	8	300	9.4

Fonte: World Bank, Doing business 2009

E allora non stupirà che il Ministero dell'Economia è stato condannato a pagare in soli sei anni (dall'entrata in vigore della cosiddetta Legge Pinto, che consente di ottenere l'indennizzo per la irragionevole durata del processo) la cifra complessiva di oltre 81 milioni di euro (tabella pag. II).

Il costante aumento della litigiosità (con un indice medio nel 2006 al 22,6%), la gravosità dei costi sempre crescenti a carico della collettività e la persistente incapacità di fare fronte ai profondi e stratificati problemi strutturali e funzionali di una giustizia alle corde, ha condotto ad una rapida - e forse inattesa (perché radicale) - svolta legislativa verso la cosiddetta conciliazione/mediazione.

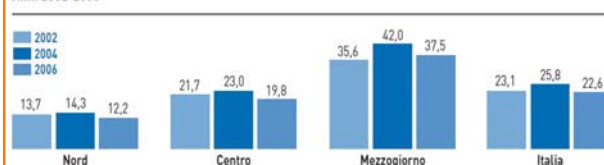
CAUSE CIVILI PER GRADO DI GIUDIZIO

Anni 2002 e 2006

	Anno 2002		Anno 2006	
	primo grado	secondo grado	primo grado	secondo grado
Sopravvenute	1.320.195	111.888	1.332.326	146.629
Esaurite	1.543.584	103.611	1.333.720	109.558
Pendenti a fine anno	2.828.409	253.709	2.780.340	384.707
Durata media in giorni	749	845	761	1.043

INDICE DI LITIGIOSITÀ PER AREA GEOGRAFICA

Anni 2002-2006



Fonte: dati Istat

Sulla scia di queste valutazioni si è ritenuto infatti che un importante strumento in grado di contribuire a deflazionare l'imponente carico giudiziario dei tribunali civili potesse essere proprio la conciliazione. Strumento di risoluzione delle controversie sinora relegato ad aspetti sostanzialmente marginali del contenzioso civile, praticato principalmente nelle Camere di Commercio e nei Corecom per la gestione dei tentativi obbligatori di conciliazione in materia di telecomu- →

I costi della Legge Pinto dal 2002 al 2008

Anno	Somme richieste al Ministero dell'economia	Somme assegnate dal Ministero dell'economia	Somme pagate dal Ministero o dalle Corti (a seguito circ. DAG 938/05*)	Mandati e/o Ordini di accreditamento
2001*				
2002	€ 3.873.427,00 il 06/03/02	€ 1.807.600,00 il 27/05/02	€ 1.266.354,84	360 OP
2003	€ 5.000.000,00 il 17/02/03	€ 5.000.000,00 il 17/04/03	€ 4.995.000,00	1713 OP
2004	€ 10.627.410,00 il 28/01/04	€ 10.627.411,00 il 01/04/04	€ 6.627.974,36	2169 OP
2005*	€ 11.530.194,00 l'11/02/05	€ 10.730.194,00 il 01/04/05	€ 10.730.000,00	2363 OP 21 OA
2006	€ 22.000.000,00 il 30/01/06	€ 17.947.167,00 il 03/07/06	€ 17.946.314,53	1013 OP 70 OA
2007	€ 25.000.000,00 il 07/02/07	€ 15.000.000,00 l'11/06/07	€ 14.774.602,63	481 OP 48 OA
2008	€ 40.000.000,00 il 15/01/08	€ 25.000.000,00 il 18/04/08	€ 24.999.847,45	694 OP 35 OA
totale	€ 118.031.031,00	€ 86.112.372,00	€ 81.340.093,81	

* a seguito della circolare DAG 938/05 sono state delegate le Corti d'Appello al pagamento degli indennizzi
* l'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avviene a decorrere dal 01/01/2002

Fonte: Dipartimento per gli affari di Giustizia - Direzione generale contenzioso e diritti umani - Ufficio I - decreti di condanna - cap. 1264

← nicazioni, diviene - con la riforma approvata - uno strumento di carattere generale e che punta decisamente proprio sulla obbligatorietà per ottenere quell'effetto di decongestione delle aule giudiziarie da tutti invocato ed ormai ritenuto indispensabile.

La riforma in materia di mediazione

Invero, gli ultimi venti anni hanno segnato un percorso culturale che ha consentito al legislatore italiano di approvare una riforma che, nella contrapposizione tra i diversi interlocutori e con le inevitabili contraddizioni che ne renderanno complessa almeno la prima fase di applicazione, costituisce sicuramente un passaggio epocale più volte annunciato e sinora disatteso.

L'innovazione legislativa della quale si esamineranno gli aspetti qualificanti prevede infatti l'introduzione per la prima volta nel sistema italiano di una disciplina organica e generale della "mediazione delle liti civili e commerciali". La mediazione quale attività finalizzata ad una conciliazione delle controversie viene così disciplinata quale istituto destinato ad operare in via *stragiudiziale* (e cioè al di fuori del processo civile) e *amministrata* (affidata alla gestione di organismi pubblici o privati all'uopo abilitati).

La novità è di notevole rilievo in quanto il legislatore aveva sinora operato introducendo singole previsioni normative in specifiche discipline di settore (subfornitura, telecomunicazioni, turismo, lavoro, franchising, e più di recente, patti di famiglia, etc.) pervenendo al più ad istituzionalizzare procedure e attività nelle controversie in materia societaria nel 2003. Proprio quest'ultima disciplina, nonostante il suo sostanziale insuccesso, è divenuta ora lo schema base dal punto di vista tecnico per avviare una regolamentazione a carattere generale della conciliazione, ora definita "media-

zione" sulla scia della trasposizione lessicale anglosassone di "mediation". Mediazione delle liti che nulla, ma proprio nulla, ha a che vedere con il contratto di mediazione tipizzato dal codice civile all'art. 1754 («È mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza»).

Ed allora per chiarire in via preliminare l'oggetto della disciplina sarà utile rilevare che la nuova normativa definisce la mediazione come «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa». Per cui qualunque sia la denominazione i caratteri essenziali che occorre individuare sono: 1) la presenza di un terzo imparziale; 2) l'obiettivo di risolvere una controversia; 3) l'attività del mediatore volta alla assistenza delle parti per la ricerca di un accordo sino a giungere (eventualmente) alla formulazione di una proposta.

Questi dunque sono gli elementi qualificanti la mediazione che qualora sortisca esito positivo si concluderà con una conciliazione. Attraverso l'attività del mediatore si potrà comporre una lite avente ad oggetto diritti disponibili (fattispecie relative a situazioni soggettive patrimoniali e non a situazioni personali). In questa prospettiva il mediatore viene definito «la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo». Si acquisisce così altro elemento caratterizzante, quello fondante, che pone in chiara evidenza come il mediatore e il relativo procedimento si debbano distinguere nettamente da forme

di soluzione delle liti di tipo aggiudicativo siano esse giurisdizionali (cioè amministrative dallo Stato), siano esse proprie della cosiddetta giustizia privata (arbitrato).

Il rapporto tra mediazione e giustizia

Ed è proprio la finalità ultima della mediazione, cioè la soluzione di una lite, che ha condotto a diffondere questo strumento quale metodo di “giustizia alternativa” alla giurisdizione (che nasce peraltro dalla traduzione dell’acronimo A.D.R., *Alternative Dispute Resolution*). Ma non potrà sfuggire che la mediazione non si pone quale vera alternativa alla giurisdizione dello Stato che è in quanto tale irrinunciabile e non può essere compressa, se non nei ragionevoli limiti temporali necessari all’espletamento di un tentativo (obbligatorio) di conciliazione che ne ritardi soltanto la procedibilità entro precisi limiti.

Se quindi la mediazione non può essere intesa quale forma di giustizia “alternativa”, la stessa ancor di più non potrà essere correttamente diffusa quale strumento di “giustizia” sia pure privata (quasi a volerla assimilare in qualche misura all’arbitrato). Discorrere di “giustizia” può essere infatti fuorviante e creare false attese e approcci distorti da parte di chi dovrà o vorrà affidarsi ad un percorso conciliativo. La presenza di un terzo imparziale, privo di ogni potere decisorio in ordine alla controversia oggetto del procedimento, colloca lo stesso non *super partes*, ma *intra partes* individuando un ruolo attraverso il quale la sua imparzialità non è (e non deve essere) garanzia di assoluta equidistanza per *jus dicere*, bensì, per la sua estraneità all’oggetto della lite, è capacità di entrare serenamente nella stessa per condurre le parti con equilibrio e autorevolezza verso la soluzione che possa soddisfare entrambe mediante un accordo.

Un concetto di imparzialità quindi che si regge sulla trasparenza e sulla capacità del mediatore, oltre che sulla fiducia delle parti e non su aspetti e dati meramente formali. Ciò significa - ad esempio - che le parti ben potranno richiedere la nomina di un mediatore che sia vicino alle stesse (per essere stato consulente di entrambe) e che addirittura sia a conoscenza della situazione oggetto di lite (magari per averla trattata con entrambe le parti).

Una lettura formale del concetto di “imparzialità” rischierebbe diversamente un inutile ed inopportuno irrigidimento che non è proprio del procedimento di mediazione e che soprattutto non risponde alle esigenze delle parti ed a quelle codificate dal legislatore.

Soluzione della lite che per ciò stesso non è (e non deve essere) “giusta” (secondo l’accezione tecnica propria del processo giurisdizionale che si impone alle parti con la coerenza del diritto), ma “appropriata”, “opportuna”, “condivisa”; insomma una soluzione che non attinga la sua ragione in una regola giuridica applicata da un terzo, ma nella comune volontà formata in un procedimento eterodiretto; una soluzione che non richieda e di conseguenza prescinda (senza necessariamente misconoscerla) dalla realtà sostanziale che sarebbe invece oggetto di accertamento in sede giurisdizionale.

Di qui l’estrema flessibilità del procedimento per renderlo capace di rispondere non ad una richiesta di giustizia, ma ad una possibilità di dialogo aperto, guidato dal terzo

La mediazione e la giustizia cosiddetta alternativa



Francesco Paolo Luiso*

Il decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 introduce e disciplina un sistema generalizzato per la risoluzione negoziale di tutte le controversie, che abbiano ad oggetto diritti disponibili (art. 2). Esso dà attuazione alla legge-delega (art. 60 della L. 19 giugno 2009 n. 69) e alla direttiva comunitaria 2008/52/CE del 21 maggio 2008. Lo strumento introdotto non è esclusivo, nel senso che le parti potranno ovviamente giungere ad un accordo anche senza seguire le prescrizioni del decreto legislativo, ma non usufruiranno in tal caso dei vantaggi dello stesso: non avranno, ad esempio, i benefici fiscali previsti dagli artt. 17 e 20, e l’accordo non avrà l’efficacia di titolo esecutivo, prevista dall’art. 12. L’accordo, raggiunto dalle parti per risolvere un contrasto fra esse sorto, si distingue dalla sentenza (e dal lodo dell’arbitro) perché realizza una forma di risoluzione autonoma delle controversie, in quanto proviene dagli stessi interessati. Invece, la giurisdizione e l’arbitrato costituiscono forme eteronome di risoluzione delle controversie, in quanto la sentenza ed il lodo provengono da soggetti diversi da coloro che sono in contrasto.

La caratteristica della risoluzione contrattuale della controversia sta quindi proprio nel fatto che i soggetti interessati vengono a conoscenza di ciò che l’atto stabilisce prima che esso acquisti efficacia. Invece la sentenza ed il lodo divengono vincolanti per le parti senza che esse ne conoscano il contenuto. Poiché le parti vengono a conoscenza dei loro futuri diritti ed obblighi prima che l’atto che li determina divenga efficace, esse possono valutare la loro convenienza nella stipulazione dell’accordo, come accade per qualunque altro contratto.

La risoluzione negoziale delle controversie non costituisce, quindi, una forma di giustizia alternativa, in quanto essa si fonda non sulla giustizia ma sull’opportunità. Più correttamente, essa deve quindi essere definitiva come alternativa alla giustizia.

**Professore ordinario di Diritto processuale civile, Università di Pisa
Avvocato in Lucca*

imparziale adeguatamente formato, in un “ambiente” protetto e cioè assistito da quelle necessarie garanzie di serietà, efficienza, per la rapidità ed economicità del percorso.

Gli organismi della mediazione

Per queste ragioni il legislatore affida ad organismi appositamente creati e sottoposti al controllo del Ministero della Giustizia la gestione del procedimento. Chiunque può rivolgersi ad un organismo accreditato e non è necessaria l’assistenza dell’avvocato. Trattasi di ulteriore conseguenza di una sede non “giudiziale” dove la garanzia di serietà e professionalità dovrà essere comunque garantita dagli organismi e dai mediatori autorizzati (vedi intervento a pag. IV).

Gli obblighi dell’avvocato

Tutti coloro che si troveranno a dover affrontare una lite, e proprio nel momento in cui si accingono ad avviare un’azione giudiziale, saranno informati dall’avvocato al quale si sono rivolti della possibilità (o eventualmente dell’obbligo) di avviare un tentativo di mediazione. E infatti è stato previsto a carico degli avvocati l’obbligo di informare →



Angelo Santi*

Gli organismi di mediazione e il registro ministeriale

Sulla scia della riforma societaria del 2003, il nuovo D.Lgs. n. 28/2010 rafforza la tendenza del nostro ordinamento verso il potenziamento e lo sviluppo degli strumenti di giustizia alternativa, attraverso la conferma degli organismi di conciliazione già esistenti, nonché la creazione di nuovi organismi.

La ristretta competenza degli organismi, finora limitata alla materia societaria e finanziaria, sarà finalmente estesa a tutte le controversie civili e commerciali, con un evidente beneficio per le imprese, i cittadini e i professionisti, che potranno disporre di un efficace strumento per la gestione negoziale del proprio contenzioso, con evidenti vantaggi in termini di costi, tempi ed efficienza dei risultati. Il capo III del nuovo Decreto è proprio dedicato agli organismi di mediazione e consente ad enti pubblici e privati di costituire organismi indipendenti che possano essere iscritti al registro ministeriale, che ora diventerà competente per tutte le materie civili e commerciali.

È importante evidenziare che, agli organismi interni alle Camere di Commercio e a quelli privati, si potranno affiancare nuovi organismi di emanazione ordinistica, a cominciare da quelli forensi che avranno sede presso i tribunali.

La scelta del nostro legislatore di privilegiare la conciliazione svolta da organismi professionalmente qualificati e indipendenti è una scelta che mira a garantire le parti contendenti, affinché l'accordo conciliativo - che potrà acquisire agevolmente efficacia esecutiva - sia concluso in un contesto opportunamente controllato, sotto l'egida di un registro ministeriale.

Con il nuovo Decreto sulla mediazione si apre, pertanto, una nuova epoca della giustizia alternativa, nella quale le composizioni autonome delle controversie ad opera delle parti (da sempre praticate anche nel nostro ordinamento) troveranno dei nuovi contesti di svolgimento, con l'intervento di un terzo mediatore facente capo necessariamente ad un organismo iscritto.

La sfida per la competitività del nostro sistema "giustizia" è stata lanciata ed è una sfida che coinvolgerà, inevitabilmente ed in ampia misura, le categorie professionali ed imprenditoriali.

**Responsabile del Coordinamento nazionale della Conciliazione Forense; Coordinatore dell'Organismo di Conciliazione Forense di Perugia; Presidente e fondatore di Resolutia - Gestione delle controversie*

← per iscritto i propri assistiti della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle connesse agevolazioni fiscali (vedi intervento a pag. V).

Costi, termini e modalità del procedimento

Al riguardo appare utile rilevare come gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità e sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. Inoltre, il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente. Ed ancora, se i costi del procedimento (la c.d. indennità di mediazione) che devono essere predeterminati, sono fissati dagli organismi di conciliazione entro i margini (minimo e massimo) predeterminati dal Ministero della Giustizia, le parti

potranno anche usufruire di un credito d'imposta commisurato alla indennità stessa nei limiti di euro 500 nel caso in cui la mediazione abbia esito positivo (la misura è ridotta al 50% se la mediazione abbia esito negativo) (vedi tabella a pag. VI). Quindi economicità e trasparenza delle tariffe, agevolazioni fiscali, professionalità e serietà degli organismi e dei mediatori, informazione e libero accesso alla mediazione, costituiscono sicuramente i principali vantaggi della mediazione unitamente alla rapidità e riservatezza del procedimento.

Infatti, soprattutto nei casi in cui il procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità dell'azione giudiziale (c.d. obbligatorietà del tentativo di conciliazione) è necessario che il termine massimo sia predeterminato e sia fissato in un termine ragionevole, diversamente pregiudicando il diritto fondamentale di difesa di cui all'art. 24 della Carta Costituzionale. E così il procedimento dovrà essere definito in un periodo di tempo non superiore a quattro mesi. Si tratta di un termine che dovrà essere sufficiente alle parti per avviare un tentativo di soluzione che eviti un processo giurisdizionale o ne definisca uno già in corso.

La mediazione potrà svolgersi secondo modalità telematiche (c.d. O.D.R., Online Dispute Resolution) e la nuova disciplina non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi.

La mediazione "sollecitata"

Peraltro, la riforma prevede una significativa innovazione che consente al giudice (anche in fase di appello) di invitare le parti (valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti) a procedere alla mediazione. Si tratta della c.d. mediazione delegata o sollecitata, cioè del procedimento che su iniziativa del giudice può sollecitare l'adesione della parti a rivolgersi ad un organismo di conciliazione durante il corso del processo. Qualora le parti aderiscano all'invito del giudice il processo subirà un semplice rinvio che dovrà consentire nei tempi massimi previsti (quattro mesi) l'espletamento del tentativo di conciliazione. Si tratta quindi di una ulteriore opportunità che si applica sin d'ora ai processi civili in corso e si potrà applicare in ogni processo che secondo la valutazione del giudice possa essere rimesso ad un organismo di conciliazione con l'adesione delle parti (vedi intervento a pag. VI).

Mediazione e riservatezza

Si è già rilevato come uno degli aspetti qualificanti della tutela apprestata dal legislatore sia quello della riservatezza del procedimento di mediazione. Proprio la riservatezza è il cardine che può consentire alle parti di riappropriarsi degli spazi dell'autonomia privata nella gestione di una controversia. In un ambiente protetto da norme che vincolano al segreto chiunque operi a qualsiasi titolo nel procedimento di mediazione, le parti saranno libere di poter meglio dialogare anche separatamente con il mediatore. Ciò significa che non potranno essere utilizzate le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento, tanto che è disposta la inammissibilità della relativa prova testimoniale e del deferimento del giuramento decisorio (vedi intervento a pag. VII).



Fabrizio Crisuolo*

Il ruolo dell'avvocato e gli obblighi di informazione nel procedimento di mediazione finalizzato ad una conciliazione

Con il decreto legislativo n. 28/2010 è stata data attuazione all'art. 60 della legge n. 69/2009 (recante la delega per il recepimento della dir.

2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio) sulla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale concernenti diritti disponibili.

Nella promozione di questo strumento - che dovrebbe garantire una deflazione del carico giudiziario, mantenendo tuttavia impregiudicati gli standard di tutela delle parti in contesa - un ruolo di primario rilievo dovrà essere svolto dall'avvocatura.

Dalla lettura del decreto sembrerebbe, tuttavia, che esso non sia del tutto consapevole dell'importante contributo che dovrebbe provenire dagli operatori del foro in quanto l'unica disposizione che fa espresso riferimento agli avvocati si limita ad imporre a carico di questi ultimi un obbligo di informazione dell'assistito, da fornire "chiaramente e per iscritto" all'atto del conferimento dell'incarico professionale, in ordine alla possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, indicando le ipotesi in cui quest'ultimo si configuri quale condizione di procedibilità per introdurre la domanda giudiziale e sanzionando con l'annullabilità del contratto di prestazione professionale tra l'avvocato e il cliente la violazione dell'obbligo di informazione da parte del primo.

A prescindere dalla prescrizione in discorso, l'importanza del ruolo dell'avvocato si può cogliere in tutto il procedimento di mediazione, a partire dal deposito della istanza fino alla sottoscrizione dell'"accordo amichevole" tra le parti.

Già nella fase che precede la mediazione, infatti, gli avvocati saranno tenuti a valutare, nell'interesse delle parti patrocinatè, il rischio giuridico di una fase contenziosa nonché i "costi/opportunità" connessi al rifiuto di una eventuale proposta conciliativa che proven-

ga dal mediatore ed a fornire ai propri assistiti le dovute informazioni, anche tecniche, utili a far maturare un consapevole convincimento sulla scelta da perseguire.

Una volta che la parte avrà deciso di percorrere la strada della mediazione sarà sempre il difensore a dover garantire che la predisposizione della domanda/istanza di mediazione possa risultare funzionale ad un rapido raggiungimento di un accordo di conciliazione. L'avvocato dovrà pertanto consentire al mediatore di prendere contezza dei termini della controversia e dei mezzi di prova a disposizione, identificando l'oggetto del contendere ed il diritto fatto valere, garantendo che le parti possano usufruire degli effetti interruttivi e sospensivi della prescrizione e impeditivi della decadenza. Per questa strada, garantendo piena coerenza tra istanza di conciliazione e domanda giudiziale, i difensori agevoleranno il ruolo del mediatore nella predisposizione di una proposta conciliativa che sarà anch'essa in linea con il principio della domanda.

Non solo. Nel procedimento di mediazione, l'avvocato sarà chiamato a svolgere un ruolo fondamentale, dialogando con il mediatore e affiancando alle cognizioni prettamente giuridiche e alla propria professionalità una strategia che, nel rispetto dei doveri deontologici, dovrà essere tesa ad evitare che le informazioni fornite al mediatore nelle "sessioni separate" finalizzate al raggiungimento di una mediazione "facilitativa", possano ritorcersi contro la parte assistita nell'ipotesi di passaggio ad una mediazione "aggiudicativa".

Infine, la primaria importanza del ruolo dell'avvocatura si appalesa proprio nelle ipotesi in cui le parti giungano ad una conciliazione. Il testo dell'accordo, infatti, non sarà redatto dal mediatore (che potrà essere anche un "laico"), bensì sarà rimesso alla perizia e professionalità degli avvocati, chiamati a trovare il giusto punto di equilibrio nella formulazione dell'intesa stragiudiziale da allegare al processo verbale predisposto dal mediatore, che costituirà titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

**Professore ordinario di Diritto civile - Università della Calabria
Presidente della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università telematica E-Campus
Avvocato in Roma e Milano*

Il procedimento

Il procedimento prende l'avvio con la presentazione della domanda di mediazione, all'esito della quale il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti (non oltre quindici giorni dal deposito della domanda). La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte anche a cura della parte istante. Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo (vedi intervento e tabella a pag. VIII).

Gli effetti della domanda di mediazione

Al riguardo occorre chiarire quali siano gli effetti della domanda. Il legislatore ha precisato che dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale presso la segreteria dell'organismo.

Trattasi di una norma di estremo rilievo in quanto è idonea a garantire la parte istante in relazione al decorso del tempo necessario alla conclusione del procedimento intrapreso.

Il verbale della mediazione e la sua omologazione

La volontarietà che è alla base del procedimento conciliativo (anche qualora le parti siano "condotte" dinanzi al conciliatore dalla obbligatorietà del tentativo da proporre) chiarisce che la conciliazione della controversia è soltanto una opportunità, non una necessaria conseguenza del procedimento di mediazione. Ma la volontarietà sulla quale si fonda l'eventuale soluzione della lite, consente altresì di precisare che la stessa potrà essere sancita in un verbale di avvenuta conciliazione e nel relativo accordo che ne disciplinerà patti e condizioni. Detto contratto potrà prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti o per il ritardo nel loro adempimento (strumento di coazione indiretta all'adempimento di origine francese, c.dd. *astreintes*) (vedi intervento a pag. IX).

Ma questi strumenti relegherebbero l'accordo su un piano meramente privatistico non consentendo una efficace tutela →

COSTI DELLA MEDIAZIONE

L'indennità per il procedimento di mediazione

Gli importi per le indennità dovranno essere predeterminati dagli Organismi e dovranno essere fissati secondo le regole che saranno dettate con decreto del Ministero della Giustizia, ed in particolare il decreto dovrà determinare:

- a) l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti;
- b) i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati;
- c) le maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al 25%, nell'ipotesi di successo della mediazione;
- d) le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità (c.d. mediazione obbligatoria).

Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda (c.d. mediazione obbligatoria), all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (c.d. gratuito patrocinio). A tal fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

Regime tributario e agevolazioni fiscali

Imposta di bollo

Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di

mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.

Imposta di registro

Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.

Credito d'imposta

Alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro 500. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.

Il Ministero della Giustizia comunica all'interessato l'importo del credito d'imposta spettante e trasmette, in via telematica, all'Agenzia delle Entrate l'elenco dei beneficiari e i relativi importi a ciascuno comunicati.

Il credito d'imposta deve essere indicato, a pena di decadenza, nella dichiarazione dei redditi ed è utilizzabile a decorrere dalla data di ricevimento della comunicazione, in compensazione (ai sensi dell'art. 17 d.lg. 241/1997), nonché, da parte delle persone fisiche non titolari di redditi d'impresa o di lavoro autonomo, in diminuzione delle imposte sui redditi. Il credito d'imposta non dà luogo a rimborso e non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi, né del valore della produzione netta ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive (e non rileva ai fini del rapporto di cui agli artt. 61 e 109, comma 5, TUIR).



**Francesca
Cuomo Ulloa***

La mediazione sollecitata dal Giudice

Il decreto legislativo n. 28/10 ha realizzato una vera e propria rivoluzione nella disciplina della mediazione, solo in parte annunciata - si pensi alla "sorpresa" rappresentata dalla obbligatorietà del tentativo di cui all'art. 5, comma 1 - dalla l. delega n. 69/09, che, nell'art. 60, aveva individuato i principi cui avrebbe dovuto conformarsi la nuova normativa. Tra le novità più significative e a mio avviso più apprezzabili nella prospettiva della promozione dell'istituto trova spazio anche la disciplina della mediazione "sollecitata dal giudice" di cui all'art. 5. Si tratta di un istituto già da tempo utilizzato in altri ordinamenti e specificamente previsto dalla direttiva europea 2008/52/CE, in materia di mediazione civile e commerciale, il cui art. 5 contempla la possibilità per «l'organo giurisdizionale investito di una causa... (di) invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia». In conformità a tale indicazione, il legislatore italiano ha dunque inserito tale istituto tra le novità della disciplina, prevedendo all'art. 5 comma 2, che il giudice, in pendenza del processo e anche in appello, possa invitare le parti a procedere ad una mediazione della loro controversia. Nel contesto normativo delineato dal decreto n. 28 l'istituto assume poi alcune specifiche caratteristiche procedurali che meritano di essere evidenziate. In primo luogo, esso non si pone in alternativa, ma in collegamento con la disciplina della obbligatorietà del tentativo prevista nel primo comma. Ciò significa che il giudice potrà formulare l'invito anche nell'ambito di controversie per le quali è previsto l'obbligo del tentativo e anche

quando (sempre che lo ritenga opportuno) il tentativo sia già stato inutilmente esperito prima del giudizio. L'invito poi non è in alcun modo vincolante per le parti; né, d'altra parte, il decreto prevede alcuna sanzione in danno della parte che lo rifiuta, anche senza giustificato motivo: salvo forse consentire al giudice di desumere da tale comportamento argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.c.. Ma sulla portata dissuasiva di tale previsione è tuttavia lecito dubitare. Nessun potere, infine, spetta al giudice con riferimento all'individuazione dell'organismo di conciliazione: si può così ipotizzare che siano le parti a doversi accordare su tale profilo. Dal punto di vista procedimentale poi, il comma 2 dell'art. 5 prevede che, nel caso in cui le parti accettino l'invito, il giudice si limiti a rinviare l'udienza in modo tale da consentire l'esperimento del tentativo, fissando altresì alle stesse il termine per presentare la domanda di mediazione. Nulla invece si dice circa i possibili esiti della procedura di mediazione: potendosi ritenere che, in caso di esito negativo, il processo prosegua regolarmente all'udienza fissata, ferma la possibilità per la parte di produrre in giudizio il verbale di mancata conciliazione ai fini dell'eventuale condanna al pagamento delle spese ai sensi dell'art. 13. In caso di esito positivo - e sempre in assenza di specifiche disposizioni - mi pare che le parti debbano comunque rivolgersi per l'omologazione dell'accordo (non al giudice, ma) al Presidente del Tribunale ai sensi dell'art. 12. La chiusura del processo pendente, infine, sembra essere affidata agli ordinari istituti dell'estinzione o della cessazione della materia del contendere, salvo ipotizzare la possibilità per le parti di chiedere al giudice di recepire l'accordo in un verbale di conciliazione ex art. 185 c.p.c.

**Avvocato - Dottore di ricerca in Diritto processuale civile
Conciliatore CCIAA Brescia*

← delle parti che si sono “affidate” alla conciliazione nell’ipotesi in cui lo stesso dovesse rimanere inadempito. E così, in base al nuovo dettato normativo, le parti potranno richiedere l’omologazione del verbale di accordo (il cui contenuto non è contrario all’ordine pubblico o a norme imperative) con decreto del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l’organismo che ha amministrato il procedimento di mediazione. Detto verbale una volta omologato costituirà titolo esecutivo per l’espropriazione forzata, per l’esecuzione in forma specifica e per l’iscrizione di ipoteca giudiziale.

La rilevanza concreta di questa previsione è notevole. Infatti, non potrà sfuggire l’opportunità che le parti avranno di tutelare immediatamente l’accordo se questo non sarà eseguito senza dover ricorrere al tribunale per far valere lo stesso. Non potrà quindi costituire motivo di dilazione strumentale quello di sottoscrivere un contratto che definisca una lite rinviando così l’accertamento dell’inadempimento ad altra sede (giudiziale) i cui tempi - come è noto - non ne garantirebbero in alcun modo la celerità e l’efficacia.

Le possibili conseguenze della mancata conciliazione

Ma il procedimento conciliativo potrà pervenire altresì ad un esito negativo e ciò potrà conseguire sia alla mancata comparizione di una delle parti evocata nel procedimento sia al mancato accordo all’esito dell’espletato tentativo. Anche in queste evenienze il legislatore ha ritenuto di dover introdurre talune norme che potessero ragionevolmente indurre le parti ad accogliere e valorizzare l’opportunità che viene offerta dalla mediazione. Ed infatti nel primo caso qualora vi sia una mancata comparizione “senza giustificato motivo” il giudice (nel successivo processo che si andrà ad incardinare) potrà desumere argomenti di prova ai sensi dell’art. 116 cod. proc. civ. Nella seconda ipotesi, quella nella quale le parti, pur avendo partecipato al procedimento di mediazione, non dovessero trovare una soluzione conciliativa, le stesse potranno trovarsi dinanzi ad una proposta formulata dal mediatore. Infatti, è stato previsto che il mediatore quando l’accordo non è raggiunto può formulare una proposta di conciliazione che, in caso di mancata accettazione, potrà incidere significativamente sulle spese processuali del susseguente giudizio.

Ed invero quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di un’ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Queste disposizioni si applicano altresì alle spese della mediazione. In ogni caso, quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per la mediazione (vedi intervento a pag. X).

Il ruolo “propositivo” del mediatore

La previsione normativa che affida al mediatore la facoltà di formulare una proposta anche a prescindere da una →

Riservatezza e segreto nella procedura di mediazione



Domenico Borghesi*

Che l’impegno di mantenere la lite in un percorso privatistico implichi la stipulazione di un accordo implicito di riservatezza, è stato affermato in più occasioni dalla giurisprudenza soprattutto nel Regno Unito a proposito dell’arbitrato.

Tuttavia tale principio sembra oggi palesemente in crisi, tanto che molti commentatori ritengono che, a scanso di equivoci, sia meglio inserire una clausola di riservatezza nell’accordo compromissorio.

D’altra parte, non è neanche detto che, in virtù della proprietà transitiva, il dovere di riservatezza (ammesso che esista) si estenda dall’arbitrato alla mediazione.

In realtà la riservatezza ha nella seconda delle ragioni che non sono la generica privatezza della procedura propria del primo.

Lo conferma il recentissimo decreto che ha dato attuazione alla legge delega n. 69/2009. Il dovere di riservatezza di cui al comma 1 dell’art. 9 si riferisce al mediatore, inteso non solo come persona, ma anche come struttura. Le parti, che sono le beneficiarie del detto dovere, possono sollevare il mediatore dall’obbligo. Non si tratta infatti di una garanzia irrinunciabile.

In caso di violazione scatta una responsabilità per danni di tipo contrattuale che ricade sul mediatore anche per il comportamento dei suoi collaboratori. Inoltre, si può prospettare una responsabilità extracontrattuale per chi, in qualsiasi modo, partecipa alla procedura senza allacciare alcun rapporto contrattuale con le parti o con il mediatore.

Anche il particolare dovere di riservatezza di cui all’art. 9, comma 2, riferito alle dichiarazioni rese dalle parti separatamente l’una dall’altra, riguarda solo il mediatore. Il motivo per cui il legislatore ne ha fatto espressa menzione è che si tratta di una deroga al principio del contraddittorio che vale anche nella procedura di conciliazione, sia pure con gli opportuni adattamenti.

L’art. 10, comma 1, invece si rivolge alle parti, introducendo il principio della non utilizzabilità in giudizio delle dichiarazioni rese dalle parti nel corso della mediazione, salvo il consenso della parte dichiarante. Conseguenza della non utilizzabilità è che le prove tramite le quali le dette dichiarazioni potrebbero entrare in giudizio sono inammissibili. La norma fa riferimento alla prova testimoniale e al giuramento decisorio, ma alla regola non sfuggono le altre prove (soprattutto documenti e interrogatori).

La seconda parte dell’art. 10, comma 2, è strettamente funzionale alla prima in quanto estende il segreto professionale del difensore al mediatore. Con la differenza che il primo ha carattere indisponibile, perché attiene al diritto di difesa, mentre il secondo no.

Una breccia al dovere di riservatezza potrebbe aprirsi a causa dell’influenza che la mancata accettazione della proposta di componimento formulata dal mediatore può avere sulla distribuzione del carico delle spese di causa ai sensi dell’art. 13. Breccia opportunamente ridimensionata dalla previsione dell’art. 11, comma 2, secondo la quale la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso della mediazione.

**Professore ordinario di Diritto processuale civile e Diritto dell’arbitrato - Università di Modena e Reggio Emilia
Avvocato in Bologna*



Maria Angela Zumpano*

Il procedimento di mediazione

La disciplina del procedimento è in gran parte delegata ai regolamenti interni degli organismi prescelti dalle parti, sulla linea già sperimentata per le controversie societarie. È un dato estremamente positivo, poiché permette di operare in autonomia modulando gli atti di mediazione sulle specificità della singola vertenza, evitando ogni formalismo non indispensabile al raggiungimento dell'obiettivo.

Il dettato legislativo seleziona peraltro alcune regole-base che mirano a garantire il rispetto della normativa comunitaria e la presenza dei requisiti essenziali dell'istituto, tra cui la riservatezza, l'indipendenza e l'imparzialità del mediatore (tenuto, tra l'altro, al rilascio di apposita dichiarazione per ciascun affare di cui viene incaricato).

Si riscontra poi una particolare cura nell'informativa degli interessati, che in primis compete al legale, anche in vista dei rapporti con l'eventuale processo giurisdizionale e delle conseguenze che possono rifluirvi. E proprio a tali rapporti vengono destinate le previsioni più articolate: dall'individuazione dei tipi di controversie in cui la legge fa obbligo di tentare la mediazione prima di agire in giudizio a pena di improcedibilità, al regime delle clausole di mediazione o conciliazione che possono stabilirsi in via negoziale, alla possibilità che sia il giudice stesso a invitare le

parti all'avvio di una mediazione allorché ve ne sia l'opportunità. Di essenziale importanza è la previsione che attribuisce all'istanza di mediazione i medesimi effetti della domanda giudiziale quanto alla prescrizione e all'impedimento di decadenze, fermo restando che per queste l'impedimento opera solo la prima volta; si attua in tal modo un bilanciamento fra l'esigenza di non dissuadere la parte che intende tentare una mediazione ma può temere di perdere nel frattempo il proprio diritto, e l'evidente necessità di impedire strumentalizzazioni o manovre dilatorie.

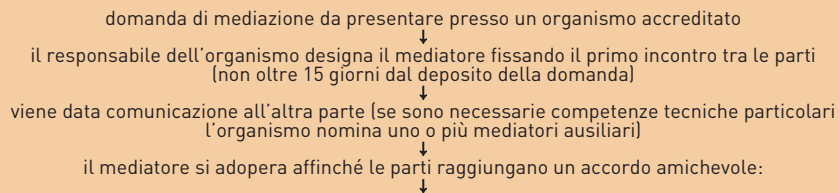
Ma ai rapporti col processo appartiene pure l'aspetto più criticabile della nuova disciplina, là dove prevede che il giudice condanni la parte vittoriosa al pagamento delle spese processuali nel caso in cui l'esito del giudizio coincida con la proposta conciliativa in precedenza rifiutata.

La deludente esperienza dell'analoga previsione vigente in materia societaria pare non abbia insegnato, giacché l'odierno legislatore si è limitato a minimi correttivi (obbligo del mediatore di informare preventivamente le parti sulle conseguenze del rifiuto, necessità che ricorrano gravi ragioni per applicare detta sanzione in caso di coincidenza soltanto parziale), mentre al fine di incentivare le soluzioni conciliative sarebbe stato più proficuo non imbrigliare le parti rispetto ai futuri sviluppi della contesa.

** Professore associato di Diritto processuale civile e Diritto dell'arbitrato - Università di Pisa*

PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

Il procedimento ha una durata massima di 4 mesi:



ACCORDO

se si raggiunge l'accordo (conciliazione), il mediatore forma il processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo

↓
l'accordo (non contrario all'ordine pubblico o a norme imperative), che può prevedere il pagamento di somme di denaro per ogni violazione ulteriore o inosservanza, può essere omologato con decreto del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo previo accertamento della regolarità formale;

il verbale omologato è titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

MANCATO ACCORDO

se non si raggiunge l'accordo, il mediatore forma il processo verbale con l'indicazione della eventuale proposta

↓
mancata accettazione della (eventuale) proposta formulata dal mediatore

↓
inizia il processo civile

↓
quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa, il giudice:

- a) esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, relativamente al periodo successivo alla stessa;
- b) condanna al pagamento delle spese processuali di controparte;
- c) condanna al versamento di un'ulteriore somma, di importo corrispondente al contributo unificato dovuto.

← congiunta richiesta delle parti ed alla quale sono collegate possibili e rilevanti conseguenze nel successivo processo, attribuisce allo stesso un ruolo assolutamente delicato. Il legislatore infatti pur riconoscendo la centralità della funzione "facilitativa" del mediatore, e perciò finalizzata ad agevolare nella sua precipua attività maieutica l'accordo delle parti, prevede questa facoltà che è al contempo un "potere" di effettuare una proposta finale anche in assenza della richiesta comune delle parti. Emerge così una funzione "valutativa" del procedimento conciliativo che conferisce assoluta importanza

VIII

alla "imparzialità" del mediatore. Non occorre sottolineare come questa facoltà - della quale il mediatore dovrà adeguatamente e preliminarmente informare le parti - in considerazione delle conseguenze alle quali può condurre, debba essere utilizzata *cum grano salis*. L'accordo "a tutti i costi" è il rischio al quale il mediatore deve sottrarsi nella consapevolezza che non necessariamente il mancato accordo è un insuccesso (vedi intervento a pag. XI).

Gli obiettivi della riforma

Ma ciò che sinora è rimasto sullo sfondo della disamina della

Le nuove opportunità della conciliazione: il verbale e la tutela dell'accordo

di Ilaria Pagni*

Con il D.Lgs. n. 28/2010 il termine mediazione è entrato a pieno titolo nel nostro sistema, a designare [art. 1] «*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*»; laddove invece alla conciliazione è riservato il significato dell'atto conclusivo, di «*composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione*». Il negozio in cui si traduce la conciliazione ha caratteristiche peculiari. Trattandosi di un atto che è espressione dell'autonomia negoziale, le parti, con esso, potranno disporre come credono della res litigiosa (nei limiti dell'ordine pubblico e delle norme imperative), potendo anche superare i confini della lite, senza incontrare, diversamente dal giudice e dall'arbitro, l'ostacolo, implicato dal principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, a che l'accordo riguardi anche vicende originariamente non ricomprese nella controversia. Con la conciliazione possono essere poste le basi per una diversa regolamentazione del rapporto futuro, laddove invece i meccanismi di composizione della lite di tipo "aggiudicativo" sono costretti nei binari della distribuzione di ragioni e di torti, e non possono intervenire a modificare la situazione sostanziale delle parti, se non negli stretti confini imposti al giudice o all'arbitro, ex art. 2908 cod. civ. nell'emanazione di pronunce costitutive. La riferibilità alle parti e la natura negoziale dell'atto conclusivo del procedimento di mediazione non escludono la necessità di trovare un raccordo col processo, per l'eventualità che, raggiunto l'accordo, una delle parti non ottemperi spontaneamente a quanto concordato.

Sul punto dell'utilizzabilità dei risultati della conciliazione in proiezione esecutiva, era già intervenuta la riforma del processo civile del 2005-2006. Il decreto in discorso, tuttavia, compie un passo ulteriore, nel momento in cui attribuisce espressamente efficacia esecutiva al verbale di conciliazione stragiudiziale, ampliando previsioni analoghe, come quella dell'art. 696 bis c.p.c., o altre, riferite a

settori specifici dell'ordinamento. E, oltre a chiarire che il verbale omologato è titolo anche per l'esecuzione in forma specifica, e non solo per l'espropriazione forzata, il decreto prevede che il verbale sia titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, superando così, la tassatività dell'art. 2818 cod. civ. Dunque, il verbale della conciliazione raggiunta in via stragiudiziale offre alle parti un'utilità in più, rispetto allo stesso verbale di conciliazione giudiziale, per il quale il legislatore non ha previsto alcunché. Rimane invece esclusa la possibilità di una trascrizione del verbale, quando questo contenga un contratto, o un atto previsto dall'art. 2643 cod. civ., giacché per essa si è voluto espressamente richiedere che la sottoscrizione del processo verbale sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Infine, è opportuno ricordare anche che, a presidio ulteriore degli obblighi assunti dalle parti, è stata inserita una previsione che riecheggia quella dell'art. 614-bis c.p.c., e che ne mutua la funzione sanzionatoria, e non risarcitoria, stabilendo che l'accordo possa prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti, ovvero per il ritardo nel loro adempimento. Pertanto si suggerisce, ad evitare infinite contestazioni sul punto, che le parti prevedano nel verbale qual è il momento dal quale deve considerarsi decorrente l'eventuale ritardo nell'attuazione degli obblighi, sulla falsariga di quanto si legge nell'art. 140 Cod. cons., sia pure con riferimento ad una misura coercitiva disposta, per il verbale di conciliazione stragiudiziale, dal giudice del procedimento camerale.

I profili ricordati, con riguardo all'inadempimento del verbale, non devono far dimenticare, ovviamente, che la forza della mediazione sta nella condivisione dei risultati raggiunti. E che la straordinaria apertura alla conciliazione, stragiudiziale e delegata, presuppone una volontà di collaborazione tra parti, difensori, mediatore (e giudice), che rappresenta una delle principali scommesse per il successo dell'istituto e il miglior funzionamento del sistema giustizia.

* *Professore ordinario di Diritto processuale civile
Università di Firenze - Avvocato*

nuova disciplina sono le motivazioni che hanno indotto il legislatore a varare soltanto oggi, e in pochi mesi, una riforma che da circa un decennio, tra le diverse proposte delle avverse parti politiche nell'avvicinarsi di maggioranze governative di colore diverso (si ricordi il DDL Cola del 2002), non aveva trovato il necessario e decisivo impulso alla loro approvazione. Si è rilevato che l'obiettivo dichiarato è quello di decongestionare i tribunali civili attraverso una deflazione significativa del carico dei processi civili mediante l'accesso "obbligato" ed "incentivato" alla mediazione stragiudiziale amministrata.

Sarà d'ora innanzi la storia a chiarire in che misura ed in quali tempi l'accesso alla mediazione strutturata secondo la normativa in esame sarà in grado di ottenere direttamente, o in via riflessa, significativi risultati sul collasso ormai imminente della giustizia italiana. Approvata la riforma sarà compito degli operatori attuarla nel miglior modo possibile nella consapevolezza che se da un lato la conciliazione quale strumento volontario di soluzione di una lite postula l'esistenza di strumenti giurisdizionali efficaci, dall'altro il clima culturale beneficerà di una decisa svolta

normativa orientando anche i più scettici verso un rinnovato approccio al conflitto ed alle sue opportunità.

Ma percorrere la strada in molti casi imposta dal legislatore non significa e non può significare conciliare "a tutti i costi". L'equilibrio insito nello strumento conciliativo che fonda buona parte del suo possibile successo sulla qualità professionale degli organismi e ancor più dei mediatori, non deve perdere di vista che un buon accordo è sempre un accordo che non può prescindere dalla libera determinazione delle parti, le quali consapevolmente possano scegliere e determinarsi in ordine ai reciproci diritti. E purtroppo la debolezza insita nell'attuale sistema, a causa della congestione dei meccanismi giudiziari, pone *ex se* un peso a carico delle parti deboli in sede di trattativa, le quali potrebbero trovarsi "costrette" *ob torto collo* ad accettare un pessimo accordo, pur di evitare un giudizio di durata, se non infinita, sicuramente indeterminabilmente lunga. La conciliazione postula un sostanziale equilibrio al tavolo della mediazione, equilibrio garantito da un possibile eguale (ma non soltanto dal punto di vista formale) accesso alla giustizia dello Stato (vedi intervento a pag. XI). →



Giovanni Sciancalepore*

Mediazione e processo

Con il D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 è stata imposta la conciliazione stragiudiziale obbligatoria per una serie di controversie positivamente codificate. Nella specie, la conciliazione *de qua* rappresenta una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la cui inottemperanza dovrà essere eccepita dal convenuto, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. In altre parole, il legislatore ha rafforzato la fisiologica relazione tra il procedimento di mediazione e il processo. Siffatta relazione, tuttavia, assume compiuta espansione con riferimento al mancato raggiungimento di un accordo, allorché ricorra l'ipotesi del comma 1 dell'art. 11. In particolare, in virtù della funzione valutativa del tentativo che dovrà essere esperito, il conciliatore potrà formulare una proposta, appunto di conciliazione, allorché i contendenti non raggiungano un'intesa compositiva; dovrà - del pari - redigere una proposta qualora le parti facciano richiesta in tal senso, in qualunque momento del procedimento.

È intuibile, che l'intervento particolarmente qualificato del conciliatore debba far presumere una certa affidabilità della proposta dallo stesso formulata. Va da sé, quindi, che la mancata accettazione delle parti - determinando il naufragio del tentativo e l'accesso al processo civile - dovrà essere necessariamente oggetto di valutazione giudiziale. Ciò al fine, tra l'altro, di "sanzionare" atteggiamenti

strumentali e defatiganti, volti - tra l'altro - alla mortificazione della nobile funzione dell'attività conciliativa.

Quindi, allorché il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda integralmente al contenuto della proposta fatta, il giudice escluderà la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta stessa, condannerà la medesima al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma corrispondente al contributo unificato dovuto. Ferma restando l'applicabilità degli artt. 92 e 96 c.p.c., in tema - tra l'altro - di danno da lite temeraria.

Qualora, invece, il provvedimento che definisce il processo corrisponda solo parzialmente al contenuto della proposta, il giudice - ricorrendo gravi ed eccezionali ragioni - potrà escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità versata per la mediazione e il compenso reso all'esperto eventualmente nominato.

In definitiva, il legislatore ha predisposto un interessante canale di comunicazione tra conciliazione e processo teso a consolidare l'effettività del primo e la deflazione reale dell'ulteriore. Ne consegue che il procedimento di mediazione non potrà e non dovrà atteggiarsi come l'assolvimento di un onere, per l'accesso (inevitabile) alla giustizia delle aule di Tribunale.

** Professore associato di Diritto privato comparato
Università di Salerno
Avvocato, Esperto in Conciliazione interna e transfrontaliera*

← Il mediatore

Ed è in questo contesto che si colloca il ruolo del mediatore ("terzo imparziale") il quale, pur in assenza di alcun tipo di potere decisorio, diviene garanzia di sostanziale equilibrio tra le posizioni delle parti contrapposte; secondo quanto disposto dal legislatore «*il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia*» avvalendosi se del caso di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il mediatore dunque dovrà essere adeguatamente formato al fine di essere in grado di accompagnare le parti con autorevolezza e competenza, ma sempre con assoluta discrezione ed equilibrio, verso una possibile soluzione che possa essere consapevolmente accettata e ritenuta adeguatamente soddisfacente dalle stesse. Per queste ragioni diviene centrale il divieto posto a carico del mediatore e dei suoi ausiliari 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 (con espresso divieto di percepire compensi direttamente dalle parti), tanto che su istanza di parte, il responsabile dell'organismo provvede alla eventuale sostituzione del mediatore (vedi intervento a pag. XII).

L'obbligatorietà della mediazione

La scelta per l'obbligatorietà del tentativo di mediazione in un'ampia gamma di situazioni e materie individuate nel decreto (si pensi ai contratti in materia assicurativa, bancaria e finanziaria, ovvero al condominio o ai diritti reali) sebbene non potrà vincolare alcuno a trovare una soluzione non ritenuta soddisfacente, potrà indurre tutti gli operatori

nei rispettivi ruoli (giudici ed avvocati) e gli utenti del servizio giustizia (cittadini) ad un approccio che valorizzi questa opzione non quale ulteriore lacciolo all'azione giudiziale, ma quale vera opportunità di confronto e di dialogo utile a riappropriarsi degli spazi di autonomia privata finalizzati alla soluzione pacifica e soddisfacente della lite insorta. Le esperienze negative vissute per la conciliazione obbligatoria nei rapporti di lavoro non devono e non possono costituire un corretto parametro di paragone in quanto la struttura della riforma dovrebbe consentire un approccio del tutto diverso soprattutto in virtù della professionalità degli organismi e dei mediatori ai quali saranno affidate le procedure. Occorrerà familiarizzare con questo nuovo strumento che potrà essere sempre più utilizzato ed apprezzato quanto più gli operatori della mediazione, ed anche le parti ed i loro consulenti, riusciranno ad affrontare questa sfida secondo logiche e strategie diverse da quelle della mera contrapposizione propria del processo civile (vedi intervento e tabella a pag. XIII).

Mediazione e "nuove professionalità"

In questo ambito nuove professionalità dovranno formarsi sia per la figura del "mediatore/conciliatore" sia per l'organizzazione che amministrerà il servizio attraverso gli organismi pubblici e privati all'uopo costituiti. A tal fine i Consigli degli Ordini degli Avvocati potranno costituire presso i Tribunali organismi di conciliazione, come anche le Camere di Commercio, che saranno iscritti nell'apposito registro presso il Ministero della Giustizia a semplice domanda.

Ma anche gli altri Ordini professionali potranno costituire organismi di mediazione per le materie riservate alla loro →



Pasquale Tarricone*

La proposta del mediatore

L'introduzione di una disciplina organica della conciliazione extragiudiziarla rappresenta uno dei fenomeni giuridici di maggior interesse nel panorama dell'ordinamento giuridico italiano. Invertendo la prassi di regolamentare per legge fenomeni sociali ed economici già radicati, il legislatore ha scelto infatti di anticipare i tempi e di fissare - prima con la delega legislativa della l. n. 69/2009, e poi con il decreto n. 28/2010 - un vero e proprio punto di approdo della materia basandosi sulle elaborazioni dottrinali e le esperienze maturate nell'ultimo decennio.

Nella evidente consapevolezza delle enormi potenzialità offerte dalla strutturazione di percorsi di composizione negoziata delle controversie, il parlamento e il governo hanno voluto introdurre un istituto strutturato di tutela dei diritti in sede extragiudiziale, affiancandolo volutamente al processo per poter ottenere, nel più breve tempo possibile, la deflazione dei carichi giudiziari e la fissazione di adeguati standards qualitativi e di garanzia degli organismi, pubblici e privati, destinati a gestire le procedure. Il ruolo del conciliatore e i suoi poteri rappresentano alcuni tra gli aspetti di maggior interesse della nuova disciplina della conciliazione civile e commerciale.

Pur premettendo di voler trarre ispirazione dalla direttiva europea 2008/52/CE, il parlamento e il governo italiano hanno poi delineato la figura del mediatore-conciliatore secondo caratteri parzialmente diversi - e sicuramente più incisivi - rispetto a quelli fissati dal legislatore comunitario. Il D.Lgs. n. 28/2010 ha infatti individuato il "mediatore" nella figura di un professionista cui viene affidato il compito di assistere le parti nella ricerca di un accordo amichevole, ma gli ha anche attribuito, nel caso in cui le parti non riescano a trovare un punto d'intesa, il potere di formulare una propria proposta per la risoluzione della controversia. Nell'impianto della direttiva comunitaria del 2008 (che dovrà essere recepita dagli stati membri entro il 2011, per tutte le controversie transfrontaliere) è invece esclusa la possibilità che il procedimento di mediazione possa concludersi con una proposta del mediatore. È di tutta evidenza che la contemporanea previsione, nel nostro ordinamento, dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per un ampio novero di materie, e del potere di proposta in capo al mediatore, corrisponde alle peculiari esigenze italiane di promozione delle procedure di composizione negoziata dei conflitti, ma soprattutto di deflazione degli immani carichi giudiziari civili in tempi quanto più rapidi possibile. Non

va dimenticato peraltro che nello schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri nell'ottobre 2009 era stato previsto che il mediatore, di fronte allo stallo decisionale dei contendenti, avesse il preciso obbligo di formulare una propria proposta di composizione della controversia, su cui le parti avrebbero dovuto prendere una posizione, che sarebbe poi stata valutata all'esito del successivo processo ai fini della attribuzione della refusione delle spese di giudizio. La formulazione finale ha tenuto conto delle numerose critiche mosse sul punto da insigni giuristi, oltre che dal mondo forense e dagli operatori della conciliazione. Il quadro definitivo affida così al mediatore un compito complesso di direzione delle parti, che si baserà dapprima su un'attività facilitativa e di agevolazione del dialogo, che potrà poi arricchirsi della possibilità di operare una eventuale pressione per il superamento delle posizioni strumentali o in mala fede.

A parere di chi scrive, la previsione di un ruolo del mediatore prima facilitativo e poi eventualmente valutativo contribuirà a determinare un impatto complessivo duraturo e di sistema della disciplina nella materia delle controversie civili e commerciali.

È agevole prevedere che nella prima fase di applicazione della normativa il ricorso all'utilizzo del potere di proposta avverrà in maniera più diffusa per le conciliazioni nelle materie obbligatorie, per le quali è stata posta la condizione di procedibilità rispetto al successivo giudizio. Diversamente, per le procedure di mediazione delegate dall'autorità giudiziaria e per quelle attivate volontariamente dalle parti, è più probabile che l'ipotesi della proposta del mediatore rimanga solo teorica, restando per esse prevalenti le competenze comunicative del professionista, la sua tenacia e la sua creatività. Di fatto è indiscutibile che l'impegno e l'esperienza pratica maturata negli ultimi vent'anni da coloro che hanno testimoniato un approccio metodologico rivoluzionario hanno contribuito in maniera silenziosa ma decisiva - procedura dopo procedura - a porre le basi sociali e culturali perché si giungesse oggi alla previsione, per legge, di un percorso di tutela delle posizioni giuridicamente rilevanti affiancato ed alternativo rispetto al processo ordinario. Come affermato dallo stesso Guardasigilli italiano in occasione della presentazione del primo schema del decreto legislativo: «non tutte le liti devono passare, sempre e comunque, dalle aule giudiziarie».

**Avvocato in Benevento
Presidente della Camera Arbitrale e di Conciliazione
Interprofessionale del Sannio
Formatore e conciliatore di Resolutia*



Sergio Chiarloni*

Conciliazioni "buone" e conciliazioni "cattive" (rapporto con lo stato dell'amministrazione della giustizia)

Esiste da anni nel nostro paese una grande voglia di diffusione dei meccanismi conciliativi, anche grazie a numerosi interventi dell'Unione Europea. L'entusiasmo per la domanda di nuove regole indirizzate alla generalizzazione dei meccanismi conciliativi è certamente giustificato, ma non possiamo fare a meno di concentrare l'attenzione su un aspetto a mio giudizio importante, che a che fare con il contenuto delle conciliazioni.

Nasce il problema del rapporto tra meccanismi conciliativi e stato dell'amministrazione della giustizia. Un problema particolarmente acuto con riferimento al nostro Paese, che come noto, si trova da tempo sotto osservazione del Consiglio d'Europa per non saper garantire la durata ragionevole dei processi, voluta dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo oltre che dall'art. 111 della Costituzione.

Non tutte le conciliazioni sono uguali. Possiamo avere conciliazioni

cattive e conciliazioni buone. Sono cattive le conciliazioni che hanno un contenuto iniquo in quanto non rispecchiano la realtà dei rapporti tra le parti, ma favoriscono ingiustamente una di esse, che ha in mano una qualche arma sotto la cui minaccia l'altra si convince a conciliare. Sono buone le conciliazioni che fanno ottenere alla parte "quello proprio quello tutto quello cui ha diritto", se ci trova di fronte ad una lite da pretesa insoddisfatta, ovvero le conciliazioni che riescono a trovare un soddisfacente punto di equilibrio tra le parti, se ci si trova di fronte ad una lite da pretesa contestata (i c.d. *good faith disagreements* della letteratura anglosassone).

Riflettiamo sul significato che può assumere la diffusione delle conciliazioni in una situazione di dissesto processuale, quando, come accade con grandissima frequenza, la controversia ha il denaro per oggetto, diretto o indiretto. Pare evidente il pericolo che molte, troppe, sarebbero le conciliazioni cattive. Conciliazioni dove il creditore, sotto la spada di Damocle delle siderali durate del processo, si sente costretto ad accettare che il suo credito venga enormemente decurtato.

Soccorre la saggezza popolare. Quando si tratta di soldi, ovviamente il creditore preferisce ottenerne "pochi, maledetti e subito", piuttosto che tutti e benedetti dal giudice, ma chissà quando. →

← Soccorre anche l'esperienza. Gli studi degli avvocati sono sovente un crogiolo di transazioni o, possiamo ben dirlo, di conciliazioni stragiudiziali occulte e i discorsi che ivi si fanno sono molto spesso imperniati sulla convenienza economica di accettare una sistemazione al grande ribasso, piuttosto che attendere per anni l'integrale soddisfacimento. Il che spiega l'enorme percentuale di processi che si chiudono nel nostro Paese con una declaratoria di estinzione per inattività delle parti, la quale, si sa per esperienza, nasconde una transazione sottostante, al cui contenuto molto spesso non è estranea l'intenzione negoziale di ridurre il danno da giustizia dilazionata. Insomma, le conciliazioni stragiudiziali, per essere

buone, esigono un'amministrazione della giustizia efficiente, in modo che non vi sia una parte indotta a speculare sulle durate processuali per fare accettare al suo avversario una conciliazione cattiva.

Mette in qualche modo il carro davanti ai buoi chi, come il legislatore italiano, si impegna a deflazionare l'amministrazione della giustizia, nella speranza di ottenere per questa strada processi più brevi, indirizzando il più possibile le controversie verso gli istituti conciliativi.

** Professore ordinario di Diritto processuale civile
Università di Torino - Avvocato in Torino*



Mariacarla Giorgetti*

L'imparzialità e gli obblighi del mediatore

La conciliazione stragiudiziale e i mezzi di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) sono strumenti che consentono di ovviare all'inadeguatezza della giustizia ordinaria.

La conciliazione, nelle sue diverse forme, è un istituto di grande rilievo e in continua espansione.

La recente espansione dell'istituto è stata incentivata anche dall'attuale approvazione da parte del Consiglio dei Ministri, del decreto legislativo 28 ottobre 2009, in tema di mediazione e conciliazione.

Il Consiglio dei Ministri, nella seduta del 19 febbraio 2010, ha approvato definitivamente la disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali, modificando in parte lo schema precedente di decreto deliberato il 28 ottobre 2009.

Il mediatore, nello svolgimento dell'incarico affidatogli deve, in primo luogo, rispettare i principi deontologici dell'imparzialità e dell'indipendenza dalle parti in lite.

L'art. 14 dello schema del D.Lgs. 28 ottobre 2009 stabilisce gli obblighi del mediatore al fine di garantire l'imparzialità dello stesso. È fatto divieto, infatti, al mediatore e ai suoi ausiliari di assumere diritti o obblighi connessi direttamente o indirettamente con gli affari trattati, esclusi quelli strettamente connessi alla prestazione della opera o del servizio. Al mediatore, in ossequio al principio dell'imparzialità, è fatto divieto di percepire compensi direttamente dalle parti.

Il compito del mediatore è, altresì, vincolato ad alcuni obblighi per garantire la sua imparzialità e indipendenza.

Il mediatore, infatti, deve sottoscrivere per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule stabilite dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente stabiliti nel medesimo regolamento. Il mediatore ha anche il dovere informativo di mettere a conoscenza

immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione. Le proposte di conciliazione devono essere formulate nel rispetto del principio dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

Il mediatore deve poi corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo.

La sostituzione del mediatore avviene con una semplice istanza della parte e su di essa provvede il responsabile dell'organismo di mediazione.

L'art. 9 disciplina il dovere di riservatezza che incombe a chi presta la propria opera o il proprio servizio al personale dell'organismo di conciliazione.

L'obbligo di riservatezza cui è tenuto il personale interno all'organismo è dovuto rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione. L'obbligo della riservatezza del mediatore si estende anche nei confronti delle parti.

L'art. 10 stabilisce il segreto professionale del mediatore e l'istruzione probatoria. 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. È esclusa, tuttavia, che sulle dichiarazioni e informazioni sia ammissibile la prova testimoniale. A maggiore tutela della riservatezza sulle dichiarazioni rese nel procedimento l'art. 10 D.Lgs. citato introduce il segreto professionale del mediatore sulle dichiarazioni e sulle informazioni conosciute nel procedimento sulle quali il mediatore non potrà essere tenuto a deporre né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità.

Al mediatore, tuttavia, si estendono, le norme sul segreto professionale disciplinato nell'art. 200 c.p.p. e si applicano altresì le garanzie per il difensore dell'art. 103 c.p.p. dichiarazioni e informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate tenute.

** Professore ordinario di Diritto processuale civile
e Diritto fallimentare - Università di Bergamo
Avvocato Cassazionista in Milano, in Bergamo e in Ancona*

← competenza. Scelta che nel valorizzare il ruolo degli Ordini professionali affida loro una nuova prospettiva nel segno di una terzietà del ruolo e non quale mera tutela della categoria che ne disegna un futuro più aderente ad una sostanziale liberalizzazione delle professioni.

Il 20 marzo 2010 ha segnato dunque l'inizio di una sfida, una sfida che dal 20 marzo 2011 (data di entrata in vigore della obbligatorietà del tentativo di mediazione nelle materie indicate) coinvolgerà tutti i professionisti e gli utenti del sistema giustizia. Tutti saranno chiamati

ad un rinnovato modo di gestione delle controversie che richiede consapevolezza ed impegno in una direzione coesistenziale, cioè di accettazione della controparte e non di "distruzione" della stessa con una "delega" al giudice quale emanazione di un potere pubblico.

Nuovi metodi e nuove professionalità consentiranno di rivalutare le logiche del conflitto e le strategie finalizzate al suo superamento. Nuove opportunità emergeranno da un rinnovato approccio strategico alla gestione delle controversie, con effetti decisamente favorevoli per gli utenti della giustizia e per la collettività.



Bruno Capponi*

L'obbligatorietà del tentativo di mediazione

Allorché si introducono nel circuito della giustizia nuovi strumenti, deve aversi consapevolezza del fatto che essi potranno funzionare come catalizzatore di emersione di contenzioso, oltre che come regolatore del contenzioso già presente nei tribunali. Discorso delicato è quello del carattere obbligatorio o facoltativo della mediazione/conciliazione. Le attuali tendenze sembrano essere nel senso di ritenere ammissibile il tentativo di conciliazione quale condizione di promuovibilità del contenzioso, generalizzando una sorta di condizionamento della giurisdizione col rischio imminente di violazione dell'art. 24, comma 1, Cost. sul diritto di azione. A tale riguardo è sempre stata verificata la possibilità che "filtri" preventivi all'accesso al giudice possano funzionare da regolatore del contenzioso, spingendo le parti a ricercare una soluzione negoziata in luogo di quella, necessariamente "autoritativa", che discende dal giudizio. L'esperienza ci ha posto di fronte a procedure di conciliazione amministrativa introdotte in settori particolari (in materia tributaria o previdenziale), o anche di temporanei ostacoli alla normale esperibilità della tutela giurisdizionale.

Ma le attuali tendenze legislative sono nel senso di fare sempre più largo ricorso a tentativi "obbligatori" di conciliazione, concepiti come condizione di procedibilità della domanda giudiziale in funzione di deflazione del contenzioso: in materia tributaria, in materia di lavoro; in materia di pubblico impiego "privatizzato"; sistema ripreso, poi, dalla L. n. 249/1997 e successivi provvedimenti collegati in materia di rapporti tra utenti e gestori dei servizi telefonici. La giurisprudenza della C.C. in merito è piuttosto articolata, ma sembra essersi attestata nel modo seguente. Non sono conformi ai canoni costituzionali dell'art. 24 e 113 Cost. i procedimenti preventivi costruiti quali condizioni di *proponibilità* della domanda, perché essi comprimono la garanzia costituzionale dell'azione (ciononostante, in materia agraria il procedimento di conciliazione preventiva è previsto a pena di *proponibilità* della domanda). I procedimenti concepiti invece come condizione di *procedibilità* della domanda giudiziale (cioè di temporanea compressione dell'ordinaria azione) possono essere ritenuti conformi ai canoni costituzionali, sulla base di indici diversi:

a) natura delle parti (P.A. o impresa di pubblico interesse) giacché il

previo esperimento della procedura amministrativa può giustificarsi sul riflesso e della "spontanea" conformazione a legalità, e dell'economicità della fase preventiva che consente di evitare procedure più lunghe e dispendiose;

b) carattere degli accertamenti demandati;

c) esigenza di porre un freno all'eccesso di tutela giurisdizionale «*in vista di un interesse della stessa funzione giurisdizionale*»;

d) opportunità di limitare il previo esperimento di fasi amministrative a settori particolari.

In generale, la Corte ha sempre ribadito che l'assoggettamento dell'azione giudiziaria all'onere del previo esperimento di rimedi amministrativi «è *legittimo soltanto se giustificato da esigenze di ordine generale o da superiori finalità di giustizia, fermo restando che, pur nel concorso di tali circostanze, il legislatore deve contenere l'onere nella misura meno gravosa possibile*»; il legislatore, in altri termini, non deve «rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa».

Dal 1° co. dell'art. 24 Cost. si ricava così che la tutela giurisdizionale dei diritti (e interessi legittimi nei rapporti con la pubblica amministrazione) deve essere liberamente azionabile, e può sopportare limitazioni temporanee soltanto se funzionali ad un interesse di rilievo pubblicistico. Si ricava altresì che è la parte interessata a doversi valere della tutela, nelle forme e nei limiti che giudica opportuni: e conferma di ciò si ricava non solo dall'art. 99 c.p.c., ma soprattutto dall'art. 112 c.p.c., colto nel suo fondamentale significato del divieto della tutela d'ufficio dei diritti delle parti. Insomma, un "rilancio" dell'istituto della conciliazione stragiudiziale potrà portare sia all'emersione di nuovo contenzioso, che per sua natura non sarebbe approdato davanti al giudice; sia al condizionamento dell'accesso al giudice, ed in tal caso occorrerà valutare nel concreto l'impatto della riforma al fine di stabilire se essa sia di effettiva utilità, o rappresenti soltanto un aggravio per chi non potrà che veder risolto dal giudice il suo conflitto civile.

L'augurio è che le nuove norme non siano un percorso ad ostacoli per l'accesso al giudice, ma una risposta "alternativa" che funzioni da razionale regolatore del contenzioso civile, i cui tempi di definizione sono di per sé una negazione dei principi costituzionali sulla "giusta" tutela giurisdizionale.

* *Professore ordinario di Diritto processuale civile - Università LUISS Guido Carli, Roma - Avvocato in Roma*

LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA

Con decorrenza dal 20 marzo 2011 in talune materie è previsto l'obbligo di avviare un tentativo di mediazione prima di agire in giudizio, ed in particolare: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, contratti bancari, contratti finanziari.

Il procedimento di mediazione deve essere avviato presso gli Organismi autorizzati (ovvero il procedimento di conciliazione presso la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, ovvero il procedimento dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario istituito presso la Banca d'Italia).

L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve

essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.

Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

L'obbligo di avviare il procedimento di mediazione in ogni caso non si applica: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 del codice di procedura civile; c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, comma 3, del codice di procedura civile; d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; e) nei procedimenti in camera di consiglio; f) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

a cura di

Marco Marinaro

hanno collaborato

Domenico Borghesi

Bruno Capponi

Sergio Chiarloni

Fabrizio Criscuolo

Francesca Cuomo Ulloa

Mariacarla Giorgetti

Francesco Paolo Luiso

Ilaria Pagni

Angelo Santi

Giovanni Sciancalepore

Pasquale Tarricone

Maria Angela Zumpano