

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la **MEDIAZIONE**

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

Scommessa Giustizia!***Le linee guida del Governo in 12 punti*****I NUMERI della MEDIAZIONE**

Organismi di mediazione	936*
Enti di formazione	390*
Costo mediazione	3,4 %**
Costo giudizio	29,9 %**
Numero mediazioni	41.604***
Procedimento mediazione	82 gg***
Accordi/procedimenti	13,7 %***
Successo al tavolo	42,4 %***
Mancata partecipazione	67,6 %***

(*) Ministero della giustizia (al 05.07.2014 al netto degli organismi ed enti cancellati)

(**) Unioncamere (dati al 30.09.2012)

(***) Ministero della giustizia (dati anno 2013)

La mediazione è un sistema omeostatico del processo civile

di Giuseppe Buffone

*In questo numero anche****la MEDIAZIONE******& il Giudice*** di Cesare Vaccà, Cristina Ceci***& Famiglia*** di Filippo Pagliarulo***& Impresa*** di Guido Cardelli***& Condominio*** di Anna Nicola***& Pubblica Amministrazione*** di Andrea Giordano***& Giurisprudenza******& Libreria******La mediazione: una questione di formazione***

di Maria Martello

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

PERCHÉ È NECESSARIA LA RIVISTA la MEDIAZIONE

1. **Perché** fornisce una completa informazione su tutte le materie che interessano i mediatori, i formatori, gli organismi di mediazione e gli enti di formazione.
2. **Perché** è un prezioso organo di collegamento fra il mercato e la Vostra realtà, fra il diritto e la pratica. Tutte le materie vengono trattate in funzione dei loro aspetti applicativi e delle problematiche che devono essere affrontate quotidianamente. Inoltre il taglio interdisciplinare offre nuovi elementi di informazione e documentazione e apre nuove frontiere di pensiero e di manovra.
3. **Perché** ogni tre mesi pubblica articoli su argomenti economico-aziendali e giuridico-fiscali ed inoltre dà notizia dei più importanti provvedimenti normativi e giurisprudenziali.
4. **Perché** in ogni numero saranno riportati dati sul mercato della mediazione.
5. **Perché** è la prima e unica rivista indipendente del settore.
6. **Perché** è la prima e unica rivista ad avere un comitato scientifico indipendente.

Ed inoltre

7. **Perché** sui numeri della rivista troveranno spazio supplementi di approfondimento sulla mediazione curati da esperti del settore.

Come abbonarsi:

- ▶ Visitando il nostro sito **www.rivistalamediazione.it** e seguendo le indicazioni riportate nella sezione Abbonamenti.
- ▶ Inviando un'e-mail a: abbonamenti@rivistalamediazione.it comunicandoci i Suoi dati (nome, cognome, indirizzo fiscale, luogo di spedizione, codice fiscale e partita iva) ed allegando la ricevuta di pagamento dell'abbonamento.

EDITORIALE di Marco Ceino

3

la MEDIAZIONE News

Convegni/1 - L'ODCEC di Roma si interroga sull'importanza delle competenze relazionali e negoziali per l'esercizio della professione	4
Convegni/2 - Nuova iniziativa sui sistemi ADR	4
Convegni/3 - Consumers' Forum presenta: Il Quinto Rapporto	5
Convegni/4 - Alla LUISS presentato il libro su giustizia e innovazione	5

la MEDIAZIONE & il Giudice

La mediazione è un sistema omeostatico del processo civile di Giuseppe Buffone	6
Primi indirizzi giurisprudenziali sulla mediazione delegata dal giudice di Cesare Vaccà	13
Rito partecipativo di Cristina Ceci	16

la MEDIAZIONE & Formazione

La mediazione: una questione di formazione di Maria Martello	21
--	----

la MEDIAZIONE & Famiglia

Il decalogo del mediatore familiare di Filippo Pagliarulo	25
---	----

la MEDIAZIONE & Impresa

Il procedimento di opposizione amministrativa dei marchi in Italia, Cooling off e Mediazione di Guido Cardelli	27
--	----

la MEDIAZIONE & Condominio

La mediazione condominiale nel 2014 di Anna Nicola	31
--	----

la MEDIAZIONE & Pubblica Amministrazione

La Mediazione nelle controversie con la P.A. (parte seconda di 2) di Andrea Giordano	36
--	----

la MEDIAZIONE & Giurisprudenza

Ordinanza del giudice Massimo Moriconi - Conciliazione endoprocedurale ex art. 185 bis c.p.c., proposta del giudice ed a seguire mediazione demandata	51
---	----

la MEDIAZIONE & Libreria

M. Martello. <i>La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni.</i>	53
ISDACI (a cura di). <i>La mediazione nelle controversie condominiali.</i>	55
ISDACI (a cura di). <i>La mediazione nelle successioni ereditarie e nelle divisioni.</i>	56



Foto di copertina: Giuseppe Marsoner

DIRETTORE RESPONSABILE

Dott. Marco Ceino
direttore@rivistalamediazione.it

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppe Buffone, *magistrato*
Monica De Rita, *Camera Arbitrale di Roma*

Piero Sandulli, *avvocato, docente di Diritto di procedura civile presso l'Università degli Studi di Teramo*

Giuseppe Tinelli, *avvocato, ordinario di Diritto Tributario presso l'Università degli Studi di Roma Tre*

Giancarlo Triscari, *magistrato*

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Roberto R. Addamo, Giuseppe Buffone, Guido Cardelli, Cristina Ceci, Andrea Giordano, Giuseppe Marsoner, Maria Martello, Anna Nicola, Filippo Pagliarulo, Cesare Vaccà

REDAZIONE

Via Dardanelli, 33
00195 Roma

Copyright © 2014

Lombardo Editore

www.lombardoeditore.it
infolombardo@lombardoeditore.it

Proprietà della testata: Marco Ceino

Riservati tutti i diritti. Testi e immagini: vietata la riproduzione, anche parziale
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 319/2012, 7.12.2012

Stampa: Tipografia **L'Artistica** Pg

Scommessa Giustizia!
Le linee guida in 12 punti

- 1) Giustizia civile: riduzione dei tempi (un anno il primo grado di giudizio).
- 2) Giustizia civile: dimezzamento dell'arretrato.
- 3) Corsia preferenziale per le imprese e le famiglie.
- 4) Csm: più carriera per merito e non grazie alla 'appartenenza'.
- 5) Csm: chi giudica non nomina, chi nomina non giudica.
- 6) Responsabilità civile dei magistrati sul modello europeo.
- 7) Riforma del disciplinare delle magistrature speciali (amministrativa e contabile).
- 8) Norme contro la criminalità economica (falso in bilancio, auto riciclaggio).
- 9) Accelerazione del processo penale e riforma della prescrizione.
- 10) Intercettazioni (diritto all'informazione e tutela della privacy).
- 11) Informatizzazione integrale del sistema giudiziario.
- 12) Riqualificazione del personale amministrativo.

Per partecipare alla consultazione, scrivere a: rivoluzione@governo.it

EDITORIALE

rivoluzione@governo.it: addio mediazione volontaria

- la negoziazione assistita: e i Dottori Commercialisti e Esperti Contabili?

La sentenza nel processo civile di primo grado entro un anno e nuove forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie sono previsioni contenute nelle linee guida in 12 punti che il Consiglio dei Ministri del 30 giugno ha indicato in materia di giustizia.

Un processo civile celere rappresenta un traguardo di rilevanza sociale e competitiva per il Paese. Oggi, invece, i tempi della giustizia civile spesso rappresentano un'opportunità per allontanare il momento del riconoscimento dei torti e delle ragioni. Anche al debitore più reticente, in un processo breve, converrà pervenire ad una risoluzione consensuale rispetto alla prospettiva di una condanna veloce che, oltre al pagamento di quanto dovuto, assommerà oneri e spese legali di giudizio.

La domanda di risoluzione stragiudiziale dei conflitti è quindi direttamente proporzionale al grado di efficienza ed efficacia del sistema giustizia.

Il governo vede nella negoziazione assistita un nuovo strumento di risoluzione stragiudiziale dei conflitti complementare alla mediazione civile e commerciale. L'accesso alla mediazione civile e commerciale è consentito a chiunque in forma volontaria, salvo in specifiche materie per le quali è condizione di procedibilità (art. 5 c. 1bis decreto legislativo n. 28/2010 e successive modifiche) o disposta dal giudice (ex art. 5 c.2 stesso decreto). La negoziazione assistita, prevista nelle linee guida, è ipotizzata come condizione di procedibilità, fatto salvo le materie indicate nel disposto dell'art. 5 c. 1bis.

Una previsione del genere precluderà al cittadino di svolgere una mediazione civile e commerciale volontaria e dal 20 settembre 2017 non resterà che la mediazione disposta dal giudice. Ricordiamo la Direttiva n. 52/2008 che prevede all'articolo 1 "la presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario".

Inoltre la riforma dovrà tenere conto di due elementi: primo che la ricerca dell'accordo si tenta con la mediazione quando non si è raggiunto il consenso tra le parti con la negoziazione diretta o indiretta; secondo che una cosa sono le modalità per pervenire ad un accordo, altro è la redazione dell'accordo stesso che costituisce un contratto. Il raggiungimento dell'accordo amichevole è risultato di un professionista specializzato in negoziazione.

Si rileva anche che tra le materie individuate per la negoziazione assistita rientra la materia societaria. Proprio la materia societaria era alla base del decreto legislativo n. 5 del 2003 dove i conciliatori, oltre ai requisiti di una formazione specifica, potevano essere avvocati, dottori commercialisti e ragionieri iscritti al collegio. Pertanto è da ritenere che il professionista che assisterà le parti in negoziatore potrà essere un avvocato o un dottore commercialista e esperto contabile formato alla mediazione.

La negoziazione assistita dovrà pertanto essere integrativa e non complementare alla mediazione civile e commerciale e, più in generale, con il sistema delle ADR, seguendo un filo logico come ad esempio quello del testo che segue:

"Chiunque può attivare una negoziazione assistita per redimere una controversia in materia civile e commerciale inviando una comunicazione scritta ed in data certa ad una o più parti. La negoziazione assistita è il procedimento mediante il quale le parti, assistite da un professionista abilitato (avvocato o dottore commercialista e esperto contabile formato alla mediazione civile e commerciale), svolgono uno o più incontri rivolti alla risoluzione di una controversia. Il verbale di esito negativo della negoziazione assistita (e là dove prevista l'azione di reclamo)¹ sostituisce il primo incontro nel caso sia intrapresa una mediazione ai sensi del dlgs 28/2010. La negoziazione assistita è a titolo oneroso al raggiungimento dell'accordo ed il relativo verbale, con la sottoscrizione degli avvocati o previa omologa del Presidente del Tribunale nel caso di sottoscrizione di mediatori accreditati presso un organismo di mediazione, vale titolo esecutivo".

L'accordo nella negoziazione assistita deve essere, sempre stante al testo del documento governativo, così come nella mediazione civile e commerciale, nell'ambito dei diritti disponibili, non contrario a norme imperative o all'ordine pubblico.

MARCO CEINO

¹ Come previsto ad esempio nel settore bancario.

Convegni/1

L'ODCEC di Roma si interroga sull'importanza delle competenze relazionali e negoziali per l'esercizio della professione

L'ODCEC di Roma, per iniziativa della Commissione Arbitrato e Conciliazione, ha recentemente avviato, attraverso un questionario di approfondimento, una "indagine" al fine di acquisire informazioni sulle aree e sugli ambiti di operatività del dottore commercialista ove si utilizzano, o ben si prestano ad essere utilizzati, strumenti negoziali e di ADR per la composizione e gestione di situazioni di conflittualità o di criticità.

Il "Progetto interCommissioni", unico nella sua specie nelle esperienze degli Ordini professionali italiani, arriva in un momento di profondi cambiamenti per il mondo delle professioni in Italia. In questi ultimi anni, infatti, il contesto socio-economico è notevolmente mutato; sono cambiate di conseguenza le esigenze della committenza e il rapporto professionale, nonché talvolta il ruolo e la funzione del dottore commercialista. In un simile contesto, il Legislatore, con la specifica finalità deflattiva del contenzioso, ha voluto privilegiare, per la gestione delle situazioni conflittuali, strumenti di gestione di natura pret-

tamente negoziale attraverso procedimenti partecipativi improntati all'autodeterminazione delle parti coinvolte. Questo nuovo approccio si può riscontrare nei molteplici ambiti professionali del dottore commercialista: nel settore civile, commerciale, giudiziale, tributario, a cui, viene attribuito, in molti casi, uno specifico ruolo, talvolta innovativo, riconoscendogli una funzione di primo piano; come mediatore, arbitro, consulente ad ampio raggio nella gestione delle crisi d'impresa, nelle procedure da sovraindebitamento (vedi gli organismi di composizione delle crisi), nel contenzioso tributario, etc.

I procedimenti partecipativi e le capacità relazionali e negoziali assumono quindi un ruolo sempre più rilevante e centrale nella vita di un professionista; ciò ha inevitabilmente comportato anche un mutamento nei bisogni e nelle esigenze formative dello stesso.

Di ciò se ne ha conferma proprio dai risultati del "Progetto interCommissioni", recentemente presentati al convegno del 26 maggio.

Dai riscontri recepiti dai dottori commercialisti che hanno aderito

all'iniziativa, si evidenziano aspetti estremamente interessanti: preziosi elementi di studio, di analisi, e di ricerca di nuove opportunità professionali, in particolare:

- la tendenza, ad operare attraverso approcci negoziali che consentano alle parti coinvolte di trovare, per quanto possibile, un accordo soddisfacente ai loro interessi;
- l'esigenza e la necessità di potenziare le capacità professionali affiancando alle competenze "tecniche" quelle "non puramente tecniche" (trasversali), che entrerebbero così a far parte del bagaglio formativo del professionista.

Queste evidenze porteranno sicuramente a riflessioni operative sul ruolo e sulla funzione del "professionista del terzo millennio", consentendo alla Categoria di operare un vero e proprio "cambio di pelle". Tale evoluzione sarà un valore aggiunto alla Sue competenze professionali nei processi partecipativi, decisionali e di controllo all'interno della società civile.

Giuseppe Marsoner

Convegni/2

Nuova iniziativa sui sistemi ADR

Il 27 maggio scorso si è svolta, presso la Nuova Auletta dei Gruppi Parlamentari della Camera dei Deputati, l'inaugurazione dell'Osservatorio sull'uso dei sistemi ADR, presieduta dal Prof. Piero Sandulli. L'Osservatorio sull'uso dei sistemi ADR è fondazione di diritto pubblico, costituita dall'Università di Cassino e del Lazio Meridionale, dalla Provincia di Caserta, dal Comune di Lecce, dal Comune di Procida, dall'Associazione degli Avvocati Europei, da "La Casa del consumatore" della Regione Campania. Alla ma-

nifestazione hanno partecipato il dott. Mario Bresciano, Presidente del Tribunale di Roma.

Riportiamo uno stralcio dell'intervento della dott.ssa Francesca Tempesta ad apertura dei lavori.

"È dal 1999 che il Consiglio Europeo ha invitato gli Stati a porre un freno alla degenerazione delle micro e macro conflittualità, che incidono negativamente sul PIL, attraverso l'istituzione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

Nel 2002 con un *Libro verde* ad hoc, il Consiglio Europeo av-

viava le consultazioni sulle possibili misure da adottare per promuovere l'utilizzo di tali metodi e il 21 maggio 2008 il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione Europea, con la direttiva 2008/52/CE, promuovevano, per la diffusione delle mediazione civile e commerciale, il "ricorso a soluzioni basate sul mercato", incoraggiando gli Stati membri, "in qualsiasi modo", "a fornire informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione" oltre ad aprire le

porte all'utilizzo della mediazione obbligatoria.

È, quindi, storia recente, l'introduzione, in Italia, sia del D.Lgs. nr. 28 del 4 marzo 2010 sia del Decreto Legge nr. 69 del 21 giugno 2013, che hanno introdotto e disciplinato l'istituto della mediazione, della sperimentazione dell'obbligatorietà per quattro anni, e del suo monitoraggio per due anni. "In tale contesto i fondatori dell'Osservatorio sull'uso dei sistemi ADR intendono monitorare i risultati dei sistemi ADR e della sperimentazione obbligatoria della mediazione; diffondere la cultura dei sistemi ADR e svolgere attività di studio e di ricerca scientifica. Inoltre è prerogativa della Fondazione promuovere un Consiglio Superiore della Conciliazione e un registro dei mediatori/conciliatori.

Sempre per la Tempesta, rilevata la necessità di un'armonizzazione della normativa sui sistemi ADR, tra gli stati membri dell'Unione Europea, auspica l'Istituzione di un Osservatorio in ognuno degli Stati Europei.

Al fine di promuovere la mediazione e favorire l'incontro tra i cittadini ed i mediatori e/o gli Organismi di Mediazione l'Osservatorio promuove inoltre il progetto denominato "SOS MEDIA". Un servizio completamente gratuito per i cittadini che consentirà di fornire informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione.

Convegni/3

Consumers' Forum presenta: Il Quinto Rapporto

Il V Rapporto sulle Conciliazioni Paritetiche, quest'anno completato anche con alcune riflessioni sulla mediazione civile e sulle azioni inibitorie e presentato da Consumers' Forum il 5 giugno al CNEL, ha dimostrato il successo di questa buona prassi italiana, riconosciuta anche a livello europeo.

L'edizione 2014 del Rapporto ha evidenziato che nel corso del 2013 in tutti i principali settori, sono state svolte procedure di conciliazione paritetica, per un totale di 18.395, in aumento rispetto al 2012 e al 2011. Un incremento forte nonostante lo sviluppo delle conciliazioni presso i Comitati regionali per le comunicazioni (Co.re.com) e l'avvio, per il settore energia, della conciliazione obbligatoria presso l'Acquirente Unico. I risultati sono stati ottimi, considerato che la media di successo, parziale o totale, è superiore all'80% con punte intorno al 95%. Se possibile, ancora più importante, è l'aumento delle imprese che hanno sottoscritto protocolli conciliativi con le associazioni dei consumatori, con un trend simile nei primi mesi del 2014.

Resta l'incognita sul futuro di questa preziosa esperienza. A fronte della Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie (da recepire entro il 9 luglio 2015) che pone limiti alla procedura di Conciliazione, le posizioni di istituzioni, imprese e

associazioni dei consumatori non sono del tutto uguali. Da un lato, chi si è già, di fatto, adattato al "nuovo", come ad esempio l'Auto-rità per l'energia elettrica il gas e il servizio idrico, con la creazione di uno specifico organismo presso l'Acquirente unico, dall'altro chi, invece, vuole difendere la struttura procedurale utilizzata sino a oggi.

L'aspetto fondamentale non è però nelle diverse interpretazioni della normativa, ma nell'univoca volontà di non disperdere il patrimonio che da oltre venti anni consente nel nostro Paese una forma innovativa, specifica e di successo, di risoluzione stragiudiziale delle controversie. È quindi necessario trovare un momento di sintesi delle varie posizioni per riprendere il percorso affinché la Conciliazione Paritetica continui a essere un patrimonio comune per imprese e consumatori, passando dall'essere una best practice ad essere a tutti gli effetti norma, in Italia ed anche nel resto d'Europa.

In questo Consumers' Forum, forte anche dell'esperienza che ha ormai da anni in tema di formazione per i conciliatori delle associazioni dei consumatori e delle imprese, può essere il luogo preferenziale in cui, come già sta avvenendo, si elabori una proposta unitaria da presentare al Governo e al Parlamento.

Fabio Picciolini

Convegni/4

Alla LUISS presentato il libro su giustizia e innovazione

Il libro *Giustizia, territori e governo dell'innovazione* (ed. Carocci), a firma di C. Castelli, P. Liccardo, D. Piana, L. Verzelli e G. Melillo, il magistrato che attualmente Capo di Gabinetto del dicastero di via Arenula, è stato presentato presso l'Aula Nocco del Dipartimento di giurisprudenza della LUISS Guido Carli. Alla presentazione del volume hanno partecipato P. Severino (Pro-rettore della LUISS e già ministro della giustizia), E. Lupo (Cons. Pres. della Repubbli-

ca e già Primo Presidente di Cassazione), R. Sabelli (Pres. ANM), C. Guarnieri (Univ. Bologna) e ha moderato D. Stasio (Il Sole 24ore). Il volume nasce da un'esperienza di dialogo fra uffici giudiziari, istituzioni locali e università. Il tema centrale è il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia. Fatti, dati di ricerca e analisi comparate delle modalità con cui i territori e gli uffici giudiziari si sono fatti promotori d'innovazione, miglioramento delle performance,

trasparenza e affidabilità dell'amministrazione giudiziaria, è la fotografia chiara e documentata che viene offerta al lettore. Tali temi erano stati affrontati al convegno tenutosi a Bologna dal tema *L'innovazione come governante* dove furono affrontati in tavole rotonde tre temi: il rapporto fra giustizia ed economia, il governo del cambiamento e la domanda e l'offerta di giustizia dove emerse che in Italia *la domanda di giustizia risulta territorialmente differenziata*.

La mediazione è un sistema omeostatico del processo civile*

1. PERCHÉ (promuovere e utilizzare) la mediazione: la mediazione come sistema omeostatico del processo civile

[1.1.]. Come noto, sovente i processualisti paragonano il processo civile a un organismo vivente: ebbene, proprio come un organismo biologico, anche il procedimento civile – per la sopravvivenza – abbisogna di un efficace sistema omeostatico e, cioè, di un meccanismo che gli consenta di adeguarsi alle variazioni in atto, garantendo un certo grado di adattabilità in ragione della interazione dinamica con l'ambiente esterno. Ma di che «ambiente esterno» stiamo parlando? È noto che, nel sistema «Giustizia» italiano, un processo è concluso in termini ragionevoli se il primo grado è definito in tre anni, il secondo grado in due anni e il giudizio di legittimità in un anno¹. Se gli uffici giudiziari non riescono a rispettare questi tempi, alla parte coinvolta nel processo (non importa se ha vinto o perso la causa e non importa se si sia costituita o sia rimasta contumace²) spetta una indennizzo (*risarcimento*?³) che eroga lo Stato, pari ad

una somma compresa tra 500 e 1.500 euro per ciascun anno che eccede il termine di ragionevole durata del processo (art. 2-bis, l. 89/2001). La somma dei debiti accumulati dallo Stato, per il danno arrecato agli utenti del Servizio Pubblico di Giustizia, in virtù di processi di durata non ragionevole, è stata, nel 2013 (sino a settembre), di circa 340 milioni di euro (nota Ministero della Giustizia dell'11 luglio 2013 e nota successiva del 17 settembre 2013⁴). Risulta, però, che già ad ottobre 2013 il debito fosse di 387 milioni di euro⁵. Con l'anno 2013, per la prima volta, la Legge di bilancio ha dunque stabilito a favore della Giustizia una assegnazione di fondi sul capitolo 1264, di 50 milioni di euro, in quantità, dunque, ancora del tutto insufficiente rispetto all'entità del debito. Al contempo, il Legislatore ha riformato il sistema di liquidazione degli indennizzi (con la l. 7 agosto 2012 n. 134) in quanto anche i processi instaurati per ottenere l'indennizzo ex lege 89/2001, sovente superano il termine di ragionevole durata (e, quindi, nasce il diritto ad una nuova e ulteriore indennità). Ritardi si registrano anche nella fase esecutiva – e cioè dopo che il decreto di pagamento è stato emesso ed è divenuto esecutivo in modo irretrattabile: tant'è che le Sezioni Unite sono dovute intervenire per confermare la spettanza di un ulteriore autonomo indennizzo, seppur da dover richiedere con ricorso diretto alla CEDU e non con le forme e i termini previsti dalla l. 89 del 2001⁶. Peraltro, per effetto

¹ Questi termini – introdotti formalmente nella l. 89/2001 (art. 2 comma II-bis), dal d.l. 22 giugno 2012 n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012 n. 134 – recepiscono le indicazioni della Corte EDU. La Corte Europea dei diritti dell'uomo (cfr. in particolare le pronunce sul ricorso n. 62361/00, proposto da Pizzati c. Italia e sul ricorso n. 64897/01 proposto da Z. c. Italia), ai cui principi il giudice nazionale deve uniformarsi nella determinazione della durata ragionevole del procedimento, ha, infatti, in linea di massima stimato tale durata in anni tre (3) per quanto riguarda il giudizio di primo grado ed in anni due (2) per quanto riguarda il giudizio di secondo grado (cfr. Cassazione civile, sez. I, 3 aprile 2008, n. 8521).

² Cass. Civ., SS.UU., sentenza 14 gennaio 2014 n. 585, (Pres. Rovelli, Est. Bucciante): *L'indennizzo per violazione della durata ragionevole del processo, previsto dall'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89 compete anche a chi non si è costituito (o per il tempo in cui non si è costituito), poiché comunque "il contumace è parte del giudizio"*.

³ Per un certo indirizzo, l'indennizzo si configura come riparazione risarcitoria; per altra lettura, come obbligazione ex lege ai sensi dell'art. 1173 c.c., (nei due sensi cfr. da ultimo, per la responsabilità aquiliana, Cass. 20 gennaio 2010 n. 1101 e per la obbligazione ex lege Cass. 25 novembre 2011 n. 24962).

* Tratto dalla relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura, a Firenze (Scandicci), in data 8 aprile 2014.

⁴ Ministero della Giustizia. Nota 17 settembre 2013 - Legge 89/2001. Pagamento da parte del Ministero della giustizia degli indennizzi (che supera la precedente nota dell'11 luglio 2013).

⁵ V. relazione Doc. CCXI, n. 1, Parlamento.

⁶ Cass. Civ., SS.UU., sentenza 19 marzo 2014 n. 6312, (Pres. Adamo, rel. Di Palma): *in tema di equa riparazione per violazione della durata ragionevole del processo, in caso di ritardo della P.A. nel pagamento delle somme riconosciute in un decreto "Pinto" esecutivo, l'interessato ha diritto – sia che abbia esperito azione esecutiva per il conseguimento delle somme riconosciutegli sia che si sia limitato ad "attendere" l'adempimento dell'Amministrazione – ad un autonomo indennizzo per il ritardo nel soddisfacimento della sua pretesa, che, tuttavia, può essere fatto valere solo con il ricorso diretto alla CEDU e non con le forme e i termini previsti dalla legge n. 89 del 2001. Le Sezioni Unite, in tempi recenti,*

dell'alluvione di procedimenti *ex lege* Pinto, sin dal 2005, in un'ottica di decentramento e decongestione delle procedure di pagamento, il Capo Dipartimento ha ritenuto opportuno delegare i Presidenti delle Corti di appello al pagamento degli indennizzi e delle relative spese di lite riconosciuti dalle A.G. Ciò nonostante, il contenzioso ha prodotto comunque contenzioso. Al 30 settembre 2013, risultavano emesse a carico del Ministero ben 987 sentenze di ottemperanza per mancato pagamento delle condanne Pinto, di cui 405 eseguite da parte della Direzione generale e 187 eseguite dai commissari *ad acta* per mancanza di personale da parte della Direzione generale. Sul fronte dei pignoramenti è dovuto intervenire nuovamente il Legislatore, con la norma contenuta nel d.l. 8 aprile 2013 n. 35, conv. nella legge 6 giugno 2013, n. 64⁷. In questo quadro problematico, si iscrivono anche circa 1000 ricorsi proposti alla Corte EDU per lamentare il pagamento ritardato degli indennizzi da parte della Giustizia. Dalla lettura di questi dati emerge un massiccio impiego di risorse economiche, umane, giudiziarie. Già solo nel brevissimo arco di tempo di tre mesi, si contano ben quattro Sezioni Unite (19 marzo 2014, 12 marzo 2014, 25 febbraio 2014 n. 4439; 14 gennaio 2014) e 4 Sezioni semplici (2 gennaio 2014, 11 febbraio 2014, 13 febbraio 2014, 19 febbraio 2014) intervenute a destinare il proprio lavoro alla materia dei ritardi giudiziari; e nel breve arco di tempo di appena 1 anno, si contano addirittura due interventi Legislativi (legge 6 giugno 2013, n. 64 e decreto legge 22 giugno 2012 n. 83). Il dispendio di denaro pubblico non necessita di aggettivazioni: quasi 400 milioni di euro a chiusura dell'anno 2013. E si tratta di un dato destinato a crescere. Nell'anno 2011, gli oneri per la finanza pubblica sono stati di oltre 200 milioni di euro⁸. A distanza di due anni, il dato è cresciuto di quasi 200 milioni di euro. La situazione, inoltre, potrebbe persino peggiorare. Ai sensi dell'art. 3 comma 7 della l. 89/2001, «l'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avviene

nei limiti delle risorse disponibili»: questa norma, però, è stata giudicata sospettabile di incostituzionalità dal Consiglio di Stato che, di recente, ha chiesto la pronuncia della Corte delle Leggi⁹. Ipotizzando una costante di incremento pari a quella registrata negli anni 2011-2013, nel 2020 potrebbe essere raggiunto un debito di 1 miliardo di euro. A questi costi non si senta estraneo «chi non litiga»: quelli che scelgono di attivare il sistema pubblico di risoluzione delle controversie «pagano con il contributo unificato solo il 10% di quello che lo Stato spende per offrire quel servizio. Il 90% delle spese di giustizia viene cioè messo a carico di tutti gli altri»¹⁰.

[1.2.]. In un quadro del genere, non può essere seriamente messa in dubbio la opportunità (*rectius*: assoluta necessità) di «sfoltire» il carico giudiziario e allora ben si comprende l'importanza di sistemi omeostatici efficaci. Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie si inscrivono nell'ambito dei sistemi *de quibus*: in primis la mediazione. Ecco, allora, quanto è importante il ruolo del giudice civile che, mediante il potere di *governance* giudiziale, può ridurre il peso del proprio carico giudiziario favorendo, per talune controversie, una definizione (totale o almeno parziale) per via transattiva o conciliativa. Questo sistema di «switch» procedimentale, in cui il giudice devia taluni procedimenti verso la mediazione, è noto ormai in diversi Stati europei: si tratta dell'istituto della *Court Annexed Mediation*, in cui la volontà delle parti in lite di rivolgersi al mediatore si forma dopo che il procedimento giurisdizionale è stato attivato, in conseguenza del sollecito del magistrato che formula una sorta di «giudizio di mediabilità» della lite e «dispone» l'esperimento di un tentativo di conciliazione. Il provvedimento giudiziale che fa da tramite fra processo e mediazione è espressione dell'atteggiamento del giudice di protezione dell'interesse comune delle

si sono occupate di Legge Pinto anche con la sentenza 12 marzo 2014 n. 5700 (Pres. Santacroce, rel. San Giorgio), in materia di perentorietà (esclusa) del termine per la notifica del ricorso ex l. 89/01.

⁷ L'art. 6, comma VI, del D.L. 8 aprile 2013, n. 35, convertito con modificazioni nella L. 6 giugno 2013, n. 64, ha introdotto l'art. 5-quinquies nella l. 89/2001.

⁸ V. lavori parlamentari e relazione illustrativa delle misure urgenti per la Giustizia Civile introdotte dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (misure urgenti per la crescita del Paese), conv. in l. 7 agosto 2012 n. 134.

⁹ Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 17 febbraio 2014 n. 754 - Pres. Branca, est. Greco: è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 117 Cost., dell'art. 3, comma 7, della legge 24 marzo 2001, nr. 89. In Dottrina, su questo tema: v. DIDONE, *L'indennizzo ai sensi della legge Pinto e i limiti di stanziamento in bilancio* in *Giur. It.*, 2004, 25; MARTINO, *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2001, n. 89)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 1079 e seg. Gli Autori si pronunciano per la incostituzionalità della norma.

¹⁰ DE PALO G., *Impugno, ergo sum...e io pago*, in *Mondoadr.it*, 2014, febbraio.

parti, messo in ombra dallo scontro dei singoli e contrapposti interessi egoistici: l'interesse condiviso alla composizione bonaria del conflitto. L'intervento del giudice è allora un richiamo alle parti affinché il "litigare" non diventi il motivo del processo facendo loro dimenticare gli specifici interessi che le hanno spinte a confrontarsi nel conflitto, al di là delle formali posizioni di attore e convenuto. Sussunta sotto la volta dei principi sin qui illustrati, la mediazione disposta su provvedimento giudiziale ben può essere giudicata anche come espressione del diritto del destinatario del Servizio Pubblico di Giustizia a potere beneficiare della procedura di risoluzione amichevole della lite. L'istituto, cioè, riconosce il diritto del litigante alla possibilità di sperimentare il tentativo di mediazione e, nel riconoscere questa situazione giuridica soggettiva¹¹, conferisce al giudice il potere di farsi veicolo per valorizzare e sfruttare la potenzialità di composizione bonaria della vertenza. Spesso, infatti, si omette di considerare che, nella maggior parte dei casi, è il contenzioso ad essere malato, perché il conflitto, in sé, è sano. Allora, la soluzione della controversia può essere raggiunta con l'uscita dal processo, dove il rapporto tra le parti è aggredito dalla patologia. Entro queste cornici interpretative, la mediazione è, da un lato, strumento deflattivo; dall'altro, strumento rimediale. La mediazione aiutando la parte aiuta anche il processo. Un istituto, allora, anfibologico: nell'interesse pubblico, il carico giudiziario si riduce; nell'interesse del singolo litigante, viene mostrata una strada nuova e diversa dal litigio giudiziario, in cui si prende di mira l'obiettivo di risolvere il conflitto (piuttosto che chiudere *tout court* il processo). Se la mediazione è questo, il giudice, allora – prendendone atto – deve diligentemente metterla in moto nel suo circuito giudiziario. E ciò – si badi – nell'esercizio dei poteri che *ex lege* gli spettano: il magistrato, infatti, come noto, gode di specifiche facoltà organizzative e gestionali del processo che gli derivano direttamente da quel generale potere di governance giudiziale attribuito dagli artt. 127 e 175 c.p.c. Queste norme, sostanzialmente, invitano il giudice a prevenire, evitare o, altrimenti,

sanzionare quei comportamenti che si rivelino di ostacolo o intralcio al rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo¹².

2. COME (utilizzare) la mediazione: la mediazione *ex officio*

[2.1.]. "In principio", era la mediazione «su invito del giudice»; anche, *in itinere* (dopo Corte Cost. 272/2012), era la mediazione su impulso giudiziale. Così, oggi, non è più. L'istituto della mediazione "delegata" dal giudice ha trovato, originariamente, soggiorno nell'art. 5 comma II del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28: «il giudice, anche in sede di giudizio di appello (...) può invitare le parti a procedere alla mediazione». La previsione normativa è rimasta indenne dalla falcidia della pronuncia della Corte Costituzionale n. 272 del 27 novembre 2012 che, come noto, ha espunto dall'Ordinamento la mediazione cd. obbligatoria per eccesso di delega legislativa. La mediazione tipizzata nella formulazione originaria del dlgs 28/2010 introduceva il potere del giudice di invitare le parti a rivolgersi ad un organismo di mediazione, lasciandole libere di scegliere se aderire o meno al sollecito giudiziale e, in caso di rifiuto, lasciandole indenni da effetti di sfavore nel processo (artt. 88, 106 c.c.), salvo il caso del comportamento in mala fede (per cui, eventualmente, ammesse sanzioni ex art. 96 c.p.c.).

La legge 9 agosto 2013 n. 98 (di conversione del d.l. 21 giugno 2013 n. 69), riscrivendo parzialmente il tessuto normativo del d.lgs. 28/2010, ha modificato il «DNA» dell'istituto, procedendo ad una ricombinazione genetica. Espungendo le coordinate normative che conducevano alla mediazione su mero invito del giudice, la Novella ha previsto la possibilità per il giudice (anche di appello) di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione (cd. mediazione *ex officio*). Si tratta di un addentellato normativo che iscrive, in seno ai poteri discrezionali del magistrato, una nuova facoltà squisitamente processuale: trattasi, conseguentemente, di una norma applicabile ai procedimenti pendenti¹³. Peraltro, il fascio applicativo della previsione

¹¹ Sia consentito richiamare Trib. Varese, 14 dicembre 2012 in cui si discorre espressamente di «Diritto alla mediazione» per evitare di relegare l'istituto nell'ambito delle mere misure processuali ancillari all'esigenza di deflazione del contenzioso. La mediazione non è solo questo; anzi, in realtà, è tutt'altro. E, però, mentre si realizza il «tutt'altro», si raggiunge anche l'obiettivo di ridurre i carichi giudiziari.

¹² Cass. civ., Sez. Unite, 3 novembre 2008, n. 26373 in *Mass. Giur. It.*, 2008. Sul tema, v. PORRECA, *Lealtà processuale, responsabilità per le spese e soccombenza in Rassegna della giurisprudenza di legittimità del 2011* a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.

¹³ Sia consentito citare: Trib. Milano, sez. IX, ordinanza 29 ottobre 2013 in *Giur. Italiana*, 2014, 1; v. pure, Trib. Milano, sez. Impresa, ordinanza 11 novembre 2013 (Pres. est., E. Riva Crugnola) in *www.ilcaso.it*

in esame prescinde dalla natura della controversia (e, cioè, dall'elenco delle materie sottoposte alla cd. mediazione obbligatoria: art. 5 comma I-bis, d.lgs. 28/2010) e, per l'effetto, può ricadere anche su un controversia non inclusa nel catalogo di quelle sottomesse *ex lege* alla mediazione cd. obbligatoria. La "nuova" «mediazione mediata dal giudice» costituisce una forma di mediazione obbligatoria in cui la fonte del procedimento mediativo non è la Legge ma il provvedimento del giudice. La mediazione delegata dal magistrato è stata qualificata in termini di mediazione obbligatoria anche dalla prima circolare interpretativa del Ministero della Giustizia¹⁴. Se, dunque, la precedente mediazione su invito del giudice era da inquadrare nell'ambito della mediazione volontaria, la mediazione *ex officio* va inquadrata nell'ambito della mediazione obbligatoria: mediazione obbligatoria che, peraltro, non è sottoposta al termine di scadenza di quattro anni istituito dalla riforma (l. 98/2013; v. art. 5, comma I-bis). Che si tratti di una mediazione decisa dal giudicante, si ricava anche dall'art. 17 d.lgs. 28/2010 in cui la norma discorre di mediazione «prescritta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2». Avendo la mediazione disposta dal giudice natura obbligatoria, anche a essa è applicabile la riduzione dell'importo massimo del compenso (e i divieti di aumenti del compenso), esattamente nei termini di cui all'art. 16 comma 4 lett. d) del D.M. 180/2010, ovvero negli stessi termini dell'analoga previsione già esistente per l'ipotesi di mediazione obbligatoria *ex lege* di cui all'art. 5 comma 1 (ora reintrodotta all'art. 5 comma 1 bis)¹⁵. In caso di mediazione *ex officio*, l'esperimento del procedimento di mediazione diventa condizione di procedibilità della domanda giudiziale e, quindi, successivamente al provvedimento che dispone la mediazione, alla prima udienza utile, il giudice potrà verificare che la condizione sopravvenuta si sia avverata e, in difetto, potrà definire il processo dichiarata la improcedibilità della domanda (pronuncia che avendo caratte-

re decisorio va emessa nel provvedimento conclusivo della lite: ad es. la sentenza).

[2.2.]. Sulla scorta del nuovo riferimento normativo, *"il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello"*. Il provvedimento è adottato *"prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa"*. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 (tre mesi) e, *"quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione"*. Anche per le mediazioni attivate su disposizione del giudice, è vincolante la previsione di cui al novellato art. 4 comma III d.lgs. 28/2010: la domanda di mediazione, pertanto, va presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. La domanda introduttiva del procedimento mediativo può essere presentata sia presso la sede principale che presso la sede secondaria dell'organismo, purché si trovi nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia pendente¹⁶. Trattandosi di norme legate alla mera competenza territoriale, le parti possono porvi deroga¹⁷ rivolgendosi, con domanda congiunta, ad altro organismo scelto di comune accordo. È anche possibile un accordo implicito: come accadrà dove il convenuto si "costituisca" nel procedimento di mediazione, dinanzi all'organismo incompetente adito dall'attore, accettando la procedura senza sollevare eccezioni. In questi casi, però, sarebbe bene che il me-

¹⁴ V. Min. Giustizia, circolare 27 novembre 2013 cit. - Entrata in vigore dell'art. 84 del d.l. 69/2013 come convertito dalla l. 98/2013 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, che modifica il d.lgs. 28/2010. Primi chiarimenti.

¹⁵ Min. Giustizia, circ. 27 novembre 2013 cit.: "la previsione di cui all'art. 16 comma 4 lett. d) del D.M. 180/2010 è da applicarsi anche alle ipotesi di mediazione obbligatoria disposta dal giudice (art. 5 comma 2 D. Lgs. 28/2010)".

¹⁶ V. Min. Giustizia, circolare 27 novembre 2013 cit. Ai fini della esatta individuazione della sede principale o della sede secondaria è condizione necessaria che queste ultime siano state regolarmente comunicate al Ministero vigilante mediante la compilazione e trasmissione della modulistica al tal uopo predisposta dalla amministrazione e visibile sul sito www.giustizia.it

¹⁷ Opinione espressa anche dalla Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione, del Consiglio Nazionale Forense (2013): "tutte le volte in cui l'ordinamento processuale consente alle parti di derogare alla competenza territoriale dell'autorità giudiziaria non v'è motivo per negare che esse possano farlo anche con riferimento alla competenza territoriale degli organismi di mediazione".

diatore desse atto di avere sentito le parti sulla *quaestio juris* della competenza e desse pure atto del fatto che le stesse hanno accettato il tavolo mediativo. La domanda di mediazione presentata unilateralmente dinanzi all'organismo che non ha competenza territoriale non produce effetti, fuori dai casi sopra indicati.

[2.3.]. Nella mediazione delegata – trattandosi di una ipotesi di mediazione obbligatoria – è necessaria l'assistenza legale¹⁸, imponendolo l'art. 8 comma I (*"fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"*), in linea con la previsione generale contenuta nell'art. 5 comma 1-bis in cui è espressamente indicato che la parte debba partecipare alla mediazione «assistito da un avvocato». L'assunto non è smentito dall'art. 12 del dlgs. 28/2010, in cui è previsto 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 (...)*». L'inciso non vuole legittimare un procedimento "senza avvocato" ma precisare che l'assistenza legale necessaria è condicio sine qua non per l'efficacia dell'accordo¹⁹.

[2.4.]. Nel procedimento di mediazione delegata, il giudice può rimettere ogni controversia che abbia ad oggetto *diritti disponibili*. Va precisato che la causa è nella disponibilità delle parti anche quando riguardi situazioni giuridiche soggettive indisponibili, allorché oggetto del processo non sia l'*an* del Diritto ma la riparazione monetaria di natura patrimoniale che consegue alla violazione dello stesso²⁰. È chiaro, dunque, come

¹⁸ V. Min. Giustizia, circolare 27 novembre 2013 cit.: che l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria nelle ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria, ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5 comma 2. Della stessa opinione anche dalla Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione, del Consiglio Nazionale Forense (cit.).

¹⁹ Sia consentito richiamare: BUFFONE, *Processo civile: le novità dopo il "Decreto Sviluppo"*, Milano, 2013, 47. Si reputa che l'obbligo della difesa legale sussista anche per la mediazione cd. facoltativa, anche se sul punto si registra polifonia interpretativa. Secondo il Ministero (circ. cit.), l'assistenza legale non è necessaria alla mediazione volontaria; secondo il CNF (cit.), invece, sì.

²⁰ È quanto ha precisato, in tempi recenti, la Suprema Corte in tema di Legge cd. Pinto. «Il diritto al processo giusto e di durata ragionevole è indisponibile e, come tale, non è soggetto a conciliazione; esso è però sicuramente diverso da quello alla riparazione monetaria di natura patrimoniale della sua violazione di certo disponibile» (Cass. Civ., SS.UU., sentenza 22 luglio 2013 n. 17781, Pres. Trifone, rel. Forte).

il fascio applicativo dell'istituto sia ampio e, soprattutto, come esso certamente includa le controversie in cui il giudice sia chiamato a monetizzare la lesione arrecata a un diritto della persona. Non è ostativo al procedimento mediativo il fatto che una delle parti del processo sia una Amministrazione Pubblica. Nelle fonti normative non si rinvencono disposizioni che escludono le pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione della disciplina introdotta. Pertanto la normativa in materia di mediazione in ambito civile e commerciale trova applicazione anche in riferimento al settore pubblico, come pure ha ritenuto espressamente il Dipartimento della funzione pubblica, con la sua circolare n. 9/2012²¹. Non è ostativo al procedimento di mediazione, nemmeno il fatto che una delle parti sia sottoposta a una misura di protezione (es. interdizione o amministrazione di sostegno): in questo caso, però, in ragione delle eventuali limitazioni previsti nel decreto di amministrazione o di quelle discendenti dalla sentenza di interdizione, occorrerà, per l'eventuale conciliazione/transazione, esplicita autorizzazione dell'Autorità giudiziaria competente (Tribunale, giudice tutelare)²².

[2.5.]. Nel procedimento di mediazione delegata, il giudice "dispone" il procedimento di mediazione: in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello (art. 5, comma II, d.lgs. 28/2010). Sussistono, tuttavia, due diverse letture interpretative di questa norma. Secondo un primo filone – inaugurato dal Tribunale di Firenze (Luciana Breggia) – nel caso in cui il giudice disponga la mediazione, la condizione di procedibilità non è soddisfatta quando i difensori si recano dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione, dichiarano il rifiuto di procedere oltre. In caso di mediazione *ex officio*, è necessario che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata (Trib. Firenze, sez. II civ., 19 marzo 2014)²³.

²¹ Presidente del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, circolare 10.8.2012 n. 9.

²² Sia consentito richiamare: Trib. Varese, 13 febbraio 2012.

²³ Trib. Firenze, sez. II civ., 19 marzo 2014 (est. Luciana Breggia). Nel caso in cui il giudice disponga la mediazione, la condizione di procedibilità non è soddisfatta quando i difensori si recano dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione, dichiarano il rifiuto di procedere oltre. In

Un'altra strada interpretativa è quella seguita (allo stato) dal Tribunale di Milano (strada, però, inaugurata prima della presa di posizione di Firenze): la condizione di procedibilità è soddisfatta anche quanto sia tenuto solo il primo incontro di mediazione senza accordo (l'incontro di cui all'art. 8 comma I d.lgs. 28/2010). Le differenze non sono di scarsa rilevanza. Nel primo incontro, il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Si tratta, dunque, dell'incontro dedicato alla cd. valutazione di mediabilità e, cioè, dell'antecamera del procedimento mediativo. Secondo il primo indirizzo illustrato, per soddisfare la condizione di procedibilità, questo primo incontro non basta: occorre dare effettivamente inizio alla procedura. Per il secondo indirizzo segnalato, questa prima relazione al tavolo di mediazione è già sufficiente. La lettura che conferisce maggiore razionalità all'istituto è la prima illustrata. Sussiste, però, un nodo interpretativo da risolvere. Il Legislatore ha espressamente regolato il regime giuridico sotteso alla condizione di procedibilità e previsto, all'art. 5 comma 2-bis che «quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo». La disposizione, dunque, sembra richiamare espressamente «il primo incontro» di cui all'art. 8 comma I cit.

3. Mediazione e Proposta del Giudice. La proposta transattiva/conciliativa ex art. 185-bis c.p.c.

[3.1.] Il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, ha introdotto nel codice di procedura civile il nuovo art. 185-bis c.p.c., generalizzando un potere discrezionale del giudice civile che già era disciplinato, quanto al rito lavoro, dall'art. 420 c.p.c. (come modificato dalla legge 4 novembre 2010 n. 183). Ai sensi dell'art. 185-bis²⁴

caso di mediazione ex officio, è necessario che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata (Trib. Firenze, 19 marzo 2014).

²⁴ Trib. Roma, sez. XIII, ordinanza 23 settembre 2013 (M. Morriconi): L'esistenza di una questioni di facile

(Proposta di conciliazione del giudice), «*il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di riconsuazione o astensione del giudice*». Si tratta di norma che, anche in questo caso, è applicabile ai procedimenti pendenti²⁵. Il Legislatore ha voluto espressamente tenere distinte da un lato la proposta "transattiva" e dall'altra quella "conciliativa" (e, infatti, modifica, in questi termini, anche il contenuto dell'art. 420 c.p.c.). La proposta avente natura transattiva è diretta a provocare nelle parti la transazione (art. 1966 c.c.), ovvero il contratto col quale i litiganti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine alla loro lite. La proposta conciliativa, invece, propone la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento di una attività di mediazione che può anche prescindere da reciproche concessioni e non risolversi in una esternazione negoziale. Valgano gli esempi che seguono. Trib. Fermo (ordinanza 17 ottobre 2013, est. Marziale) propone la soluzione "transattiva della lite" mediante accordo compositivo della controversia con cui si realizzi la "*corresponsione, da parte dell'opponente, della somma relativa alla sola sorte capitale con esclusione degli accessori vari; spese compensate*". Trib. Milano (ordinanza 27 novembre 2013, est. Vannicelli), propone una "soluzione conciliativa" della lite invitando i litiganti a valutare "*la possibilità di rinunciare reciprocamente a qualsiasi pretesa e contro pretesa creditoria*". Nelle prassi degli uffici giudiziari si

e pronta soluzione di diritto, che legittima l'applicazione dell'art. 185-bis c.p.c., trova il suo fondamento logico nell'evidente dato comune che è meno arduo pervenire ad un accordo conciliativo o transattivo se il quadro normativo dentro il quale si muovono le richieste, le pretese e le articolazioni argomentative delle parti sia fin dall'inizio sufficientemente stabile, chiaro e in quanto tale prevedibile nell'esito applicativo che il Giudice ne dovrà fare.

²⁵ "L'art. 185-bis c.p.c. - che prevede il potere del giudice di rivolgere alle parti proposte conciliative - è norma applicabile ai processi pendenti in applicazione del principio tempus regit actum: infatti, l'art. 77 del decreto legge 69/2013, che introduce la proposta di conciliazione del giudice, non contempla disposizioni transitorie e il suo regime di efficacia temporale discende dalla norma finale, art. 86, per cui il decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione" (Trib. Milano, sez. X civ., ordinanza 4 luglio 2013, est. A. Simonetti).

sono verificate delle combinazioni genetiche tra istituto della proposta giudiziale e mediazione ex officio. Si registrano, in tal senso, due "metodologie di intervento".

1) *Proposta con riserva di mediazione.* Il giudice formula la proposta transattiva/conciliativa e rinvia il processo ad un'altra udienza, per sentire le parti; si riserva, in quella udienza, di prescrivere il procedimento di mediazione ex officio (in questi termini: Trib. Milano, sez. Impresa, 27 novembre 2013, est. Vannicelli; Trib. Roma, sez. XIII, ordinanza 23 settembre 2013, est. M. Morriconi).

2) *Proposta con mediazione.* Il giudice formula la proposta transattiva/conciliativa e prescrive il procedimento di mediazione, rinviando il processo ad un'altra udienza, per sentire le parti (in questi termini: Trib. Milano, sez. Impresa, 11 novembre 2013, est. E. Riva Crugnola)²⁶.

La giurisprudenza ha giudicato applicabile l'art. 185-bis c.p.c. anche alle liti familiari²⁷, come strumento per potere proporre un assetto compositivo della lite e dunque per raggiungere un accordo omologabile dal giudice (v. art. 337-octies c.c.). L'applicazione dell'istituto, in particolare dalla Sezione IX civile del Tribunale di Milano, ha condotto a una sperimentazione che vede concludersi con accordo l'80% dei procedimenti ex artt. 316, comma IV c.c. (cd. rito partecipativo)²⁸. Si è anche ritenuto che la norma possa tenere conto anche delle questioni di lite tra le parti, non oggetto dello specifico processo pendente, ma pur sempre connesse con lo stesso di modo che l'assetto conciliativo vada a comporre il

conflitto nel suo complesso non limitandosi a definire la singola controversia (Trib. Milano, sez. IX, 14 novembre 2013, Pres. rel. Dell'Arciprete)²⁹.

È opportuno precisare che i provvedimenti del giudice assunti ex artt. 5 comma II dlgs 28/2010 e 185-bis c.p.c. non sono impugnabili; rispetto agli stessi, tuttavia, deve ritenersi ammissibile lo *jus poenitendi* di cui all'art. 177 c.p.c. Sono, cioè, provvedimenti modificabili e revocabili.

GIUSEPPE BUFFONE

© RIPRODUZIONE RISERVATA

²⁶ Trib. Milano, Sez. Specializzata in materia di Impresa (B), ordinanza 11 novembre 2013 (est. E. Riva Crugnola): la legge 9 agosto 2013 n. 98 (modificando il d.lgs. 28/2010), ha previsto la possibilità per il giudice di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione (cd. mediazione ex officio). Nel caso in cui il giudicante formuli alle parti una proposta conciliativa ed emerga la possibilità che la stessa trovi il consenso delle stesse, è indubbiamente opportuno che il Tribunale si avvalga del citato istituto disponendo d'ufficio che i litiganti diano inizio ai lavori di mediazione.

²⁷ Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 26 giugno 2013: L'art. 185-bis c.p.c. – che prevede il potere del giudice di rivolgere alle parti proposte conciliative – pur non espressamente richiamato nel rito famiglia, costituisce l'espressione di un principio generale (e infatti si rinviene anche nell'art. 420 c.p.c.), anche per il fatto di distinguere espressamente tra proposta transattiva e conciliativa e per la difficoltà di ammettere settori o comparti divisi dell'ordinamento in cui il giudice possa o non possa aiutare i litiganti a pervenire ad un assetto condiviso per la soluzione pacifica della causa.

²⁸ V. SERVETTI G. Il Nuovo Rito Partecipativo. Rilevazione statistica 2013 in *Il Caso.it*, 2014, III, 280.

²⁹ Nel caso di specie, il Collegio ha formulato alle parti la seguente proposta conciliativa: "la ex moglie potrebbe acquistare la quota di casa del marito (avendone fatto proposta): euro 160.000,00 (valore della quota da liquidare) da cui detrarre la quota del TFR che le spetta (euro 30.000,00= con residuo da versare di euro 130.000,00. Per l'effetto, l'assegno divorzile verrebbe ridotto ad euro 550,00 mensili)". La proposta è stata accolta dalle parti con delle modifiche apportate dalle stesse.

Primi indirizzi giurisprudenziali sulla mediazione delegata dal giudice

Disciplinando la mediazione delle controversie civili e commerciali il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, come si sa, attribuì al giudice la facoltà, anche in grado di appello, di *'invitare'* le parti a ricorrere alla mediazione.

La vita di questo decreto, è cosa nota, è stata travagliata, e probabilmente le sue vicissitudini non sono terminate con la l. 9 agosto 2013, n. 98 che, convertendo il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (cosiddetto *'decreto del fare'*) ha, innanzitutto, posto rimedio alla sentenza di incostituzionalità del 24 ottobre 2012 che sanzionò *in primis* l'obbligatorietà – in taluni casi – del ricorso alla mediazione prima di poter agire in sede giudiziale.

Trattandosi di un profilo di tecnica legislativa, non già sostanziale, il legislatore ha potuto agevolmente porvi rimedio mediante un nuovo provvedimento, cogliendo l'occasione per apportare non poche modifiche al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, fra le quali la ridefinizione della *'mediazione delegata'* dal giudice nel corso del giudizio (art. 5, secondo comma dello stesso decreto n. 28): l'originaria facoltà del giudice, è oggi sostituita dal potere di *"disporre l'esperimento del procedimento di mediazione"* non soltanto, quindi, nei casi di obbligatorio ricorso a questa modalità di composizione dei conflitti, ma ogniquale volta il giudice *"valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti"* reputi utile il ricorso alla stessa; da sottolineare che l'adempimento dell'ordine del giudice è condizione di procedibilità del giudizio pendente.

Di fronte a dati tutt'altro che incoraggianti sul radicamento della *'cultura della mediazione'*, urgeva un intervento propulsivo per condurre la mediazione fuori dalle secche ove era impantanata, e le innovazioni recate dal *'decreto del fare'* sembrano potersi leggere in questa chiave: l'adozione del modello francese (artt. 21-25 *Loi* n. 95-125 dell'8 febbraio 1995, e decreto di applicazione n. 96-252 del 22 luglio 1996) sul potere del giudice, valutata la situazione, di disporre la mediazione può rappresentare un adeguato impulso, se pur con le differenze – di non poco conto – che il giudice d'Oltralpe ha anche il compito di individuare il mediatore e di stabilire la sua remunerazione in rapporto al valore della lite.

La scelta del soggetto cui affidare la mediazione è, infatti, determinante ai fini della serietà del procedimento, in presenza nel nostro Paese di ben 1019 organismi accreditati dal ministero della giustizia, non tutti di pari affidabilità.

I dati quantitativi sul radicamento nel nostro Paese della mediazione delegata dal giudice possono evincersi dalle statistiche del ministero della giustizia relative al periodo 1° gennaio-31 dicembre 2013: deve, tuttavia, tenersi conto che solo dal 20 settembre 2013 sono in vigore le nuove regole.

La mediazione delegata rappresenta l'1,9 dei procedimenti definiti in rapporto alle diverse forme di attivazione, vale a dire: volontaria (41,9%); obbligatoria per legge (54,7%); obbligatoria fra le parti, in quanto prevista da clausola contrattuale (1,4%).

Per la corretta interpretazione di questi dati è necessario sottolineare che essi si riferiscono ai procedimenti che si sono potuti celebrare in quanto la parte nei cui confronti la procedura è stata promossa è comparsa, pari soltanto al 32,4% del totale.

La percentuale di successo nell'1,9% di procedimenti delegati dal giudice è stata del 22,16%.

In valore assoluto i dati 2013 relativi alla mediazione sono i seguenti:

- Procedimenti pendenti al 1° gennaio: 23.638
- Procedimenti iscritti nell'anno: 41.604
- Procedimenti definiti nell'anno: 24.019
- Procedimenti pendenti al 31 dicembre: 41.222

Il confronto con il giudizio civile è reso possibile dai dati riportati dall'edizione 2013 di Italia in cifre, pubblicazione Istat, relativi, però, al 2011:

- Nuove cause iscritte a ruolo nell'anno: 4.181.710 (in primo grado); 122.368 (in secondo grado)
- Cause definite: 4.256.575 (primo grado); 117.869 (secondo grado)
- Cause pendenti a fine anno: 4.944.964 (primo grado); 383.230 (secondo grado).

Sono cifre che, purtroppo, non necessitano di commenti, la mediazione, è, al momento, meno di una goccia d'acqua nel mare, i dati sulla mediazione delegata sono marginali e, pertanto, innegabile è la rilevanza della valorizzazione del potere propulsivo dei giudici

* Avvocato. Professore associato di diritto privato nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

che potrebbe produrre risultati assai proficui: ha dichiarato, a questo proposito il giudice dott. Moriconi del Tribunale di Roma che la prassi di inviare le parti ad un mediatore ha avuto quale effetto la riduzione del 30% in 6 mesi del suo carico di contenzioso a ruolo.

Ed, effettivamente, la spinta impressa dal 'decreto del fare' è stata assai ben accolta dai giudici, come testimoniano i primi indirizzi giurisprudenziali circa la mediazione disposta nel corso del giudizio: merita, quindi, richiamare alcune ordinanze, fra le quali quella della dott.ssa Breggia, giudice in Firenze, che il 19 marzo 2014 si è pronunciata in relazione ad una superficialità nella formulazione della norma, che considera assolto l'ordine del giudice con il mero dato formale della comparizione dei difensori innanzi ad un mediatore per dichiarare il rifiuto di procedere nella mediazione, ed ottenere in questo modo l'attestazione dell'insuccesso, vale a dire il cosiddetto 'verbale negativo' necessario per proseguire il giudizio.

Questa prassi, ad avviso del giudice, rappresenta una conclusione "irrazionale ed inaccettabile", un adempimento formale privo di ogni efficacia e valore sostanziale.

Il rinvio disposto dal giudice, pertanto, "si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti": va da sé, quindi, "alla luce delle considerazioni che precedono, il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata".

Il dott. Buffone, giudice del Tribunale di Milano, si è, invece, pronunciato con l'ordinanza 29 ottobre 2013 nel corso di una controversia fra ex coniugi attinente gli obblighi alimentari nei confronti dei figli minori; nel rimettere le parti al mediatore, osserva che "sussiste l'evidente opportunità di una soluzione conciliativa della lite. In primo luogo, la controversia involge due parti legate da pregresso rapporto affettivo; rapporto destinato a proiettarsi nel tempo, in quanto i litiganti, non più coniugi, sono tuttavia ancora genitori; questo, inoltre, dovrebbe indurre le parti stesse ad agire tenendo sempre fermo e presente l'interesse 'preminente' dei figli minori, che meglio è preservato ove gli stessi non diventino – seppur indirettamente – oggetto di procedure giudiziali.

Il giudice, rilevando poi l'illogicità del rapporto fra il valore della lite e le spese della stessa in ben due gradi del giudizio, sottoli-

nea come lo stesso creditore avrebbe potuto anteporre alla scelta giudiziale "l'opportunità del ricorso ad un sistema di risoluzione alternativo della controversia e riservare, dunque, il percorso giurisdizionale solo alla res litigiosa residua all'esito del fallimento delle procedure di confronto amichevole".

Opportunamente l'estensore rileva, quindi, i vantaggi che discendono dalla circostanza che l'oggetto della mediazione, a differenza del giudizio, può estendersi anche ai rapporti futuri: "giova, peraltro, ricordare come i mediatori ben potrebbero estendere la 'trattativa' (rectius: mediazione) ai crediti maturati successivamente alla instaurazione dell'odierna lite e non fatti valere in questo processo, così essendo evidente che l'eventuale soluzione conciliativa potrebbe definire il conflitto, nel suo complesso, mentre la sentenza di appello potrebbe definire, tout court, solo una lite, in modo parziale". Sempre il Tribunale di Milano, sez. specializzata in materia di impresa, con ordinanza 21 marzo 2014 della dott.ssa Riva Crugnola, coniuga i due nuovi poteri attribuiti al giudice dalla l. 9 agosto 2013, n. 98: la remissione delle parti alla mediazione e la formulazione di una proposta transattiva secondo quanto dispone ora l'art. 185 bis cod. proc. civ.: "il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa".

A fronte della annosa pendenza di una vicenda giudiziaria che ben avrebbe potuto concludersi mediante un accordo fra le parti, l'ordinanza, rilevato "un corso sproporzionato rispetto ai termini reali della controversia" formula una proposta conciliativa sulla base dei fatti pacifici e non contestati specificando che, ove le parti avessero immotivatamente rigettato la stessa, il passaggio successivo sarebbe stato l'avvio ex officio della mediazione.

Non minore interesse presenta la condanna alle spese per responsabilità aggravata da lite temeraria (art. 96 cod. proc. civ.) ad opera dell'ordinanza del 24 dicembre 2013 del dott. Caputo, giudice presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere: viola, infatti, il dovere di buona fede contrattuale il comportamento della parte che avrebbe potuto risolvere amichevolmente un semplice problema locatizio ma ha preferito, invece, ricorrere all'autorità giudiziaria.

Rilievo centrale, in questo senso, assume il ruolo del difensore, che deve agire non più in un'ottica puramente e semplicemente conflittuale, ma assumere comportamenti finalizzati a definire le controversie anche in via stragiudiziale, ciò in considerazione del ruolo attribui-

to dal 'decreto del fare' agli avvocati, promossi mediatori di diritto senza necessità di seguire l'apposito corso: *"anziché recepire l'invito della locatrice, che avrebbe potuto condurre ad una soluzione del problema, si è preferito adire il Tribunale, in un'ottica conflittuale decisamente lontana dalla nuova prospettiva nella quale, anche alla luce della recente reintroduzione con il c.d. decreto del fare della mediazione obbligatoria, appare muoversi il legislatore negli ultimi tempi, prospettiva che attribuisce al difensore un ruolo centrale, prima ancora che nel giudizio, nell'attività di mediazione delle controversie – al punto da prevedere, con le modifiche operate dal D.L. n. 69/2013 che gli avvocati siano di diritto mediatori e debbano assistere la parte nel procedimento di mediazione – prospettiva che tende sempre di più ad individuare nel ricorso al Tribunale l'extrema ratio per la soluzione della quasi totalità delle controversie civili"*.

Affermazioni di spessore – specie considerato il fatto che una delle parti è un'azienda sanitaria – si trovano anche nell'ordinanza del 24 ottobre 2013 del dott. Moriconi del tribunale di Roma, il quale aderendo all'impostazione che coniuga la proposta conciliativa del giudice con il rinvio al mediatore nel caso di insuccesso, pragmaticamente sottolinea, innanzitutto, che *"in relazione all'istruttoria fin qui espletata ed ai provvedimenti già emessi dal Giudice, le parti ben potrebbero pervenire ad un accordo conciliativo. Infatti, considerati i gravosi ruoli dei giudici ed i tempi computati in anni per le decisioni delle cause, una tale soluzione, che va assunta in un'ottica non di preconcetto antagonismo giudiziario, ma di reciproca rispettosa considerazione e valutazione dei reali interessi di ciascuna delle parti, non potrebbe che essere vantaggiosa per tutte"*: ciò anche tenendo conto che *"la natura ed il valore della controversia in un'accezione rapportata ai soggetti in causa, sono idonei a propiziare la formulazione di una proposta da parte del Giudice"*. Le parti, inoltre, *"assistite dai rispettivi difensori, possano trarre utilità dall'ausilio, nella ricerca di un accordo, ed anche alla luce della proposta del Giudice, di un mediatore professionale di un organismo che dia garanzie di professionalità e di serietà, ed è possibile prevedere, anche all'interno dello stesso provvedimento che contiene la proposta del Giudice, un successivo percorso di mediazione demandata dal magistrato"*.

Anche a – non molto velate – minacce è fatto ricorso per indurre a buon senso le parti: *"vale altresì sottolineare che l'eventuale deprecata scelta di una condotta agnostica, immotivatamente anodina e deresponsabilizzata dell'amministrazione pubblica la potrebbe esporre a danno erariale sotto il profilo delle conseguenze del mancato accordo su*

una proposta del giudice [...] conseguenze che, in relazione alle circostanze del caso concreto, sarebbe doveroso segnalare agli organi competenti".

Non v'è dubbio che queste prime ordinanze evidenzino la consapevolezza da parte dei giudici civili del rapporto non antagonistico, bensì complementare fra l'attività giudiziale e la mediazione, ponendo ancor più al centro dell'attenzione i temi della professionalità del mediatore e dell'affidabilità degli organismi di mediazione: eventuali carenze di questi ultimi non possono che vanificare l'intento del legislatore, con la sostanziale frustrazione delle aspettative del giudice, oltre che delle chances per le parti di chiudere rapidamente i conflitti. Ma, come ben colto dall'ordinanza del 24 dicembre 2013 del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere precedentemente richiamata, centrale è il ruolo degli avvocati che, in seguito alla l. 9 agosto 2013, n. 98, devono assistere le parti già dal primo incontro, ed in quelli eventualmente successivi.

Questa importante innovazione non può essere letta disgiuntamente da quella, ulteriore, che fa di ogni avvocato iscritto all'albo, di diritto, un mediatore: a questo proposito dispone oggi l'art. 16 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 che essi *"devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 55-bis del codice deontologico forense"*, dedicato ai doveri etici dell'avvocato nel procedimento di mediazione.

Come ben evidenziato dal giudice dott. Caputo, all'avvocato è così attribuito un ruolo di protagonista della 'cultura della mediazione' incompatibile con la propensione, ad ogni costo, verso la litigiosità.

Il Consiglio nazionale forense il 21 febbraio 2014 ha deliberato le regole attinenti la preparazione degli avvocati che operano in veste di mediatori, rendendo obbligatorio un corso di 15 ore e la partecipazione, quali uditori, ad almeno due procedimenti; oltre a ciò sono previsti corsi di aggiornamento biennali di 8 ore.

Poca cosa, come del resto gli stessi corsi di 50 ore, che oggi rimangono solo per chi intenda conseguire l'abilitazione all'esercizio dell'attività di mediatore senza essere avvocato, eppure da qui si deve partire per radicare nuovi modelli di composizione dei conflitti che presuppongono, innanzitutto, una diversa mentalità e differenti canoni di comportamento.

CESARE VACCÀ

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Rito partecipativo

Un giudizio che non giudica

I conflitti familiari

Per secoli la famiglia è stata considerata un'isola che il mare del diritto può solo lambire, ma non penetrare, in quanto realtà tendenzialmente pregiudiziale, insofferente a qualsiasi regolamentazione¹.

A fronte della delicatezza e della peculiarità della materia familiare, il tradizionale sistema legale antagonista, sviluppato sull'ottica vincitore-perdente, potrebbe risultare inefficace per disciplinare in modo duraturo nel tempo le vicende di disgregazione familiare che coinvolgono i figli minorenni.

I conflitti familiari vengono definiti "un gioco a somma zero", dove tutto quello che vince un partner lo deve perdere l'altro e viceversa².

Accade, spesso, che le parti nei procedimenti giudiziari, si arroccino con fermezza sulle loro posizioni a causa dell'intervento dei rispettivi legali che, sia pur involontariamente, connotano il contesto relazionale delle parti come belligerante o inquisitorio, oppure accusatorio, autoalimentando, in tal modo, la contesa.

Altre volte accade che nonostante i legali rispettino il ruolo di difensori impegnati nella delicata materia familiare e minorile, in virtù della quale sono chiamati ad agire prioritariamente per la tutela dei diritti e degli interessi dei minorenni, indipendentemente dalla parte che assistono in giudizio e sono chiamati ad individuare le soluzioni meno traumatiche e penalizzanti per i figli e i genitori³, i loro assistiti non riescano ad uscire dall'ottica della competitività e dal bipolarismo del perdente-vincente.

Ecco che sussiste l'esigenza di una soluzione conciliativa (*rectius* non contenziosa della lite), in tali controversie che coinvolge parti legate da un pregresso rapporto affettivo; rapporto destinato a proiettarsi nel tempo, in quanto i litiganti, non più coniugi (*rectius* coppia), sono tuttavia ancora genitori e la permanenza del loro rapporto genitoriale dovrebbe indurre gli stessi ad agire tenendo

sempre fermo e presente l'interesse preminente dei figli minori, che sarà meglio preservato, ove gli stessi non diventino – seppur indirettamente – oggetto di procedure giudiziali⁴.

Tenuto conto del rischio di duraturi effetti negativi a livello relazionale familiare che potrebbe avere una vertenza giudiziaria, nonché il risvolto negativo in termini monetari per le parti e della necessità di creare per il sistema famiglia strumenti giuridici non accusatori e inquisitori, ispirati all'ottica di un "giudice di prossimità"⁵ è stata valutata la necessità di creare all'interno del procedimento giudiziario un'udienza filtro, nella quale esperire un preliminare tentativo di conciliazione condotto da un giudice, all'uopo delegato.

Le vertenze dei figli cosiddetti "non matrimoniali"

La legge 219/12, ha attribuito alla competenza del Tribunale Ordinario, sottraendola a quella del Tribunale per i Minorenni, i procedimenti che coinvolgono le questioni di esercizio della responsabilità genitoriale tra i genitori di figli nati fuori dal matrimonio, i cosiddetti figli non matrimoniali, per citare un'espressione cara alla dottrina.

Questa scelta legislativa, ispirata alla parificazione dei diritti dei figli "matrimoniali" con quelli "non matrimoniali", però non ha fatto i conti con le risorse umane dei Tribunali Ordinari, i quali hanno subito, una vera e propria valanga di ricorsi che prima, appunto, erano sottoposti all'attenzione dei giudici del Tribunale per i Minorenni.

Il Legislatore, tuttavia, nel parificare gli aspetti sostanziali di tutti "i figli matrimoniali e non", ha mantenuto, sotto il profilo processuale, una differenza di rito: infatti per i genitori uniti in matrimonio, è previsto un rito processuale che prevede prima una fase preliminare, innanzi al Presidente, nella quale le parti compaiono per un tentativo di conciliazione, invero, nel rito camerale, ex

¹ Jemolo C.A. in: *Annali Seminario Giuridico Università di Catania III*, Jovene, Napoli 1949.

² C. Waddington, 1977.

³ Art. 1 Codice Etico AMI.

⁴ Tribunale Milano, sez. IX, ordinanza 29 ottobre 2013 (est. G. Buffone).

⁵ "Per una giustizia a misura di minore" Proposta dell'Associazione Italia dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia.

art. 737 c.p.c., che si applica ai figli non matrimoniali, non è prevista questa fase preliminare di conciliazione.

Considerata l'esigenza di una soluzione conciliativa, in tali controversie che coinvolgono parti legate da un pregresso rapporto affettivo, e tenuto conto del rischio di duraturi effetti negativi a livello relazionale familiare che potrebbe avere una vertenza giudiziaria, in questi mesi è in corso presso la Sezione Nona (Famiglia e Minori) del Tribunale di Milano, un primo modello sperimentale: il cosiddetto "rito partecipativo".

Per i procedimenti ex art. 316 c.c., il Collegio, dopo due fasi preliminari di cosiddetto filtro, valutata la mediabilità della lite, delega la trattazione del procedimento al giudice onorario: un avvocato familiarista con specializzazione in materia di mediazione e conciliazione, con il fine di procedere ad un tentativo di conciliazione.

Nel corso dell'udienza di rito partecipativo viene richiesto ad avvocati e genitori di *partecipare* alla creazione di un assetto condiviso di condizioni che regolino la fase disgregativa del rapporto, sotto la direzione e con il supporto del magistrato onorario designato⁶.

Terminata la fase di mediazione il giudice onorario rimette gli atti al Collegio che, se è stato raggiunto l'accordo, lo recepisce ove non sussistano elementi ostativi, oppure, se non è stato raggiunto l'accordo, avvia la fase giudiziale.

Dall'analisi statistica che è stata condotta nell'ultimo semestre del 2013, espunti i procedimenti contumaciali, i primi risultati sono stati più che soddisfacenti, infatti, i procedimenti definiti con accordo sono stati l'80%, quelli definiti con accordo parziale il 9% e quelli definiti giudizialmente l'11%. Per indicazioni più dettagliate si rimanda al documento predisposto dalla Presidente di Sezione dott.ssa Gloria Servetti e dal dott. Giuseppe Buffone⁷.

Questo rito è applicato anche presso il Tribunale di Cremona, dove non vi è una sezione specializzata per il diritto di famiglia, ed anche in questa realtà giudiziaria i risultati sono stati molto positivi.

L'intelligenza emotiva

Nel diritto di famiglia, le vicende umane sono cariche di emotività: rabbia, dolore, sofferenza, conflitto, lutto. Il giurista è

chiamato a gestire questi conflitti e a saper negoziare tra le parti e, per affrontare tutto questo, è necessario un grande investimento di energie e un bagaglio di competenze mutuato anche da altri saperi, non precipuamente giuridici.

Il ruolo del giurista è quello di ascoltare le parti, che spesso hanno difficoltà nel comunicare tra loro, cercare di comprendere a pieno gli interessi in gioco, i desideri, le posizioni nell'ambito delle controversie, comprendere le dinamiche emotive e relazionali che sono in gioco in quel momento.

Il giurista deve essere in grado di analizzare i moduli di comunicazione sia analogici che numerici (comunicazione non verbale e verbale), perché ogni comunicazione umana ha un aspetto di contenuto e uno di relazione. L'aspetto di contenuto è più probabile che si trasmetta con il modulo numerico, mentre quello di relazione è più probabile che si trasmetta con il modulo analogico.

Nelle procedure familiari il giudice deve possedere non solo competenze precipuamente giuridiche, ma anche competenze emotive e sociali; deve possedere un'elevata consapevolezza emotiva, intesa come capacità di riconoscere quali emozioni sono in gioco e come queste possano condizionare i procedimenti decisionali interessati, nonché il comportamento e le reazioni delle parti nel corso dell'udienza.

Dunque, come per ogni attività che richiede una interazione umana, non è necessario possedere solo le abilità tecniche, ma è opportuno anche disporre di un bagaglio di abilità interpersonali. In questa ottica è necessario superare quel filone di pensiero che considerava il contesto forense come un ambito in cui "le emozioni sono bandite" a vantaggio e promozione della logica e della razionalità.

I costrutti psicologici sono stati spesso sottovalutati e scoraggiati, vigeva lo stereotipo del giurista come figura abile nella logica e nel ragionamento, ma priva di capacità relazionali. La cultura legale ha nutrito da sempre una profonda sfiducia nelle emozioni, considerandole una debolezza umana capace di minare la lucida razionalità.

In realtà per svolgere una professione in tale ambito è richiesta non solo la conoscenza dei meccanismi procedurali vigenti in campo forense, ma anche le competenze psicologiche in modo da poter fornire le risposte giuste nel modo giusto, e abilità di gestione del conflitto; si tratta di competenze che sono strettamente connesse all'abilità "di intelligenza emotiva".

"L'intelligenza emotiva" è riferita alla capacità di percepire le emozioni, usarle per

⁶ Buffone G. (2014), *La novità del decreto filiazione*, Il civilista, Giuffrè.

⁷ Il Nuovo Rito Partecipativo - Rilevazione statistica 2013 - a cura di : Presidente dott.ssa Gloria Servetti e dott. Giuseppe Buffone - Sezione IX Tribunale di Milano

facilitare compiti cognitivi, comprendere e gestire le emozioni proprie e altrui. Nel modello proposto da Mayer e Salovey (1990) l'intelligenza emotiva si riferisce al potenziale per diventare abile ad apprendere certe risposte emotive⁸.

L'intelligenza emotiva determina il potenziale di una persona ad apprendere pratiche connesse ad abilità emotive e sociali, il livello delle competenze emotive esprime quanto questo potenziale sia stato effettivamente realizzato.

Secondo il modello sviluppato da Mayer e Salovey (1997), le abilità dell'intelligenza emotiva si dividono in quattro rami: la percezione delle emozioni, l'uso delle emozioni, la comprensione delle emozioni, la gestione delle emozioni.

Gli studi condotti sull'intelligenza emotiva hanno messo in luce il ruolo centrale di tale abilità in differenti aspetti della vita di un individuo; essa rappresenta una fondamentale abilità interpersonale, intesa come capacità di creare e mantenere rapporti con gli altri.

L'intelligenza emotiva è associata infatti alla capacità di relazionarsi nel modo ottimale con gli altri, di instaurare relazioni interpersonali soddisfacenti e significative e di assumere comportamenti adeguati alla situazione che si sta vivendo.

In Italia uno dei primi tentativi di inserire le abilità sociali, relazionali ed emozionali in ambito giuridico, è riferibile al concetto di "intelligenza sociale" introdotto dal prof. Guglielmo Gulotta, il quale definisce intelligenza sociale il complesso delle capacità cognitive, che l'individuo utilizza, o può utilizzare, per interpretare gli eventi, pianificare la propria vita, e raggiungere risultati personali e sociali, valutabili in relazione all'azione compiuta e al contesto entro cui l'individuo agisce.⁹

Essere socialmente competenti significa possedere le coordinate che permettono la lettura del comportamento altrui ed il controllo del nostro, significa conoscere le regole che governano la sintassi della vita, significa, in parole povere, possedere l'arte, il know-how di saper stare al mondo una sorta di intelligenza sociale.

Il contesto in cui opera il giurista è un contesto dove non vi è nulla di assoluto e definitivo, questo perché non sono la logica e la razionalità, come si può erroneamente pensare, a governare i momenti decisivi della nostra vita, bensì l'emotività e i sen-

timenti, e "perché il cuore ha ragioni che la ragione non conosce"¹⁰.

Nelle situazioni di conflitto l'abilità di gestione dello stesso e di negoziazione sono fondamentali, e sono abilità di intelligenza emotiva. Nel processo di conciliazione il giurista oscilla tra la competenza di intelligenza emotiva empatica e quella assertiva.

L'empatia non presuppone né simpatia né approvazione, ma si tratta semplicemente di una modalità di osservazione neutrale per esplorare e descrivere il mondo percettivo dell'altro.

Si definisce empatia: la capacità di comprendere in modo corretto e non giudicante i bisogni, gli interessi e il punto di vista della controparte. Si riesce a fare questo con la capacità di osservare le cose dal punto di vista altrui e la capacità di esprimere il punto di vista altrui senza giudicarlo.

L'assertività è un approccio che pone chi la esplica nella condizione di gestire in modo positivo, propositivo e costruttivo i rapporti interpersonali.

Per assertività si intende la capacità di esprimere i propri bisogni, i propri interessi e il proprio punto di vista. Si tratta di un modo di essere diverso sia da un atteggiamento combattivo-aggressivo, che viola i diritti altrui, sia da un atteggiamento remissivo-passivo, che implica l'assenza di rispetto per se stesso. Essere assertivi non significa sopraffare l'altro nella negoziazione, al contrario significa saper riconoscere i propri interessi, saperli esporre con chiarezza, discuterne e avere sicurezza nelle proprie argomentazioni, mantenendo il rispetto di se stessi e dell'altro.

Precede e rende più incisivo, l'esplicazione delle abilità di intelligenza emotiva empatica e quella assertiva, l'essere umili nella conduzione di una conciliazione, cioè la capacità di riconoscere i propri limiti, non essere superbi, ciò che per un giudice si esplica nell'essere autorevole e non autoritario.

Un problema è un'ottima occasione per fare del nostro meglio¹¹

Nel rito partecipativo il giudice diventa anche un "facilitatore della comunicazione", un mediatore tra le parti in conflitto, le quali, unitamente ai loro difensori, partecipano attivamente alla ricerca di una soluzione conciliativa della controversia.

Il giudice delegato è un giudice onorario di tribunale, con pregressa esperienza professionale maturata nell'ambito della libera pro-

⁸ Barile G., Curci A., Lanciano T. (2011), *Promuovere e potenziare l'Intelligenza Emotiva: applicazioni in ambito forense*, Riv. Psichiatria e psicologia del diritto.

⁹ Gulotta G. e De Cataldo L. (1991).

¹⁰ Martello M. (2014), *La formazione del mediatore*, UTET, Milano.

¹¹ Duke Ellington.

fessione nel diritto di famiglia, questo consente al magistrato di avere una visione ampia e pragmatica delle ragioni portate nel conflitto; egli, infatti, è stato, o è tutt'ora, quel difensore che ascolta le ragioni, liberamente e spesso impulsivamente, espresse dalle parti tra le mura del proprio studio legale.

Le udienze si svolgono con un calendario che mette a disposizione del giudice e delle parti un tempo maggiore di quanto un procedimento contenzioso possa concedere; questo consente, da un lato, alle parti, dopo un primo momento di rigidità, di stimare positivamente il compito assolto dal giudice, di giudicarlo l'abilità e la serietà, e dall'altro, al magistrato, di guadagnarsi la fiducia delle parti, costruendo con i genitori e i loro avvocati un rapporto di collaborazione reciproca.

Nella fase iniziale dell'udienza, dopo aver fatto accomodare i genitori, ponendo molta attenzione nella fase di ingresso al loro linguaggio analogico, il giudice inizia a raccogliere le prime informazioni, quelle anagrafiche, e rivolgendosi al ricorrente, ma solo per una questione meramente processuale, chiede allo stesso di dettagliare alcune circostanze, partendo da quanto è stato esposto nell'atto introduttivo del giudizio.

Nella raccolta delle informazioni di entrambe le parti, il giudice avrà cura di far sviscerare alle stesse i fatti, che di norma esse sottacciano e che sono, invece, sottesi alle valutazioni soggettive o moralistiche che di primo acchito le parti usano riferire in udienza; nel contempo, il magistrato sollecita alle parti un flusso di informazioni basato sulla lealtà e sulla rilevanza di quanto narrato ai fini del giudizio¹².

Questa modalità comunicativa aiuterà le parti a descrivere con maggiore chiarezza le proprie emozioni, i propri sentimenti e i reali bisogni; in tal modo entrambe percepiranno con maggiore facilità gli elementi comuni ed i fattori di somiglianza, dando scarsa importanza alle differenze prospettive personali e a quanto contenuto nei rispettivi atti giudiziari di parte¹³.

Con la chiarezza comunicativa, vi sarà il riconoscimento dei bisogni che stanno dietro i sentimenti, si eviterà il fraintendimento, si supererà il sospetto dell'inganno dell'altro, verso un graduale avvicinamento nella stima dei fatti e delle condizioni.

Il giudice, e gli avvocati, aiuteranno le parti ad evitare le formulazioni vaghe, astratte o ambigue, rammentando loro di usare un

linguaggio positivo, suggerendo di dichiarare ciò che vogliono anziché quello che non vogliono; in questo passaggio di informazioni il giudice porrà attenzione sul fatto che le reciproche richieste, da loro formulate, non siano percepite come pretese.

Saranno banditi, nel corso dell'udienza, atteggiamenti ostili e di chiusura a qualsiasi richiesta avanzata dalla parte; verranno sollecitati atteggiamenti amichevoli e di aperta disponibilità, sia di ascolto che di concreta considerazione delle reali necessità avanzate dall'altro/a.

Il giudice con umiltà ed empatia ascolterà, e nel contempo verbalizzerà, se pur sinteticamente, le osservazioni delle parti, i loro sentimenti, i loro bisogni e le loro richieste, parafrasando di volta in volta ciò che ha compreso.

A questo punto dell'udienza si sarà ridefinito il problema, si spezzerà quella visione ristretta "a tunnel", senza via di uscita, adottata fino ad allora dalle parti, e in maniera organica e realistica si inizieranno ad affrontare i problemi sviscerati dalle stesse; il giudice solleciterà i genitori al reperimento di una soluzione condivisa, non accettando deleghe di responsabilità.

Il giudice e gli avvocati, aiuteranno le parti ad individuare una soluzione del problema con suddivisione degli sforzi, una soluzione che possa enfatizzare le loro singole capacità, evitando così dispersione di energie. Gli interessi in conflitto verranno percepiti come problemi comuni ad entrambi le parti, tenendo presente che la soluzione finale dovrà soddisfare nel modo migliore i reciproci bisogni.

Il giudice valuterà in ogni momento della realizzazione dell'accordo, gli aspetti squisitamente giuridici, affinché le decisioni assunte, di volta in volta, dalle parti, rientrino nell'alveo della normativa vigente e rispettino il superiore interesse del minore, evidenziando alle stesse anche il peso processuale del loro comportamento, e in caso di situazione di stallo richiamando la prassi operativa del Tribunale in casi simili.

Nel corso del raggiungimento di un accordo si effettuerà la valutazione dei vantaggi, degli svantaggi, dei tempi e dei costi.

Gli avvocati aiuteranno le rispettive parti a considerare e valutare nel tempo le conseguenze delle decisioni assunte, a valutare gli accordi raggiunti alla luce della loro concreta possibilità di attuazione.

Nella parte finale dell'udienza saranno quindi articolate e stese le condizioni dell'accordo, che saranno sottoposte al vaglio del Collegio. Il Collegio verificherà che l'accordo non presenti profili di contrarietà all'ordine

¹² Marshall B. Rosenberg (1998), *Le parole sono finestre oppure muri*, Ed. Esserci, Reggio Emilia.

¹³ Gulotta G. (1988) *"Dal conflitto al consenso"* Giuffrè, Milano.

pubblico o a disposizioni di carattere imperativo, che sia adeguato a garantire alla parte l'accesso a una effettiva bigenitorialità, e che anche i profili economici risultino idonei, nel temperamento delle rispettive posizioni, e preso atto del parere conforme del Pubblico Ministero, il Tribunale emetterà decreto immediatamente esecutivo.

Oltre il linguaggio del diritto

Nel rito partecipativo, dunque, il giudice deve saper attuare:

- un ascolto empatico, non giudicante, che favorisca la fiducia e l'espressione in libertà dei vissuti;
- gestire il silenzio;
- saper dosare in modo equilibrato gli interventi e i silenzi;
- rispettare il diritto all'autodeterminazione delle parti;
- non temere il conflitto, ma considerarlo un'opportunità di crescita;
- non consigliare, nella consapevolezza di non doversi sostituire all'altro;
- fare da specchio non deformante alle istanze delle parti;
- attuare una comunicazione il più possibile chiara e diretta;
- comprendere e interpretare il linguaggio non verbale;
- usare la creatività per consentire di individuare modalità di risoluzioni del conflitto divergenti rispetto a quanto pensato dalle parti.

Nel rito partecipativo, alla coppia "si insegna a pescare" parafrasando una massima orientale, secondo la quale "se tu nutri un uomo, egli te ne sarà grato, ma dipenderà da te; invece se tu gli insegni a pescare egli si nutrirà da sé, e sarà libero".

CRISTINA CECI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Bibliografia

- Barile G., Curci A., Lanciano T. (2011), *Promuovere e potenziare l'Intelligenza Emotiva: applicazioni in ambito forense*, Riv. Psichiatria e psicologia del diritto.
- Buffone G. (2014), *La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano*, Il Caso.it
- Buffone G. (2014), *La novità del decreto filiazione*, Il civilista, Giuffrè, Milano.
- Busso P. (2004), *Lotta e cooperazione*, Armando Editore, Roma.
- Busso P., Stradoni P. (1990), *Come comunicare con gli altri*, Sonda, Torino.
- Emery R. (1998), *Il divorzio. Rinegoziare le relazioni familiari*, Franco Angeli, Milano.

Emery R.E. (2008), *La verità sui figli e il divorzio*, Franco Angeli, Milano.

Goleman D. (1996), *Intelligenza emotiva*, BUR, Milano.

Gulotta G. (1976), *Commedie e drammi nel matrimonio*, Feltrinelli, Milano.

Gulotta G. (1988) "Dal conflitto al consenso" Giuffrè, Milano.

Gulotta G., De Cataldo (1991), *L'intelligenza sociale*, Giuffrè, Milano.

Gulotta G., Santi G. (1988), *Dal conflitto al consenso*, Giuffrè, Milano.

Martello M. (2004), *Intelligenza emotiva e mediazione*, Giuffrè, Milano.

Martello M. (2008), *L'arte del mediatore dei conflitti*, Franco Angeli, Milano.

Martello M. (2008), *Educare con senso senza dissenso*, Franco Angeli, Milano.

Martello M. (2014), *La formazione del mediatore*, UTET, Milano.

Mazzei D. (2002), *La mediazione familiare. Il modello simbolico trigenerazionale*, Raffaello Cortina Editore, Milano.

Morin E. (2008), *La sfida della complessità*, La Repubblica.

Rosenberg Marshall B. (1998), *Le parole sono finestre oppure muri*, Ed. Esserci, Reggio Emilia.



La mediazione: una questione di formazione

Il tema della mediazione continua ad alimentare un acceso dibattito tra fautori ed oppositori, ed opposte visioni si contrappongono non sempre sorrette da una adeguata conoscenza delle caratteristiche e dei vantaggi che caratterizzano questa modalità di composizione dei conflitti.

Sono ben note le importanti innovazioni in vigore dal 20 settembre 2013 grazie alla l. 9 agosto 2013, n. 98, che ha convertito il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (cosiddetto 'decreto del fare') intervenuto significativamente su taluni aspetti del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28: mi limito, quindi, a richiamare le tre novità forse, più significative.

Il giudice, anche in sede di giudizio d'appello, non si limita più ad 'invitare' le parti a ricorrere alla mediazione, ma "può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione", non soltanto con riferimento ai casi di obbligatorietà, ma altresì a quelli di volontario ricorso alla mediazione, ed il mancato esperimento è condizione di procedibilità.

Al primo incontro, ed a quelli eventualmente successivi, le parti devono partecipare con l'assistenza di un legale.

Ogni avvocato iscritto all'albo è ora, di diritto, mediatore, ed a questo proposito l'attuale formulazione dell'art. 16 del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28 precisa che essi *"devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 55-bis del codice deontologico forense"*, che tratta, per l'appunto, dei doveri etici dell'avvocato nel procedimento di mediazione.

Il Consiglio nazionale forense il 21 febbraio 2014 ha deliberato le regole che disciplinano la preparazione degli avvocati che intendano operare quali mediatori: si tratta

di seguire un corso di 15 ore ed assistere ad almeno due procedimenti in veste di uditori; oltre a ciò, di partecipare a corsi di aggiornamento biennale di 8 ore.

Non intendo entrare nel merito di questi parametri, del resto è ben noto che sempre ho considerato del tutto insufficienti gli stessi corsi di 50 ore necessari (oggi solo a chi non sia avvocato) per conseguire l'abilitazione all'esercizio dell'attività di mediatore.

Colgo, però, l'occasione per affermare, ancora una volta, la necessità che la mediazione sia ben conosciuta (almeno) da chi è chiamato ad applicarla.

Ricorrere alla mediazione è, innanzitutto, segno di intelligenza che comporta un impegno progettuale ed operativo realmente innovativo: giova a chi la propone politicamente, all'amministrazione della giustizia per gli effetti deflattivi che essa reca con sé, agli organismi di mediazione, agli enti di formazione, ai mediatori che, adeguando la professionalità pregressa, imprimono impulso al loro lavoro ed alla completezza della loro formazione personale e professionale.

Giova, naturalmente, ai configgenti, cui offre la possibilità di evitare contenziosi senza fine, con il conseguente dispendio improduttivo di risorse emotive e finanziarie, dischiudendo inedite modalità costruttive di vivere le relazioni conflittuali.

Giova, infine, alla società tutta, per la scelta di pacificazione che non può che attenuare la percezione di 'barbarie' dilagante del nostro tempo.

A tutti dà l'emozione di sentirsi coinvolti in un processo culturale di rara portata, e di non tutti i giorni.

La mediazione, come ho detto, rappresenta una scelta intelligente: mi piace ricordare quanto afferma uno storico economico di fama mondiale, Carlo M. Cipolla, cui si deve la ben nota 'regola aurea' delle relazioni: *"da qualsiasi azione, o non azione, ognuno di noi trae un guadagno o una perdita, ed allo stesso tempo determina un guadagno od una perdita a qualcun altro [...]. Il guadagno può essere positivo, nullo o negativo; un guadagno negativo equi-*

*Mediatrice e formatrice. Ha insegnato Psicologia dei rapporti interpersonali nell'Università Cà Foscari a Venezia e in molti Master di prestigiose Università Statali. Tiene il corso *La composizione negoziata dei conflitti* presso l'Università degli studi di Milano-Bicocca. Giudice onorario presso la Corte d'Appello di Milano.

vale ad una perdita [...]. Gli esseri umani rientrano in una delle seguenti categorie: gli sprovveduti, gli intelligenti, i banditi e gli stupidi [...]. Se Tizio compie un'azione e ne ricava una perdita mentre nello stesso tempo procura un vantaggio a Caio, Tizio ha agito da sprovveduto. Se Tizio compie un'azione dalla quale ottiene un vantaggio e nello stesso tempo procura un vantaggio anche a Caio, Tizio ha agito intelligentemente. Se Tizio compie un'azione dalla quale trae un vantaggio causando una perdita a Caio ha agito da bandito. Una persona stupida è una persona che causa un danno ad un'altra persona senza nel contempo realizzare alcun vantaggio per sé od addirittura subendo una perdita."

Per rientrare nella categoria degli 'intelligenti', a mio modesto avviso, è opportuno soffermarsi a considerare che, affinché le procedure complementari alla giustizia ordinaria possano radicarsi nelle scelte delle parti e dei professionisti che le assistono, non si può prescindere dall'immagine che la mediazione saprà guadagnarsi. A questo proposito, sarà determinante l'impegno di tutti gli addetti ai lavori.

Tutti, e ciascuno per la parte di sua competenza.

Nessuno deve considerarsi destinatario o vittima, ma tutti soggetti attivi della riforma.

Pronti a modificare in profondità il proprio *modus operandi*, non solo adattando la *forma mentis* alle professionalità di provenienza.

Affinché la mediazione possa ottenere risultati superiori, come auspicato, rispetto a quelli che possono conseguirsi con la giustizia ordinaria, è necessario inventare, scegliere e saper applicare modelli forti, di 'nuova generazione', capaci di far evolvere le posizioni delle parti e di conferire risposte efficaci ai bisogni di giustizia che il cittadino reclama.

La mediazione per non essere snaturata deve essere compresa: l'attuale dibattito deve saperne cogliere gli aspetti peculiari.

La legge è oggettiva: *valet ut in pluribus*, vale in generale ed in astratto. Ma l'agire è soggettivo: singolare e concreto.

La mediazione si fa carico della singolarità e della concretezza della persona, di ciò che in essa vi è di complesso, conflittuale, sofferto, drammatico: per l'individuo stesso e per chi ne subisce gli effetti.

Pertanto la mediazione non può essere letta soltanto con i parametri del diritto e con le logiche del processo, in questo modo se ne vanificherebbe la portata innovativa.

Il diritto evolve, è materia viva che muta

per accogliere, integrare o lasciare il posto, almeno in parte, a nuove forme più rispondenti alla complessità.

In questo senso va vista la mediazione, perché il suo vero senso, il suo effettivo valore, risiedono nella possibilità di rappresentare una prospettiva di rinnovamento e di civiltà per chi si trova in lite.

È sufficiente, a questo proposito, ricordare i principi che la caratterizzano:

- tempi brevi, costi contenuti, risoluzione sistemica del conflitto, possibilità di mantenere le relazioni con la controparte;
- non implica deleghe ad alcuno, ma lascia alle parti il potere decisionale, valorizzando le condizioni favorevoli per poterlo esercitare;
- non si caratterizza per una visione parziale del problema, in termini solamente di diritto e di ragioni oggettive, ma presuppone una gestione del problema stesso che tenga unite tutte le componenti, anche quelle soggettive dell'una e dell'altra parte;
- non più irrigidimento nel volere a tutti i costi veder trionfare il proprio punto di vista, bensì la ricerca, prima di tutto, della soddisfazione dei reciproci vissuti emotivi sottostanti alla lite e del riconoscimento del proprio diritto di esistere con le proprie ragioni profonde al fine della ricerca, nel rispetto dell'altro, di soluzioni che superino le singole posizioni con soddisfazione degli antagonisti in modo profondo, non sui fatti, ma sui bisogni profondi.

Il modello di mediazione che meglio consente di raggiungere in modo efficace gli obiettivi è quello filosofico umanistico: i veri cambiamenti non nascono dalla rottura con l'altro o con il proprio passato, bensì da diverse relazioni con l'altro e con il proprio vissuto, in definitiva con se stessi: trasformazione e crescita sono, quindi, rese possibili dalla ricerca della propria identità che, qualora progressivamente raggiunta, dischiude le porte del ben-essere.

Le vere opportunità sono quelle che afferiscono gli interventi sulla dimensione profonda ed emotiva dei comportamenti delle parti in lite, caratterizzando la dimensione etica nella quale opera il mediatore e conferendo al suo operato tratti profondi ed innovativi.

La composizione, totale e definitiva, dei contrasti è resa possibile grazie a questo approccio, volto a trasformare circostanze negative, purtroppo in agguato – prima o poi – nella vita di tutti, in eventi dei quali pro-

ficuamente cogliere ogni recondito risvolto: si tratta di indagare a fondo il proprio modo di comportarsi, nonché la natura e le ragioni dell'altro – la 'controparte'.

La mediazione consente di imparare a dialogare accettando di confrontarsi direttamente e coraggiosamente con le pulsioni più elementari, quali la voglia di supremazia sull'antagonista.

Occorre, quindi:

1. adottare interventi da porre in atto per rimuovere la cappa di ignoranza che altrimenti soffoca le potenzialità di uno strumento realmente innovativo;
2. individuare interventi organici e capillari per il radicamento della cultura della mediazione nel cittadino – ma altresì nell'avvocato e nel giudice – affinché essa trovi terreno fertile in quanto via alternativa foriera di grandi opportunità;
3. individuare ed imporre linee di indirizzo ed adeguati canoni qualitativi in funzione degli obiettivi che alla mediazione sono attribuiti;
4. indicare i requisiti dei quali devono disporre sia i soggetti che, con l'accREDITO del Ministero, offrono il servizio di mediazione, sia gli enti che – egualmente accreditati – formano i mediatori;
5. precisare la visione preliminare e complessiva delle relazioni e degli obiettivi da considerare rilevanti anche nella prospettiva sociale dell'*access to justice*;
6. giungere alla definizione della figura del mediatore assunta a riferimento, e sviluppare un serio pensiero sul significato del suo agire, affinché il suo operato sia davvero innovativo ed alternativo, evitando ogni confusione dei ruoli;
7. optare per il modello e il metodo operativo da valorizzare;
8. stabilire linee guida per formare idoneamente il professionista e stabilire una congrua durata dell'*iter* formativo;
9. individuare i profili necessari alla definizione degli *standard* di qualità del servizio di mediazione affidato agli organismi accreditati;
10. stabilire efficaci forme di controllo della qualità della formazione dei mediatori, nonché del loro operato.

Se questi presupposti sono disattesi non si salvaguarda la sicurezza del cittadino ed il suo diritto di ottenere risposte di valore a problemi reali della vita.

Si è, comprensibilmente, di fronte ad una posta in gioco molto alta ma, come sostiene

Einstein, «*non si possono risolvere i problemi con la stessa mentalità che li ha generati*».

Occorre, pertanto, muovere da premesse diverse. Una opportunità stimolante per quanti sono pronti ad impegnarsi.

Ma, è meglio dirselo con onestà, siamo tutti analfabeti in tema di conflitto.

Tutti abbiamo vissuto conflitti, e siamo abituati ad incaricare qualcuno affinché se ne occupi: crediamo che questo sia un dato ineluttabile, da subire senza alternative, confidando che il contrasto presto sia superato e mai più si ripresenti.

Ma ci caratterizza un pensiero infantile, quasi magico, che ci preclude di comprendere sia il senso, sia gli strumenti idonei a gestire il conflitto da protagonisti orientandolo verso soluzioni di reale interesse: non solo di apparente vittoria, ma di realizzazione dell'ideale di vivere relazioni con l'altro che confermino il proprio e l'altrui valore, ove il senso del cooperare venga visto come più vantaggioso del senso del competere.

Dove non si è appiattiti nella convinzione che esprimere il proprio punto di vista o difendere i propri interessi debba necessariamente significare confliggere.

Né che confliggere debba significare necessariamente identificarsi con un contenzioso senza scampo, nella delega ad altri di entrare nelle vicende più intime della propria vita.

Sembra che non si riesca ad ipotizzare la normalità del confronto da adulti capaci di restare protagonisti della propria vita e delle proprie scelte, ancor più nei momenti difficili quando l'altro sembra diventato un ostacolo, un nemico, mentre, invece, resta il nostro specchio, il nostro *partner*, il nostro *coach* che con i suoi no, con le sue richieste, con le sue rivendicazioni, ci induce ad andare oltre e dentro di noi, a continuare instancabilmente il viaggio più affascinante quale è quello della crescita e della espressione completa dei personali talenti, delle specifiche, delle originali aspirazioni, delle uniche tensioni verso i propri obiettivi personali, professionali, sociali.

Non ci si deve più limitare a pensare agli stratagemmi efficaci solo per quei contenziosi che di norma si esauriscono prima che il processo si incardini: poco c'è da investire su questa fetta di procedimenti, pur consistente. Vale la pena, invece, di tarare gli strumenti alternativi sulle questioni a vero rischio di annoso contenzioso.

Urge, quindi, una riflessione sul valore dirompente e sull'efficacia dello strumento della mediazione, al quale ricorrere come prassi virtuosa, per evitare di dover fare,

poi, i conti con i risultati di tanta attività cosiddetta 'ad ispirazione pragmatica', che si rivela ogni giorno di più fondata su fattori inconcludenti: meglio evitare di andare incontro ad amarezze e frustrazioni.

Il mediatore ideale è quello che sa mettere al centro del contenzioso la persona, che è convinto che l'essere umano abbia la dignità di andare ben oltre l'adattamento alle norme di diritto e viva ogni occasione, anche quella della lite, come opportunità per essere un adulto che sa mettersi al centro della propria vita, esercitando la libertà e la responsabilità di autodeterminarsi, di andare incontro, ad un livello etico e civile, all'altro, al 'nemico', alla controparte.

Per i non addetti ai lavori l'ambito delle controversie civili e commerciali appare lontano dalle dinamiche umane: quando si pensa ad un contenzioso, infatti, comunemente si è propensi a concentrarsi sugli elementi fattuali, oggettivi, sulle conseguenze in termini di *business*, di interessi, di vantaggi strategici aziendali, di costi diretti ed indiretti.

Vi è, invece, una componente importante, forse ibrida, che sta tra la risoluzione pragmatica e le caratteristiche più immateriali, frutto dell'interazione tra le persone, protagoniste della questione controversa. Ci sono le loro aspettative, il coinvolgimento personale, i ritardi, il modo di lavorare, il senso e lo stile della propria professione, l'investimento in termini di carriera.

Raramente si prende in considerazione il peso degli elementi che pur hanno a che fare con le sensazioni, gli umori, i caratteri, gli stili nell'affrontare quello che accade, la cultura della istituzione che si rappresenta.

Di fatto, il modo di condurre a buon esito la controversia è legato a questo complesso insieme di elementi, che oltretutto sono molto articolati ed eterogenei. Chi ne ha consapevolezza ne tiene conto anche quando non entra direttamente nel merito, ed anche brevi ed oggettivi interventi sulle parti risultano efficaci.

Considerando quale pensiero di base la distinzione aristotelica tra 'agire' e 'fare', tra il dare senso alle nostre azioni ed eseguire un compito, prima di lasciarci contagiare dalla frenesia della conciliazione e della mediazione, come operatori dobbiamo porci la domanda del come fare per divenire capaci di realizzare il nostro compito ed evitare di venire 'agiti', travolti dalla forza devastante del conflitto. Questo, infatti, tende a frantumare, a confondere tra i molteplici piani che coesistono e lo compongono: le diver-

se ragioni, quelle dell'uno e quelle dell'altro, quelle apparenti e di facciata, quelle profonde, i pretesti per dire, del chiedere altro, e le verità autentiche, che stanno sempre 'oltre'.

Ciò è preliminare al compito di 'servire' al conflitto per non esserne 'asserviti'. Richiede una pausa dal fare e dal darsi da fare per trovare dentro di sé le ragioni dell'impegno in questa nuova prospettiva aperta dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

È un segnale stimolante cogliere l'esigenza di andare oltre i limitati orizzonti normativi per approfondire consapevolmente i multiformi tratti della mediazione e raggiungere una visione più ampia, l'unica destinata al successo.

L'indubbia attuale motivazione di molti a professionalizzarsi può essere una buona base di partenza per far cogliere a chi sarà in grado di raggiungere i profili di maggior spessore il significato complessivo di questa riforma relativamente ad un nuovo concetto di accesso alla giustizia.

Prezioso, anche se solo apparentemente distante, è quindi aprire un rapporto autentico e costruttivo con le parti positive e negative di noi stessi, dei nostri desideri e bisogni, per poter, successivamente, incontrare quelli degli altri. È questa la *conditio sine qua non* affinché le nostre azioni siano libere e responsabili, non l'effetto del trascinarsi di quelle altrui in conflitto, che spesso sono reazioni cieche, causate dallo logico stimolo/risposta.

Passo dopo passo, apriremo in queste pagine l'attenzione all'autoformazione con brevi e ricorrenti contributi sul tema. Saranno stimoli alla riflessione individuale ma anche input per la definizione del percorso di professionalizzazione.

MARIA MARTELLO

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Il decalogo del mediatore familiare*

Il mediatore familiare è un professionista neutrale nel conflitto caratterizzante il processo di separazione e di divorzio. Come "terzo" offre ai coniugi un contesto strutturato e protetto dove affrontare la crisi coniugale, cogliendo le opportunità evolutive che il conflitto propone, anche in funzione della crescita e della maturazione dei figli. Imparziale e non giudicante, il mediatore conduce il processo mediativo con l'obiettivo di raggiungere accordi concreti e stabili nel tempo sulle principali decisioni che riguardano genitori e figli: l'affidamento e l'educazione dei figli, i periodi di visita del genitore non affidatario (in mancanza di affido condiviso), la gestione del tempo libero, la divisione dei beni, tutti gli aspetti che normalmente ostacolano il processo di separazione, diventando il terreno di scontro fra i *partners* su questioni relazionali di fondo rimaste irrisolte. Il mediatore familiare sistemico prende in considerazione l'intero sistema familiare e lo aiuta, ciascun membro e il gruppo familiare nell'insieme, a superare la fase critica del proprio ciclo vitale per raggiungere, con le risorse presenti, relazioni più soddisfacenti per ciascun componente la famiglia. Tra le risorse presenti, il mediatore include anche se stesso e il processo mediativo in atto.

- Papà - mi interrompe mio figlio - *non si potrebbe provare a dire in modo diverso cos'è questo "cosa" di cui hai scritto in questa paginetta che mi stai leggendo, cercando di ottenere la mia approvazione?* -

- In altro modo, in altro modo come? Ti viene un'idea da suggerirmi? -

- Papà, a scuola la maestra parla per punti o per lettere: 1, 2, 3, ... a), b), c) ... a rugby l'allenatore fa altrettanto, al catechismo la signora Maria usa lo stesso sistema. Forse si può fare anche per il "cosa". Se lo presenti per punti può darsi che chi ascolta è più attento. Io sono già stanco, però. -

Accolgo il suggerimento di mio figlio. Il buonsenso mi esorta a non sottoporre l'in-

fante ad una ulteriore pena, così non gli leggo il risultato finale, ma lo informo che abbiamo scritto insieme questi punti sul "cosa", usando i numeri e non le lettere dell'alfabeto.

Provo a stilare un decalogo del mediatore familiare sistemico che utilizza il modello globale per sviscerare le sue competenze specifiche.

1. È un professionista con una sua formazione specifica, esperto nella gestione dei conflitti.
2. È un terzo imparziale, non giudicante ed empatico.
3. È garante del segreto professionale.
4. È responsabile del processo di negoziazione, perciò ne controlla l'evoluzione corretta, evitando sbilanciamenti e abusi di potere di uno dei coniugi.
5. È un "traghettatore" che guida la coppia, nella burrasca della crisi e del conflitto, verso nuovi lidi, favorendo un miglioramento delle relazioni e degli equilibri affettivi ed emotivi di ciascun componente la famiglia e del sistema familiare nell'insieme.
6. È un chiarificatore dei bisogni di ciascuno e di tutti nell'insieme, padroneggia alcuni strumenti ad impatto emotivo, con utilizzo non clinico: il genogramma, la narrazione, l'album fotografico, la scultura.
7. È un "notaio" paziente, che illustra le regole necessarie al percorso mediativo e le fa rispettare, così come fa rispettare i turni, dando la parola in modo equilibrato a ciascuno.
8. È un orientatore di colloqui non normativi che abbiano tre caratteristiche di base: l'ipotesizzazione (fa ipotesi che connettano tutti i membri del sistema significativo), la circolarità (tiene conto dei feedback, delle retroazioni), la neutralità (non prende posizione a favore o contro persone e idee).
9. È un promotore della "presentificazione del terzo assente". Da sistemico, il mediatore sa che la coppia porta con sé almeno un terzo (una persona, la propria

*Dalla mia tesi in mediazione familiare "La Mediazione Familiare-Risorsa. Dal conflitto al cambiamento".

cultura, il vissuto personale e familiare della coppia oggi e delle relazioni con le famiglie d'origine, le emozioni, gli affetti, la vita sociale con gli amici, con i pari, nell'ambiente di lavoro, nel sistema familiare ... tutto un mondo). Questo "terzo" è presente, sebbene assente. Al mediatore l'abilità di mettere in luce le "connessioni".

10. È una persona che ama il suo lavoro e ha la consapevolezza che la sua è una relazione di aiuto ad altre persone con le quali può co-costruire la realtà e renderla più accettabile o meno disfunzionale, co-costruire "storie che curano". In fondo, sa di essere un terzo "presente", sia perché è lì presente nel *setting* mediativo e permette alla diade di sperimentare un rapporto triadico, sia perché è un "presente", un dono per la coppia, come loro lo sono per lui.

Normalmente, fino al recentissimo passato e ancora oggi, il mediatore familiare ha una sua formazione professionale specifica e un background culturale psico-sociale (psicologo, psicoterapeuta, sociologo, assistente sociale) o giuridico (avvocato, giurista), e

nella maggior parte dei casi è un professionista in questi ambiti. Oggi c'è anche il mediatore familiare che esercita la propria professione in modo esclusivo e non proviene da altri ambiti culturali psico-sociali o giuridici. A lui, i miei auguri per quanto lo attende: l'impegno personale nell'aggiornamento continuo, l'arricchimento culturale multidisciplinare, l'esercizio di creare connessioni tra mondi apparentemente distanti, appassionandosi a tematiche di psicologia, giurisprudenza, sociologia, pedagogia. È un mediatore, sta in mezzo, ed è anche "*medium*", che non porta la sua verità, ma quella di un altro, che non è l'alterità della coppia, dei clienti con le loro risorse nascoste, ma l'alterità identificabile nella congiunzione "e", nel legame tra mediatore "e" coppia in mediazione. Al mediatore il compito di prestare la propria voce a questa "realtà" costitutiva della risorsa mediativa.

FILIPPO PAGLIARULO

Counsellar Professionista
Area Formazione "Spazio Famiglia"
Practitioner P.N.L.

© RIPRODUZIONE RISERVATA



Il procedimento di opposizione amministrativa dei marchi in Italia, Cooling off e Mediazione

A seguito del Decreto Ministeriale 11 maggio 2011 e della successiva Circolare Esplicativa n. 582 del Ministero dello Sviluppo Economico, dal primo luglio 2011 è attiva anche in Italia la procedura di opposizione amministrativa nei confronti, tra l'altro, delle domande di registrazione di marchi nazionali nonché delle domande internazionali designanti l'Italia, che abbiano per oggetto marchi identici o simili in relazione a prodotti o servizi identici o affini¹.

L'attivazione di questa procedura amministrativa è un importante passo in avanti per la difesa dei marchi d'impresa in Italia, che ci ha allineato a quanto previsto a livello comunitario ed internazionale.

In precedenza, come noto, nel nostro Paese la difesa di un marchio d'impresa era spesso affidata ad una tutela giurisdizionale di tipo "ex post", ossia successivamente alla registrazione e conseguente immissione sul mercato di prodotti o servizi recanti un segno distintivo che, in base a determinati parametri poteva definirsi confusorio, se non addirittura in contraffazione, con quello detenuto da altro soggetto in base a diritti anteriori.

La citata procedura di opposizione comporta l'indubbio vantaggio per gli operatori economici, titolari di specifici diritti anteriori, di tutelare "ex ante" i propri interessi adendo direttamente l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi² (UIBM), attraverso una procedura amministrativa, sostanzialmente rapida ed economica, al fine di impedire la concessione ad un terzo di un titolo potenzialmente o fattivamente lesivo dei propri diritti, senza la necessità di dover instaurare una causa di merito presso la Sezione Specializzata di Proprietà Intellettuale ed Industriale del Tribunale territorialmente competente³.

Come certamente noto agli operatori del settore, in realtà la procedura di opposizio-

ne era già prevista dal Codice della Proprietà Industriale e disciplinata dal suo successivo Regolamento di attuazione ma, di fatto, era rimasta inattuata a causa dalla mancata predisposizione di un Bollettino Ufficiale dei Marchi quale sistema di pubblicazione delle domande nazionali di registrazione per marchio d'impresa. Finalmente, dal 2011⁴ il Bollettino Ufficiale dei Marchi viene pubblicato mensilmente sul sito dell'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi⁵ (UIBM).

Ai sensi dell'articolo 176 del Codice della Proprietà Industriale (C.P.I.), l'opposizione avverso una domanda di registrazione di marchio d'impresa può essere presentata all'UIBM entro il termine di tre mesi dalla data di pubblicazione della stessa nel Bollettino Ufficiale dei Marchi ovvero, nel caso di marchio internazionale designante l'Italia, dal primo giorno del mese successivo a quello della sua pubblicazione nella *Gazette de l'Organisation Mondiale de la propriété Intellectuelle des Marques Internationales*⁶.

I soggetti legittimati a proporre la citata opposizione sono, ai sensi dell'articolo 177 C.P.I., il titolare di un marchio già registrato o depositato⁷ in Italia o avente nello Stato efficacia da data anteriore, dal licenziatario dell'uso esclusivo e, inoltre, dalle persone, gli enti e le associazioni titolari di diritti su ritratti di persone, nomi e segni notori ai sensi dell'articolo 8 C.P.I. Non potrà sfuggire che tale disposizione esclude che possano essere proposte opposizioni da parte dei titolari di marchi che godono soltanto di rinomanza o che siano notoriamente conosciuti ai sensi dell'articolo 6-bis della Convenzione di Unio-

⁴ Il primo è stato pubblicato l'11 luglio 2011 e contiene le domande depositate dal 1 maggio 2011.

⁵ <http://www.uibm.gov.it/uibm/dati/Bollettino.aspx>

⁶ <http://www.wipo.int/madrid/fr/madridgazette>

- La Gazette OMPI des marques internationales est la publication officielle du système de Madrid. Le Bureau international publie chaque semaine des informations relatives aux nouveaux enregistrements internationaux, aux renouvellements, aux désignations postérieures ou modifications affectant un enregistrement international existant.

⁷ "In forza di un diritto di priorità o di una valida rivendicazione di preesistenza".

¹ Articolo 174 e ss Codice della Proprietà Industriale.

² <http://www.uibm.gov.it>

³ Riguardo la competenza per territorio delle Sezioni specializzate in materia di IP, vedasi l'art. 4, comma 1-bis, D.lgs. 27 giugno 2003 n. 168, introdotto dalla recente legge 21 febbraio 2014 n. 9 (Caso di competenza per territorio inderogabile).

ne di Parigi e, inoltre, da parte dei titolari di segni distintivi diversi dal marchio registrato, tra i quali i marchi non registrati (c.d. "marchi di fatto"), i quali possono depositare le osservazioni "dei terzi" ai sensi dell'articolo 175 C.P.I. e, eventualmente, agire in via giudiziale.

Successivamente al deposito della domanda di opposizione, il procedimento si sviluppa in due fasi di cui la prima, avente carattere istruttorio, ha ad oggetto la verifica da parte dell'UIBM sia della ricevibilità sia dell'ammissibilità della domanda di opposizione e dovrà concludersi entro due mesi dalla scadenza del termine per la presentazione di quest'ultima. Una volta effettuata l'istruttoria e, in ogni caso, entro il medesimo termine di due mesi, l'UIBM comunica l'atto di opposizione al richiedente la domanda di registrazione contestata ed informa altresì le parti della facoltà loro concessa dall'articolo 178, primo comma, C.P.I., di tentare di raggiungere un accordo di conciliazione. L'accordo di conciliazione deve essere concluso nel termine di due mesi decorrente dalla data di ricevimento della medesima comunicazione effettuata dall'ufficio. Tale termine non è perentorio in quanto le parti, entro tale scadenza, possono estenderlo depositando presso l'UIBM istanza congiunta di proroga fino ad un massimo di 1 anno, decorrente anch'esso dalla data della ricezione della prima comunicazione dell'ufficio.

Il periodo a disposizione delle parti per tentare di raggiungere un possibile accordo di conciliazione viene internazionalmente definito "*Cooling off*" (raffreddamento o riflessione) e trova ampie analogie applicative sia a livello comunitario sia internazionale. Durante questo periodo il procedimento di opposizione è sospeso (Art. 180, comma 1, lett. a), C.P.I.). Nel caso in cui si raggiunga un accordo l'opposizione si estingue (Art. 181, comma 1, lett. b) C.P.I.); in caso contrario, il procedimento di opposizione prosegue il suo corso.

Venendo ora ad analizzare più nello specifico il periodo di *Cooling off*, risulta evidente che tale spazio temporale a disposizione delle parti è *ex lege* ed automatico nella sua impostazione iniziale (i due mesi sono normativamente previsti) ma, nel contempo, è rimesso alla sua concreta e fattiva utilizzazione alle parti stesse le quali possono o far decorrere inutilmente tale termine o attivarsi per una soluzione bonaria e, se necessario, possono altresì disporre congiuntamente una estensione.

Tale previsione legislativa appalesa la vo-

lontà del legislatore di consentire alle parti di poter approfittare di uno spazio temporale a fini conciliativi senza prevedere una obbligatorietà in tale senso e senza statuire una sanzione per mancato "contatto" o accordo tra le stesse.

Da una parte, quindi, il vantaggio della possibilità offerta dal periodo di *Cooling off* è palese ed è rispondente alle necessità del mercato, ossia consentire alle parti, il più delle volte aziende, di verificare la possibilità di raggiungere un accordo bonario che le permetta altresì di evitare lunghi, defatiganti e costosi contenziosi, magari internazionali, dall'esito incerto.

Dall'altra parte però, è altrettanto evidente che l'adempimento agli obblighi previsti in un eventuale accordo sottoscritto durante il periodo di *Cooling off*, essendo privo della forza deterrente del titolo esecutivo, è rimesso alla diligenza delle parti contraenti e può essere fonte di un ulteriore contenzioso per la sua effettiva attuazione.

È quindi evidente che la debolezza intrinseca di un accordo sottoscritto *inter partes* nel periodo di *Cooling off*, soprattutto nell'attuale contesto storico, non può certamente contribuire a soddisfare le esigenze di certezza del diritto richieste a gran voce dalle imprese italiane, soprattutto in un settore che riveste una importanza fondamentale per l'economia italiana quale quello della proprietà industriale⁸.

A tale riguardo, gli operatori economici e del settore hanno più volte sottolineato che le aziende italiane operanti nel mercato interno comunitario ma, soprattutto, in quello internazionale, necessitano di strumenti veloci ed adeguati per la tutela dei loro assets immateriali quali, appunto, i diritti di proprietà intellettuale ed industriale. In tale contesto, è ad esempio emerso che le aziende italiane, soprattutto quelle che esportano beni all'estero, soffrono nei

⁸ In Italia, il contributo al PIL ed all'occupazione da parte delle industrie ad alta intensità di diritti di proprietà industriale è rispettivamente pari al 40,8% e 26,8%, e considerando le singole componenti, pari al 12,6% e 10,2% (brevetti), al 36,1% e 21,5% (marchi), al 14,9% e 14,4% (disegni), 3,7% e 2,4% (diritti d'autore), 0,2% e 0,3% (indicazione geografica). Secondo lo studio l'Italia, nel periodo 2004-2008, si è classificata al secondo posto in Europa per produzione di disegni (44.618), al terzo posto per produzione di brevetti (7.260), al quarto posto per la produzione di marchi (52.699). Fonti: EPO: Intellectual property rights intensive industries: contribution to economic performance and employment in the European Union. Industry-Level Analysis Report, September 2013; <http://www.airi.it/2014/01/rapporto-epo-ipr-intensive-industries/>

confronti dei loro interlocutori stranieri per via della estrema difficoltà di far valere in sede di contrattazione (e per ovvi motivi) non solo il foro italiano di loro competenza quale sede di discussione per eventuali problematiche successive alla stipulazione degli accordi, ma, altresì, per l'incertezza intrinseca che eventuali accordi sottoscritti nel periodo di *Cooling off* siano effettivamente eseguiti.

Si pensi ad esempio ad un accordo sottoscritto nel periodo di *Cooling off* tra le aziende italiane Alfa e Beta, che preveda l'obbligo per Beta di non commercializzare con il segno contestato da Alfa un dato prodotto nel territorio nazionale e, correlativamente, ad un accordo sottoscritto da Alfa e Gamma, magari di licenza esclusiva d'uso del marchio di proprietà di Alfa e fonte del diritto di opposizione dal quale è scaturito l'accordo in *Cooling off*. Ebbene, come sopra evidenziato, la normativa vigente in Proprietà Industriale non assicura uno strumento agile e veloce per consentire di agire con rapidità ed efficacia contro un eventuale mancato rispetto degli accordi (da parte di Beta) e ciò indubbiamente svaluta, o meglio, si inserisce quale elemento di "disturbo" nella valutazione economica del marchio nella fase di contrattazione tra Alfa e i suoi interlocutori.

In tale contesto normativo può risultare di rilevante interesse l'applicazione della procedura di mediazione prevista dal D.lgs. 28/2010, come modificato dalla recente legge 98/2013. Infatti, tale procedura può inserirsi con successo nel contesto del *Cooling off* quale opportunità operativa e di maggiore garanzia per i soggetti e gli operatori tecnici e del diritto coinvolti.

Poiché la materia della proprietà industriale non è inserita tra quelle per le quali, ogni qual volta si voglia far valere in Tribunale una pretesa afferente ad una materia indicata nell'articolo 5, comma 1-bis, D.lgs. 28/2010, è necessario il preventivo tentativo obbligatorio di mediazione ai fini dell'espletamento della condizione di procedibilità⁹, valida per lo svolgimento dell'azione giudiziale, una mediazione in materia di marchi d'impresa inserita nel periodo di *Cooling off* è attivabile dalle parti solo a titolo volontario.

In ogni caso, i vantaggi per le aziende nell'applicare lo strumento della mediazione nel periodo di *Cooling off* sono oltremodo evidenti. Il procedimento di mediazione,

infatti, oltre a presentare numerosi profili di indubbio beneficio per le aziende, tra i quali quelli della celerità (al massimo tre mesi¹⁰), dell'economicità (in rapporto ai costi dei possibili vari gradi di un contenzioso civile e, in alternativa, dell'arbitrato), della riservatezza (ad esempio, il non dover affrontare pubblicamente problematiche, magari estremamente riservate, quali i casi di controversie relative a possibili violazioni di IP strategiche) e della flessibilità (anche relativamente all'oggetto – *enlargement of the cake*), presenta un nuovo ed ulteriore non indifferente beneficio: la possibilità di ottenere un titolo esecutivo direttamente attraverso la sottoscrizione dell'accordo di mediazione.

Al riguardo, la legge di riforma dell'istituto della mediazione civile e commerciale (legge 98/2013), ha modificato l'articolo 12 del D.lgs. 28/2010 introducendo, accanto alla preesistente e tuttora vigente possibilità di omologa dell'accordo di mediazione (allegato al verbale) da parte del Presidente del Tribunale¹¹, una assoluta novità nel panorama giuridico italiano. Il nuovo articolo 12, comma 1, prevede infatti 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". Per ottenere tale importante effetto, gli avvocati devono assistere le parti e, sottoscrivere anch'essi l'accordo attestando e certificando "la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico".

Tale novità normativa è applicabile ad ogni tipo di mediazione, sia volontaria sia obbligatoria (anche a seguito di mediazione

¹⁰ Termine che gli addetti ai lavori considerano, anche in ossequio alla *ratio* e alla finalità socio-economica della mediazione, non perentorio ma, eventualmente, estensibile per volontà delle parti e con il consenso del mediatore.

¹¹ La nuova formulazione dell'articolo 12 in discorso, relativamente al titolare del potere di emettere il decreto di omologa dell'accordo di mediazione (allegato al verbale di mediazione), ha soppresso il riferimento alla competenza del Presidente del Tribunale "nel cui circondario ha sede l'organismo". Tale ultimo riferimento non è più necessario a seguito della introduzione della competenza per territorio degli organismi di mediazione. Infatti, l'art. 4, comma 1, D.lgs. 28/2010, come riformato dalla legge 98/2013, prevede che la domanda di mediazione essere presentata "presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia".

⁹ Ma meglio sarebbe dire "l'obbligatoria partecipazione al primo incontro di mediazione".

delegata per ordine del giudice o derivante da una clausola contrattuale).

È quindi di immediato rilievo che la possibilità offerta dall'articolo 12 del D.lgs. 28/2010 di produrre un titolo esecutivo con la sottoscrizione "assistita" dell'accordo di mediazione, consente alle aziende di poter disporre di uno strumento, di immediata efficacia giuridico-economica, da poter far valere non solo in una eventuale fase patologica del rapporto ma altresì, come sopra descritto, in fase di contrattazione ossia in una fase attiva e di valutazione del proprio asset aziendale di tipo immateriale.

Ciò comporta che le aziende ben potrebbero attivarsi in mediazione anche senza la presenza iniziale dell'avvocato (in quanto non obbligatoria) e tentare di raggiungere un accordo bonario tra loro.

In caso di svolgimento positivo della procedura ADR e non essendo la proprietà industriale materia inserita nell'elenco di cui all'articolo 5, comma 1-bis, D.lgs. 28/2010, le aziende potrebbero quindi tranquillamente richiedere di essere assistite dal loro legale di fiducia anche solo nella fase di redazione dell'accordo di mediazione e contestuale sottoscrizione per certificazione della conformità alle norme imperative ed ordine pubblico, con tutti gli effetti positivi di cui sopra¹².

Quanto riferito è ovviamente applicabile anche ai casi di contrasti transfrontalieri tra aziende. Restando nell'ambito della nostra trattazione, sopra abbiamo evidenziato come l'opposizione alla registrazione di un marchio di impresa possa essere attivata anche nei confronti della richiesta di registrazione di marchio internazionale designante l'Italia. In tal caso, nulla osta a che nel periodo di *Cooling off* l'azienda italiana possa proporre alla controparte di attivare una procedura di mediazione, tenendo presente che, ai sensi dell'articolo 12, primo comma, ultimo capoverso, *"Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal Presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione"*.

Questa disposizione non deve trarre in

¹² Si ricorda che in base alla Circolare del 27 novembre 2013 emessa dal Ministero della Giustizia, quest'ultimo ha chiarito che solo nei casi di cui all'articolo 5, comma 1-bis, D.lgs. 28/2010, la presenza dell'avvocato è obbligatoria *"non solo al momento del deposito dell'istanza, ma anche per tutti i momenti successivi del procedimento di mediazione, fino al termine della procedura"*.

inganno; con essa non si esclude la possibilità di ottenere un titolo esecutivo diretto se almeno una delle aziende non ha sede in Italia, ma, a ben vedere, intende solo specificare che se l'accordo deve avere esecuzione all'estero (*rectius*, in ambito Comunitario), per la sua esecutività dovrà esserne interessato il giudice del luogo. Da ciò ne discende che in caso di controversie transfrontaliere, qualora l'accordo debba avere esecuzione in Italia¹³, l'eventuale accettazione di tutte le parti coinvolte della procedura di mediazione italiana comporta in automatico la possibilità che l'eventuale accordo, in presenza degli avvocati, possa diventare un titolo esecutivo immediato. Solo la contemporanea mancanza dell'assistenza, della sottoscrizione e della citata certificazione di conformità da parte degli avvocati di tutte le parti, comporterà che lo stesso accordo, per costituire titolo esecutivo, dovrà essere necessariamente omologato dal Presidente del Tribunale competente a conoscere della controversia¹⁴.

In conclusione, è parere dello scrivente che la mediazione civile e commerciale sia indubbiamente uno strumento utile, snello e veloce, che gli operatori del settore della proprietà industriale possono utilizzare ove opportuno e del quale si auspica una sempre maggiore applicazione.

GUIDO CARDELLI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

¹³ Spesso gli accordi susseguenti all'attivazione di una procedura di opposizione alla registrazione di un marchio prevedono il divieto per il titolare del segno distintivo contestato di commercializzare un prodotto o un servizio nel nostro territorio nazionale per mezzo di tale segno.

¹⁴ Vedasi altresì retro, nota n. 3.

La mediazione condominiale nel 2014

1. Premessa: la mediazione in condominio

L'obbligatorietà della procedura conciliativa in ambito di controversie condominiali è a partire dal 21 settembre 2013 (cioè decorsi trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto "del fare" ex art. 84, ultimo comma D. L. 69/2013, convertito nella Legge 9 agosto 2013, n. 98, entrata in vigore il 20 agosto 2013).

L'art. 5, comma 1, del D. Lgs. 28/2010, come modificato dalla L. 98/2013, nel prevedere le materie per cui la mediazione è definita obbligatoria, ha natura di norma inderogabile.

Questa norma così dispone: *"Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia 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 mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione... L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità dell'azione giudiziale..."*

La normativa conciliativa parla in termini generici di condominio, non operando un distinguo in merito alle varie materie che possono di volta in volta venire in discussione. Occorre quindi rivolgere lo sguardo alle norme del codice civile.

Com'è noto, l'istituto del condominio ha subito una radicale riforma con l'introduzione legislativa della L. 11 dicembre 2012, n. 220, entrata in vigore a far data dal 18 giugno 2013.

Per quanto qui di interesse, essa ha:

- attribuito maggiori diritti e facoltà in capo al singolo condomino,
- dato più poteri e doveri all'amministratore,
- nonché conferito più attribuzioni all'assemblea dell'edificio.

È stata inoltre prevista una norma specifica in ambito di mediazione, l'art. 71^{quater} disp. att. c.c.

Questa disposizione esordisce affermando che *"Per controversie in materia di condo-*

minio, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, si intendono quelle derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione delle disposizioni del libro terzo, titolo VII, capo II, del codice e degli articoli da 61 a 72 delle presenti disposizioni per l'attuazione del codice."

Quindi, la singola violazione di una di queste disposizioni, comporta l'accesso obbligatorio in mediazione.

Occorre tuttavia operare un coordinamento tra la normativa specifica condominiale e quella di mediaconciliazione.

2. Le fattispecie escluse dalla mediazione (anche condominiale)

La normativa della mediazione, ai commi 4 dell'art. 5 D. Lgs. 28/2010 e ss.mm. evidenzia particolari *procedimenti che sono esclusi* – parzialmente o totalmente – dall'ambito di applicazione del testo normativo in questione. Si rende necessario tenere in considerazione questi procedimenti – così come sancito dall'art. 5, comma 4 – e procedere a un esame delle questioni condominiali che potrebbero rientrare nella casistica di esclusione. La conclusione è che se il procedimento condominiale rientra in una di queste fattispecie particolari, si esula dalla mediazione.

Il comma 4 prevale, quale normativa speciale, rispetto al comma 1 del medesimo art. 5 D. Lgs. 28/2010, che si qualifica in termini di disposizione generale. Da ciò consegue che prevale l'esclusione dalla mediazione dei procedimenti ivi contemplati anche nel caso in cui riguardino il condominio:

Sono pertanto esclusi dalla mediazione, anche se in ambito di condominio, i seguenti casi:

- a) I procedimenti di ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione.

Ad esempio: la mediazione non opera nel procedimento relativo al decreto ingiuntivo che ottiene l'amministratore nei confronti dei condomini morosi ex art. 63 disp. att. c.c.; può aprirsi la mediazione solo nel caso in cui il condomino presenti l'opposizione all'ingiunzione, chiedendo altresì la pronuncia di revoca della provvisoria esecutorietà del provvedimento monitorio.

- b) I procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile.

Ad esempio: il procedimento di sfratto azionato dall'amministratore del condominio nei confronti del conduttore di una parte condominiale non entra in mediazione se non quando si apre il giudizio ordinario.

- c) I procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite (art. 696-bis del codice di procedura civile).

Ad esempio: il condominio e l'appaltatore di interventi del tetto discutono sull'esecuzione a regola d'arte degli interventi. Se adiscono questa particolare procedura di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, la mediazione non verrà mai instaurata.

- d) I procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile.

Ad esempio: un condomino occupa il cortile del condominio, comportandosi come se fosse sua proprietà. L'amministratore di condominio agisce per ottenere la restituzione del possesso del cortile in capo a tutti i condomini. Il procedimento, di natura possessoria, non vede la mediazione se non nel caso in cui a esso faccia seguito il giudizio ordinario di merito.

- e) I procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata.

- f) I procedimenti in camera di consiglio.

Così dovrebbe essere per il procedimento di revoca dell'amministratore dell'edificio, trattandosi – a stretto rigore – di procedimento che si svolge in camera di consiglio.

- g) L'azione civile esercitata nel processo penale.

Per le casistiche sub e) e g) non si rinven-
gono precedenti in condominio.

3. Le fattispecie condominiali

Le fattispecie che interessano direttamente l'edificio possono essere distinte nelle seguenti:

1. le cause tra il condominio e il singolo condomino;
2. le cause tra il condominio e l'amministratore;
3. le cause tra il condominio e i terzi.

3.1. CAUSE TRA IL CONDOMINIO E IL SINGOLO CONDOMINO

Per quanto concerne il primo gruppo, tra le altre cose, i condomini:

- a) hanno l'obbligo di rispettare il vivere sociale del palazzo, non ledendo gli interessi

e i diritti degli altri condomini, come ad esempio sanciti dal regolamento del condominio,

- b) sono tenuti al pagamento delle rispettive quote spese condominiali, come da preventivo e/o consuntivo e conseguente riparto approvato dall'assemblea.

Nel caso di mancato adempimento degli obblighi di cui al punto a), la controversia vede:

- prima il procedimento di mediazione
- e successivamente, in caso di esito negativo della procedura bonaria, l'accesso in sede giudiziaria.

Ad esempio: se il regolamento di condominio dispone il divieto di parcheggiare l'autovettura in cortile, l'amministratore deve agire contro il condomino che non si cura di questo divieto prima in mediazione e solo nel caso di esito negativo in sede giudiziale.

Non così nel secondo caso, dove il condomino è moroso: qui la mediazione non è immediata. Essa è operativa solo dopo il procedimento di ingiunzione ex art. 63 disp. att. cod. civ. promosso dall'amministratore di condominio contro il condomino che non ha pagato la propria quota. La mediazione si aziona solo in sede di eventuale opposizione del condomino quando questi ha proposto la revoca della provvisoria esecutorietà di cui è già munita l'ingiunzione.

Il provvedimento monitorio in ambito di condominio è sancito dall'art. 63 disp. att. c.c., il cui testo così recita: *"Per la riscossione dei contributi in base allo stato di ripartizione approvato dall'assemblea, l'amministratore, senza bisogno di autorizzazione di questa, può ottenere un decreto di ingiunzione immediatamente esecutivo, nonostante opposizione, ed è tenuto a comunicare ai creditori non ancora soddisfatti che lo interpellino i dati dei condomini morosi ..."*

Il nuovo art. 1129 n. 10 cod. civ. dispone che il mandatario dell'edificio ha l'obbligo di redigere il rendiconto condominiale annuale della gestione e di convocare l'assemblea per la relativa approvazione entro centottanta giorni, a pena di revoca per giusta causa del mandato. Sempre il medesimo art. 1129 cod. civ. così espressamente prevede *"Salvo che sia stato espressamente dispensato dall'assemblea, l'amministratore è tenuto ad agire per la riscossione forzata delle somme dovute dagli obbligati entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio nel quale il credito esigibile è compreso, anche ai sensi dell'art. 63, comma 1, delle disposizioni per l'attuazione del presente codice"*. Per questa fattispecie, la mediazione non può essere azionata subito in quanto, a norma dell'art. 5

comma 6 del D. Lgs. n. 28/2010, essa è esclusa per il procedimento monitorio e per quello – eventuale successivo – di opposizione all’ingiunzione fino alla pronuncia da parte del giudice dell’opposizione in merito alla clausola di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo ottenuto.

Per quanto concerne la tutela dei beni condominiali, occorre distinguere caso per caso.

Se l’azione da intraprendere ha natura ordinaria, ad esempio concerne il diritto di proprietà del bene o altro diritto reale, occorre agire prima in sede di mediazione e poi, eventualmente, davanti all’autorità giudiziaria.

Ad esempio: il vicino del condominio ritiene di sua proprietà il passaggio carraio del condominio. L’amministratore, ricevuta l’autorizzazione dall’assemblea a agire in giudizio, deve azionare la procedura di mediazione.

Se invece si rende necessario agire con una procedura cautelare come il ricorso possessorio, stante l’urgenza di un provvedimento giudiziario teso a ottenere l’immediata tutela della situazione di fatto di cui ai beni e servizi del condominio lesi dal condomino (o eventualmente anche da un terzo), l’art. 5 comma 6 del D. Lgs. n. 28/2010 prevede l’accesso in mediazione solo a seguito dell’emanazione dell’ordinanza sommaria con cui vengono disposti i primi provvedimenti in merito alla situazione possessoria di cui si richiede la tutela in sede giudiziale.

Ad esempio: un condomino occupa il cortile del condominio, comportandosi come se fosse sua proprietà. L’amministratore di condominio agisce per ottenere la restituzione del possesso del cortile in capo a tutti i condomini. Il procedimento, di natura possessoria, non vede la mediazione se non nel caso in cui a esso faccia seguito il giudizio ordinario di merito.

Alcuni organi giudiziari ritengono che la mediazione deve essere attivata anche nei casi simili alle fattispecie qui riportate e esemplificate. L’affermazione è la seguente: l’analogia delle fattispecie implica l’obbligo della mediazione anche per le materie non espressamente indicate dalla norma. Così è stato affermato, ad esempio, nel caso di azione di rilascio di un immobile detenuto senza titolo, rapporto qualificato in termini analoghi alla locazione da parte dell’organo giudicante (Tribunale Modena, 5 maggio 2011). Il principio applicato è il seguente: l’azione per il rilascio di immobili occupati senza titolo è soggetta al preventivo esperimento del procedimento di mediazione; il tentativo obbligatorio di mediazione è condizione di procedibilità nelle materie espressa-

mente indicate, tra cui vi rientrano quelle in materia di diritti reali e locazioni. Ne deriva che anche l’azione promossa per il rilascio di un immobile occupato senza titolo è da intendersi compresa all’interno della disciplina delle locazioni e pertanto è soggetta all’esperimento della mediazione.

La fattispecie da ultimo analizzata può essere di interesse per il condominio. Il caso condominiale può concernere il portiere dello stabile che è stato licenziato e che non rilascia l’immobile concessogli a titolo di integrazione del corrispettivo del rapporto di lavoro.

3.2. CAUSE TRA IL CONDOMINIO E L’AMMINISTRATORE

Per le controversie tra il condominio e l’amministratore occorre verificare la sussistenza delle eventuali negligenze del mandatario dell’edificio, come sancite dalla nuova legge n. 220/2012 o di altre mancanze, stante la natura esemplificativa delle gravi irregolarità che comportano la revoca del mandato per giusta causa (art. 1129 cod. civ.).

Nel caso in cui si riscontri la mancanza della dovuta diligenza nel compimento di qualche attività, ad esempio la mancata apertura del proprio conto corrente, il condominio può agire nei confronti dell’amministratore seguendo due strade alternative.

La prima attiene al giudizio di revoca di cui all’art. 64 disp. att. cod. civ., procedimento di volontaria giurisdizione, che non ha natura contenziosa ma amministrativa, svolgendosi in camera di consiglio ex artt. 737 ss. cod. proc. civ. Per esso si deve obbligatoriamente adire il tribunale competente: il procedimento che si svolge in sede giudiziale in camera di consiglio è escluso dalla mediazione (art. 5 comma 6 del D. Lgs. n. 28/2010 e ss.mm.).

Se invece l’edificio o il singolo condomino intende agire in ragione del rapporto di mandato contrattuale intercorrente con il proprio amministratore, la controversia vede l’immediato accesso in mediazione. Trattandosi di azione ordinaria in ragione del contratto edificio-mandatario, si rientra nelle fattispecie generali di mediazione obbligatoria (art. 5 comma 1 del D. Lgs. n. 28/2010 e ss.mm.).

3.3. CAUSE TRA IL CONDOMINIO E I TERZI

Anche le cause tra il condominio e i terzi potrebbero essere intese di immediato accesso in mediazione.

Come sopra visto, la relativa normativa (art. 5 comma 1 D. Lgs. 28.2010 e ss.mm.) dispone che qualsiasi controversia che interessi il condominio deve essere fatta oggetto

della procedura di mediazione prima di avere accesso in sede giudiziale.

Si pensi ad esempio al contratto di appalto di cui alla manutenzione ordinaria o straordinaria di una parte comune dell'edificio.

Ponendo l'accento sul fatto che una delle parti della controversia è il condominio, la vicenda dovrebbe essere oggetto di tentativo di soluzione bonaria in mediazione. Se invece si sottolinea l'indicazione delle materie di possibili controversie condominiali, come specificato dall'art. 71^{quater} disp. att. c.c., la soluzione è l'esatto opposto: non si è prettamente in ambito di condominio ma di fattispecie contrattuale esclusa dalla mediazione.

4. Il ruolo dell'amministratore nella mediazione

Occorre richiamare il nuovo art. 71^{quater} disp. att. c.c. Questa norma così dispone: *"Per controversie in materia di condominio, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, si intendono quelle derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione delle disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, del codice e degli articoli da 61 a 72 delle presenti disposizioni per l'attuazione del codice."*

La domanda di mediazione deve essere presentata, a pena di inammissibilità, presso un organismo di mediazione ubicato nella circoscrizione del tribunale nella quale il condominio è situato.

Al procedimento è legittimato a partecipare l'amministratore, previa delibera assembleare da assumere con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, del codice.

Se i termini di comparizione davanti al mediatore non consentono di assumere la delibera di cui al terzo comma, il mediatore dispone, su istanza del condominio, idonea proroga della prima comparizione.

La proposta di mediazione deve essere approvata dall'assemblea con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, del codice. Se non si raggiunge la predetta maggioranza, la proposta si deve intendere non accettata. Il mediatore fissa il termine per la proposta di conciliazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, tenendo conto della necessità per l'amministratore di munirsi della delibera assembleare."

Questa norma ha risolto vari dubbi. Prima della sua entrata in vigore, ci si interrogava sull'organismo presso cui presentare la domanda conciliativa, non essendo dettato alcun criterio territoriale di riferimento. Ci si domandava se l'amministratore avesse – in

tutti i casi o in quali casi – necessità della previa autorizzazione assembleare per promuovere la mediazione per le materie di sua competenza. Il dubbio era dato dal fatto che è vero che, per alcune materie, si tratta di poteri/doveri autonomi del mandatario, ma è altrettanto vero che l'accordo bonario nella quasi totalità dei casi, avendo natura transattiva, comporta concessioni a titolo bonario da parte del condominio, per mezzo del suo amministratore, dove questi non ha poteri diretti.

Si pensi ad esempio al caso in cui l'amministratore agisce in mediazione a tutela del cortile in quanto un terzo o un condominio lo occupano quotidianamente nonostante il regolamento vieti la sosta. Qui si può concludere la mediazione con l'accordo delle parti sulla cui base il terzo o il condominio si impegna a non occupare più il cortile se il condominio, da parte sua, gli permette di parcheggiare l'automobile in un luogo comune diverso. La prima parte dell'accordo è di diretta promanazione dei poteri del mandatario dello stabile, derivando dai poteri conservativi della cosa comune, la seconda parte inverte di diretta competenza dell'assemblea.

L'art. 71^{quater} disp. Att. c.c. ha risolto tutte le fattispecie, chiedendo per ogni vertenza in mediazione l'autorizzazione da parte dell'assemblea per l'amministratore che deve instaurare il procedimento conciliativo o che è chiamato in mediazione. Sia dal lato attivo, sia dal lato passivo, il mandatario deve avere ottenuto la previa deliberazione che lo autorizza alla presenza nella procedura bonaria.

Con l'entrata in vigore della L. 220/2012, nello specifico con l'art. 71^{ter} disp. att. c.c., si ha il criterio della competenza territoriale dell'organismo di mediazione.

L'istanza conciliativa delle vertenze che interessano il condominio deve essere presentata a un organismo che ha la propria sede dove è ubicato l'edificio.

Peraltro, la nuova normativa in tema di mediazione (L. 98/2013) prevede in termini generali la competenza territoriale dell'organismo di mediazione: *"La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda."* ((nuovo art. 4 comma 1 del D. Lgs. 28/2010, come modificato dalla L. 98/2013).

Lo stesso discorso vale per quanto sancito in tema di rappresentanza dell'edificio in sede di mediazione.

Come detto, prima della novella, ci si interrogava se l'amministratore avesse poteri autonomi, soprattutto nel caso in cui si rientrasse nelle materie di sua competenza o se, in ragione della natura dell'accordo quale transazione, avesse bisogno della previa deliberazione dell'assemblea, sia per la partecipazione alla procedura, sia per l'espressione della volontà del condominio.

L'art. 71^{quater} disp. att. c.c. richiede che la presenza dell'amministratore, in rappresentanza del palazzo, in mediazione abbia ottenuto il *placet* dello stabile.

Il mandatario dell'edificio non può azionare la procedura né può essere chiamato in mediazione senza che abbia ottenuto l'autorizzazione del condominio per potervi partecipare.

La delibera di autorizzazione deve essere assunta con le maggioranze prescritte dall'articolo 1136, secondo comma, c.c., cioè con l'approvazione della maggioranza dei presenti alla riunione che rappresentino almeno la metà del valore dell'intero edificio.

Poiché non viene distinta la prima e la seconda convocazione assembleare, la decisione deve essere assunta con queste maggioranze anche in seconda riunione.

Questa maggioranza deve essere rispettata per qualsiasi decisione condominiale in termini di procedimento di mediazione, sia per la partecipazione alla procedura, sia per la sottoscrizione dell'accordo bonario, ove raggiunto.

Per quanto concerne la convocazione dell'assemblea chiamata a decidere se presenziare alla mediazione, il nuovo art. 66 disp. att. c.c. (come modificato dalla L. 220/2012) richiede che l'avviso di convocazione deve essere inviato a mezzo raccomandata, consegna a mano, a mezzo fax, oltre a dover pervenire a tutti i condomini almeno cinque giorni prima dell'assemblea.

Anteriormente alla riforma del condominio (L. 220/2012) si affermava la libertà delle forme per l'avviso di convocazione, salvo poi spostare il problema della validità dell'avviso sul piano processuale, onerando l'amministratore di dimostrare di avervi provveduto nei confronti di tutti i singoli aventi diritto. Il nuovo art. 66 disp. att. c.c., volendo evitare contenziosi su questo tema che possono portare all'impugnazione della deliberazione in termini di annullabilità della stessa per mancato adempimento o mancata dimostrazione di aver adempiuto al corretto avviso di convocazione, richiede forme specifiche di invio del medesimo avviso.

Come detto, l'avviso deve essere trasmesso per raccomandata, consegnato a mano, inviato a mezzo fax. Sebbene la nuova norma indichi la semplice raccomandata, essa deve essere con ricevuta di ritorno, non riuscendo diversamente a dimostrare che l'avviso è stato correttamente trasmesso.

L'art. 71^{quater} disp. att. c.c. riporta a equilibrio i termini prescritti dalla normativa della mediazione per il caso in cui sia interessato il condominio. In linea generale, all'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda (art. 8 del D. Lgs. 28/2010).

Se il condominio è il soggetto chiamato in mediazione, poiché il primo incontro è fissato dall'organismo quando ancora il primo non ne è a conoscenza, può essere che la data della prima riunione di mediazione non consenta di rispettare il termine di convocazione dell'assemblea ex art. 66 disp. att. c.c.

Tenendo conto che può risultare difficile avere l'assemblea di condominio prima del termine dell'incontro davanti al mediatore, l'art. 71^{quater} disp. Att. c.c. prevede che *"Se i termini di comparizione davanti al mediatore non consentono di assumere la delibera di cui al terzo comma, il mediatore dispone, su istanza del condominio, idonea proroga della prima comparizione"*.

L'ultima normativa della mediazione (L. 98/2013) ha tenuto conto (anche) di queste fattispecie prevedendo che il primo incontro in mediazione si deve svolgere – non più entro quindici giorni (art. 8 comma 1 D. Lgs. 28/2010, prima della modifica introdotta dalla L. 98/2013), bensì – entro trenta giorni dal deposito della domanda, con ciò permettendo al condominio – nella maggior parte dei casi – di avere la riunione condominiale nel lasso temporale anteriore al primo incontro.

La delibera assembleare è condizione necessaria dell'avvio del procedimento e della legittima presenza dell'edificio per mezzo del suo rappresentante.

Lo stesso dicasi per l'eventuale proposta formulata dal mediatore (art. 11, comma 2, del D. Lgs. 28/2010).

ANNA NICOLA

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Sulla mediazione nelle controversie con la pubblica amministrazione (parte seconda)

3.1 LE CONTROVERSIE RELATIVE AI RAPPORTI DI DIRITTO PRIVATO

Le riserve che hanno, nel tempo, segnato il destino delle c.d. *alternative dispute resolutions* nelle controversie con l'amministrazione pubblica sono state contrastate da efficaci repliche, fondate su argomenti di tenore contrario¹; in ogni caso, la mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010 si atteggia, diversamente dall'arbitrato, a strumento di *autocomposizione* delle liti e non poco differisce dalla transazione², né ha la pretesa di incidere sui rapporti pubblicistici.

Che la 'nuova' mediazione possa essere posta in essere da "*chiunque*", nel solo ambito del diritto civile e commerciale, implica un rinvio all'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica. Chiara è in tal senso, la rubrica del d.lgs. n. 28/2010 e altrettanto chiaro è il tenore dell'articolo 2, c. 1, stando al quale "*chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale [...]*". Così, l'articolo 5, c. 1- *bis*, nel codificare i casi in cui il tentativo di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, elenca materie evidentemente privatistiche.

Non si può, inoltre, trascurare che, stando al richiamato articolo 2, sia dato mediare sui soli "*diritti disponibili*"³ e che la legge

delega n. 69/2009 rechi la rubrica "*disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*"⁴. Il nesso diritti

interessi legittimi dalla locuzione "diritti disponibili", deve ritenersi che il tentativo di mediazione operi solo in relazione ai diritti soggettivi, conformemente alla lettera e, soprattutto, alla *ratio* del d.lgs. n. 28/2010. È dato desumere l'interpretazione riferita anche dalla disciplina di quell'antecedente di tentativo di conciliazione previsto, prima del cd. "collegato lavoro", nel pubblico impiego privatizzato. Sulla disponibilità dell'interesse legittimo, v. le pagine di F. G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, spec. 37: "(...) non è peraltro inimmaginabile la disposizione dell'interesse ad ottenere la concessione edilizia (senza la contemporanea disposizione del diritto di proprietà sul terreno da edificare) ovvero dell'interesse ad ottenere la licenza commerciale; così come non è impossibile pensare che un privato subentri ad altro privato in un procedimento iniziato da quest'ultimo e faccia propri gli atti già da questi compiuti". Più di recente, cfr. Id., in A. Quaranta - F. Lopinato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 546: "Le situazioni giuridiche coinvolte nel processo amministrativo sono indisponibili? L'interesse legittimo e, nel caso di giurisdizione esclusiva, il diritto soggettivo sono, almeno di regola, disponibili. Il potere dell'amministrazione di regola non lo è, anche se è negoziabile (si considerino, ad esempio, gli accordi, l'urbanistica contrattata, e così via). Ci sono alcuni 'indizi' della disponibilità dell'oggetto del giudizio, anche nella disciplina sull'istruzione: in primo luogo il principio di non contestazione, in secondo luogo l'efficacia probatoria dell'atto pubblico, vera e propria prova legale, pienamente spendibile, fino a querela di falso, anche nel processo amministrativo; in terzo luogo le presunzioni legali". Sull'indisponibilità del potere pubblico dialogante con l'interesse legittimo, G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, cit., 199, P. De Lise - B. Delfino, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2000, 2051, oltre ad A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1980, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1999, IV, 2170 e ss. In argomento, si veda anche da L. Giani, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 373. Sulle più recenti evoluzioni del concetto di interesse legittimo, cfr. anche la rilevante sintesi di F. G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2011, 379 e ss.

⁴ Si veda anche l'art. 44 l. n. 69/2009, che riguardando in modo specifico il processo

¹ Si veda, per la conciliazione relativa ai rapporti di diritto pubblico, il § successivo.

² Che ha un contenuto sovente più complesso – comportando sempre un *aliquid datum* e un *aliquid retentum* – e può essere anche mista ex art. 1965 c. 2 cod. civ. Nel caso della transazione, infatti, con le reciproche concessioni, le parti possono incidere anche su situazioni diverse da quelle coinvolte nella controversia, costituendo, modificando o estinguendo rapporti estranei alla pretesa e alla contestazione. Si veda, in merito, E. Del Prato, voce *Transazione*, cit., 825, che fa ricorso alla figura del negozio misto. Diversamente, E. Valsecchi, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. Cicc. - Messineo*, XXXVII, 2, Milano, 1986, 216, che inquadra la *species* nella figura del negozio complesso. Sull'istituto della transazione, con particolare riferimento a quella disciplinata nel codice dei contratti pubblici, v. il recentissimo scritto di S. Cimini, *La transazione nel Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*

³ Pur non essendo immediata l'esclusione degli

soggettivi – giudice ordinario appare, poi, sotteso ai riferimenti, contenuti nel d.lgs. n. 28/2010, alla “prima udienza”⁵ – locuzione, quest’ultima, che, nella terminologia correntemente impiegata, allude alla prima udienza di comparizione e trattazione di cui all’articolo 183 del codice del rito civile⁶. Ancora più evidente è l’argomento richiamato, ove si pensi che, in materia di mediazione demandata dal giudice, l’articolo 5, c. 2, parla di “udienza di precisazione delle conclusioni”, mentre nel codice del processo amministrativo viene richiamata la sola udienza di discussione del ricorso. Peraltro, i casi di esenzione dall’obbligatorietà del tentativo di mediazione, previsti dall’articolo 5, c. 4, non avrebbero ragion d’essere nel contesto della giurisdizione amministrativa, ove non sono ipotizzabili i procedimenti per convalida di sfratto né quelli possessori, e tantomeno avrebbe senso parlare di “azione civile esercitata nel processo penale”⁷.

Ciò trova conferma nei caratteri del tentativo di conciliazione previsto, per le controversie antecedenti al c.d. “collegato lavoro”⁸, in materia di pubblico impiego privatizzato⁹. Infatti, il d.lgs. n. 165/2001¹⁰ prevedeva, tra l’altro, l’obbligatorietà del tentativo di conciliazione per liti concernenti il pubblico impiego che, in quanto privatizzato, è stato devoluto al giudice ordinario¹¹. Diversamente avveniva per i rapporti di lavoro in regime di

amministrativo, dimostra che ove ha voluto, il legislatore ha detto: se avesse inteso estendere il tentativo di mediazione anche alle controversie devolute al g.a., lo avrebbe esplicitamente affermato.

⁵ Art. 5 c. 1 d.lgs. n. 28/2010, cit.

⁶ Nella giustizia amministrativa, si parla, infatti, in termini di “udienza di discussione”. Cfr. gli artt. 71 e ss. d.lgs. n. 104/2010, cit.

⁷ Art. 5 c. 4 lett. f) d.lgs. n. 28/2010, cit.

⁸ Cfr. l’art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183, su cui P. Sandulli - A. M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale aggiornata al “Collegato Lavoro 2010”*, Milano, 2010, *passim*.

⁹ Sul tema, v. L. Giani, *La disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione nel pubblico impiego privatizzato: obbligatorietà e difficoltà applicative*, in L. Giani (a cura di), *Controversie di lavoro e soluzione stragiudiziale nel pubblico impiego privatizzato. Dirigenza pubblica e conferimento degli incarichi nella giurisprudenza*, cit., 17 e ss. e F. Politi, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e “giurisdizione condizionata” nella giurisprudenza costituzionale*, in L. Giani (a cura di), *Controversie di lavoro e soluzione stragiudiziale nel pubblico impiego privatizzato. Dirigenza pubblica e conferimento degli incarichi nella giurisprudenza*, cit., 47 e ss.

¹⁰ D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

¹¹ Art. 65 del d.lgs. n. 165/2001, cit., ora abrogato.

diritto pubblico¹², radicati nel plesso giurisdizionale del g.a., che, non essendo soggetti allo statuto privatistico, esulavano dal campo applicativo del tentativo obbligatorio di conciliazione¹³.

Se il d.lgs. n. 28/2010 riguarda esclusivamente i rapporti di diritto privato tra amministrazione e amministrati e le sole situazioni soggettive su cui è dato mediare sono i “diritti disponibili”, non hanno ragion d’essere, per la media-conciliazione, le eccezioni proposte in relazione alle transazioni pubblicistiche.

Né si pongono le questioni relative all’irrinunciabilità ed indisponibilità dei poteri pubblici, né quelle basate sull’inderogabilità della normativa di diritto pubblico.

Quanto a quest’ultima, dall’articolo 1, c. 1- *bis* della l. n. 241/1990¹⁴ si desume non solo la generale capacità negoziale della p.a., ma anche la soggezione dell’attività non autoritativa alle regole del diritto privato. Ferma restando la funzionalizzazione dell’amministrazione alla salvaguardia dell’interesse pubblico¹⁵ e il necessario ri-

¹² Cfr. l’art. 63 c. 4 d.lgs. n. 165/2001, cit., in relazione all’art. 3 dello stesso decreto.

¹³ Chiara, sul punto, era la versione originaria del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, ove, mentre l’articolo 68 c. 1 prevedeva “sono devolute al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, con esclusione delle materie di cui ai numeri da 1 a 7 dell’art. 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421”, l’articolo 69 recitava “la domanda giudiziale dinanzi al giudice ordinario relativa alle controversie di cui al comma 1 dell’art. 68 è subordinata all’esperimento di un tentativo di conciliazione su richiesta rivolta dal dipendente alla amministrazione”. Dimostra l’immanenza al sistema del principio l’art. 669- *octies*, c. 4, cod. proc. civ., aggiunto dall’art. 31, c. 2, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80: “per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni”.

¹⁴ In argomento, v., *ex multis*, A. Maltoni, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, cit., 97 e ss.; L. Iannotta, *L’adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 353; N. Paolantonio, sub art. 1 c. 1- *bis*, in N. Paolantonio - A. Police - A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990, riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 77; G. Napolitano, *L’attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 481; F. Trimarchi Banfi, *L’art. 1, comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Cds*, 2005, 947.

¹⁵ In argomento, rinviando all’ampia analisi di M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 80 e ss. nonché 206 e ss., oltre ai contributi

spetto, anche nell'attività amministrativa non autoritativa, dei principi ex art. 1, c. 1, l. n. 241/1990¹⁶, ai rapporti contrattuali della p.a. deve applicarsi la disciplina di diritto comune. Agli argomenti fondati sulla natura dei poteri pubblicistici, deve, poi, replicarsi sulla base della *voluntas legis*, che induce a circoscrivere l'operatività del tentativo di mediazione alle sole controversie devolute alla giurisdizione ordinaria; mancando, in questa sede – dato l'orientamento fatto proprio dalla Consulta¹⁷ e ormai codificato dall'articolo 7 cod. proc. amm.¹⁸ – l'esercizio di poteri pubblicistici, non si pongono i problemi connessi alla loro disposizione.

Perde terreno anche l'eccezione fondata sul rischio di una condanna del funzionario per essere incorso in responsabilità amministrativa.

Se già la l. n. 20/1994¹⁹, sottraendo le scelte discrezionali al sindacato giurisdizionale di responsabilità, ha alleggerito la posizio-

raccolti in M. Immordino - A. Police, *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004, 1 e ss. Cfr. anche, sulla funzione amministrativa, con particolare riferimento alla d.i.a., W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 99 e ss., spec. 130.

¹⁶ "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

¹⁷ V. la sentenza C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204, ad es. in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2181, *Dir. proc. amm.*, 2004, 799 e *Foro amm.* CDS, 2004, 2475. In argomento, cfr. F. Vetrò, *La nuova disciplina dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali per la tutela del diritto di accesso*, in *Giustizia amministrativa*, n. 6/2005, spec. 22 e ss.

¹⁸ Cfr. l'art. 7 c. 1 d.lgs. n. 104/2010, cit.: "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico". Sul concetto di potere, v., in particolare, G. Di Gaspere, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; R. Lener, voce *Potere (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 610; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, I, Milano, 1983; V. Frosini, voce *Potere (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 440; A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 175 e ss.; S. Romano, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 178 e ss.

¹⁹ Art. 1 c. 1 l. 14 gennaio 1994, n. 20.

ne del funzionario e la necessaria sussistenza, come minimo, di una 'colpa grave' ha concorso allo stesso scopo²⁰, la natura obbligatoria della mediazione nelle ipotesi di cui all'art. 5, c. 1- *bis*, del d.lgs. n. 28/2010 e, comunque, la sua generale previsione, nella forma facoltativa, per le controversie di "chiunque" consentono di vincere la comprensibile ritrosia della p.a. a conciliare le liti²¹.

La natura generalmente facilitativa della mediazione e, comunque, anche nelle ipotesi di mediazione valutativa, il carattere mai vincolante della proposta del mediatore²² permettono di vincere le obiezioni legate alla rimessione a terzi di decisioni dell'amministrazione pubblica²³.

Quanto detto trova, oggi, un'importante conferma nella circolare n. 9/2012 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ha previsto l'applicabilità del d.lgs. n. 28/2010 anche alle controversie implicanti una responsabilità della p.a. per atti di natura non autoritativa. In particolare, vista la direttiva comunitaria n. 52 del 2008, che esclude dall'ambito applicativo del nostro istituto le controversie in materia fiscale, doganale e amministrativa, oltre a quelle concernenti la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri, la circolare definisce controversia quella "crisi di cooperazione tra soggetti privati, ovvero tra privati e pubbliche amministrazioni che agiscono iure privatorum"²⁴, correttamente evidenziando l'opportunità che l'amministrazione, nell'ambito della procedura di mediazione, formuli motivata richiesta di parere all'Avvocatura dello Stato²⁵.

²⁰ Così, F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 970.

²¹ Vero è, inoltre, che ad escludere, o ad attenuare, la responsabilità dei funzionari concorre la motivazione a suffragio della scelta di conciliare, risultante dagli atti dell'evidenza pubblica interna. In questo senso, G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 232.

²² V. l'articolo 1, c. 1, lett. b), del d.lgs. n. 28/2010, cit.

²³ Obiezioni, peraltro, tradizionalmente mosse all'arbitrato irrituale, che, a differenza della mediazione, è volto a risolvere le controversie insorte fornendo soluzioni, non autonome, ma eteronome.

²⁴ Circolare n. 9/2012, cit., 4.

²⁵ Circolare n. 9/2012, cit., 9-10: "Nell'ambito della procedura di mediazione si evidenzia l'opportunità che l'amministrazione formuli motivata richiesta di parere all'Avvocatura dello Stato, esponendo le proprie valutazioni sulla controversia, nei casi in cui il tentativo di transazione riguardi controversie di particolare rilievo, dal punto di vista della materia che ne costituisce l'oggetto o degli effetti in termini finanziari che ne

Del resto, la natura amministrata della mediazione ex d.lgs. n. 28/2010, che non è gestita da mediatori privati²⁶, ma da organismi registrati, previo vaglio accurato del Ministero della Giustizia, e il necessario possesso, da parte dei mediatori, dei requisiti di onorabilità e professionalità di cui alla novella garantiscono l'efficienza del servizio erogato, consentendo, almeno in potenza, un bilanciamento ponderato dei plurimi interessi, pubblici e privati, coinvolti nella lite deferita²⁷. L'iter di mediazione, che mai rimpiazzerebbe quello di evidenza pubblica interna²⁸,

potrebbero conseguire anche in riferimento al numero di controversie ulteriori che potrebbero derivarne, analogamente a quanto previsto dall'articolo 417-bis, comma 2, del codice di procedura civile. Al di fuori dei predetti casi, l'amministrazione richiede il parere all'Avvocatura dello Stato con esclusivo riferimento all'ipotesi in cui il dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia ovvero il dirigente o funzionario delegato abbia proceduto ad una motivata valutazione della controversia in senso favorevole alla conclusione dell'accordo". La stessa circolare ha, infatti, sottolineato che l'Avvocatura di Stato, rispetto alle procedure non riconducibili alla tutela legale contenziosa in senso stretto, svolge esclusivamente la funzione consultiva di cui all'art. 13 R. D. 30 ottobre 1933, n. 1611 (v. p. 7, circolare n. 9/2012, cit.). Quanto alla rappresentanza della p.a., la stessa deve essere demandata al dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia ovvero ad altro dirigente a tal fine delegato. E', comunque, fatta salva la possibilità di delegare le dette funzioni a dipendenti di qualifica non dirigenziale, "dotati di comprovata e particolare competenza ed esperienza nella materia del contenzioso e in quella a cui afferisce la controversia" (v. p. 11, circolare n. 9/2012, cit.).

²⁶ In senso contrario alla mediazione rimessa a mediatori privati, F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 970: "certamente non occorre, come si diceva, che vi sia una legge che preveda espressamente la figura di un mediatore delle controversie dell'amministrazione. Tuttavia, considerate le interazioni col procedimento amministrativo interno, è quantomeno dubbio che l'amministrazione possa rivolgersi ad un mediatore privato".

²⁷ Del resto, l'obiettivo che la p.a. deve perseguire non è semplicemente la massimizzazione dell'interesse pubblico, ma la ricerca del più armonioso equilibrio tra interesse pubblico e interessi dei privati. In merito, richiamiamo F. G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo*, cit., 415 e ss., spec. 417.

²⁸ V. G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 232-233, spec. 233: "una transazione, in altri termini, deve essere accompagnata da atti di evidenza pubblica (...). Ma si tratterà - nel rapporto tra le parti - di atti di evidenza pubblica interna, in quanto esauriscono gli effetti in quelli contrattuali. Come tali non saranno sindacabili da parte di un soggetto antagonista (ove dovessero limitare od escludere una possibile transazione), ma al più da altri soggetti, eventualmente legittimati al riguardo.

volto alla formazione della volontà negoziale della p.a., fungerebbe da valvola di arricchimento del procedimento medesimo, consentendo, mediante l'acquisizione di informazioni e dichiarazioni, la corretta individuazione dell'interesse pubblico concreto²⁹, insieme alla salvaguardia delle garanzie partecipative dei privati³⁰.

3.2. LE CONTROVERSIE RELATIVE AI RAPPORTI DI DIRITTO PUBBLICO

Se nulla osterebbe, per le ragioni anzidette, all'applicabilità *in jure condito* della c.d. "media-conciliazione" ai rapporti di diritto privato, intercorrenti tra amministrazione e amministrati, e radicati nella giurisdizione ordinaria, problemi si pongono in relazione alle controversie devolute al giudice amministrativo. Come si è detto, la lettera e la *ratio* del d.lgs. n. 28/2010 inducono ad escludere dal campo applicativo della novella le controversie devolute alla giurisdizione, di legittimità ed esclusiva, del giudice amministrativo.

Tuttavia, almeno *de jure condendo*, non mancherebbero gli argomenti favorevoli alla possibile introduzione di un tentativo di mediazione nei rapporti pubblicistici, anche in ragione della difficoltà di estendere al nuovo istituto le obiezioni tradizionalmente mosse alla transazione e all'arbitrato, strumenti, peraltro, ammessi, stando a certa impostazione, anche nella materia pubblicistica.

In particolare, sulla transazione di diritto pubblico resta di capitale importanza l'opera di Guicciardi, che, già nel 1936³¹, e nonostante le ritrosie della dottrina del tempo, diede manforte all'applicazione dell'istituto agli enti pubblici, anche nell'esercizio di attività pubblicistiche. Stando all'impostazione dell'Autore, la transazione di diritto pubbli-

Così come si tratterà di atti di formazione della volontà contrattuale, che non mutano certo la natura schiettamente privatistica della transazione stipulata in base ad essi". Cfr. anche F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 976.

²⁹ In argomento, si veda F. Merusi, *Conclusioni*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del 53° Convegno di studi in scienza dell'amministrazione (Varenna, 20-22 settembre 2007)*, Milano, 2008, 479 e ss.

³⁰ Contra, tuttavia, M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, cit., 211, per il quale la mediazione avrebbe, quale effetto, la dequotazione del procedimento amministrativo. Sul punto, v. le condivisibili critiche di F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 978 e ss.

³¹ V. E. Guicciardi, *Le transazioni degli enti pubblici*, cit., 64 e ss.

co troverebbe fondamento e legittimazione nell'interesse pubblico concreto³².

Fermo restando che inderogabilità della disciplina non significa, di per sé, intransigibilità di un rapporto, non sarebbe possibile stabilire, *a priori* ed *ex ante*, se una situazione sia suscettibile di transazione. Essendo insorto un conflitto tra amministrazione e privato, e sussistendo un dubbio sull'effettiva legittimità od opportunità dell'atto emanato, non sarebbe dato sapere quale regola debba applicarsi e se la stessa sia o meno derogabile in via transattiva. Solo *a posteriori*, previa disamina delle circostanze in concreto esistenti, sarebbe possibile stabilire quali rapporti siano suscettibili di transazione e quali, invece, non possano essere transatti. Il fine concreto di evitare che, in sede giurisdizionale, venga annullato l'atto illegittimo e che all'annullamento si aggiunga il risarcimento dei danni potrebbe legittimamente indurre ad una soluzione transattiva della lite³³.

Se, poi, altra, più recente, dottrina³⁴, pur traendo nuovi argomenti a favore della transazione pubblicistica dall'articolo 11 della legge n. 241/1990, ha circoscritto l'ambito applicativo dell'istituto ai soli poteri discrezionali puri³⁵, altresì esprimendo dubbi sulla configurabilità di una transazione mista ex art. 1965, c. 2, cod. civ., gli ultimi studi sul tema³⁶ estendono la portata applicativa dell'istituto anche ai poteri caratterizzati da discrezionalità tecnica oltre che a quelli vincolati, aprendo anche alla transazione mista.

La preminenza dell'interesse pubblico concreto, l'importanza della logica del "risultato" nella valutazione dell'azione ammi-

nistrativa e l'alto grado di opinabilità che, nei fatti, connoterebbe la stessa attività vincolata consentirebbero il superamento dei limiti normalmente posti alla transazione pubblicistica.

L'interesse pubblico concreto, in particolare fondato sulla necessità di evitare l'insorgere, o l'aggravarsi, di un danno³⁷, potrebbe, dunque, indurre l'amministrazione a comporre le controversie con i privati, giusta transazione o altre soluzioni alternative a quella giurisdizionale. L'interesse secondario finirebbe per connotare lo stesso interesse pubblico primario, rappresentando la causa concreta del potere pubblico³⁸. Va, in ogni caso, sottolineato che una cosa è la transazione, altra è la mediazione.

La prima, infatti, oltre a non prevedere l'intervento di un terzo, comporta sempre un *aliquid datum* e un *aliquid retentum*; inoltre, le parti possono finanche incidere su situazioni diverse da quelle coinvolte nella controversia, costituendo, modificando o

³² Cfr. anche le riflessioni di F. Merusi, *Conclusioni*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 479 e ss.

³³ Sul punto, più di recente, F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 964.

³⁴ G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., spec. 244 e ss.

³⁵ In questo senso, oltre a G. Greco, *op. ult. cit.*, 251 e ss., S. Vinti, *Limiti alla soluzione stragiudiziale delle controversie nelle procedure di evidenza pubblica. Discrezionalità e conservazione dell'atto illegittimo*, in *RTA*, 2007, 189 e ss.

³⁶ In particolare, F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 962 e ss. V. anche G. Sciullo, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 805 e ss., che estende l'applicabilità degli accordi anche ai casi di discrezionalità tecnica e, ove ricorrano poteri vincolati, ai residui margini di discrezionalità relativi al *quomodo* e al *quando*.

³⁷ Per la valorizzazione dell'interesse pubblico concreto, si potrebbero mutuare i risultati raggiunti, nel diritto civile, da giurisprudenza e dottrina in tema di causa concreta del negozio giuridico. Si veda, ad es., la nota Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Foro it.*, 2010, 10, 1, 2799, oltre a Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giur. comm.*, 2011, 3, II, 561 ("in tema di revocatoria fallimentare di atti a titolo gratuito, ai sensi dell'art. 64 l. fall., la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dallo scopo pratico del negozio, e cioè dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato; per cui la relativa classificazione non può più fondarsi sulla esistenza o meno di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'appezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del "solvens", quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento collegato o non collegato ad un sia pur indiretto guadagno o a un risparmio di spesa"). Per un primo superamento dell'identificazione tra causa e tipo normativo, v. Cass. civ., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718 e ss. Cfr., per le prime elaborazioni della teoria, A. di Majo, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 6 e ss.; M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 207 e ss.; G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 247 e ss. Per i più recenti sviluppi, v. D. Carusi, *La disciplina della causa*, in *Tratt. Rescigno e Gabrielli*, I, I contratti in generale a cura di E. Gabrielli, Milano, 2006, 591 e ss.

³⁸ Come correttamente specifica F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 964, che l'interesse pubblico secondario rappresenti la causa del potere allontana il rischio di illegittimità per sviamento del potere.

estinguendo rapporti estranei alla pretesa e alla contestazione. Peraltro, la transazione ha, come ogni contratto, "forza di legge" tra le parti, che sono, quindi, tenute all'esatto adempimento di quanto convenuto.

La mediazione, invece, è di regola volta a promuovere un accordo mediante l'ausilio di un terzo. Anche laddove quest'ultimo formuli una proposta conciliativa, il *dictum* non ha "forza di legge" tra le parti e, pertanto, non le vincola. Stando al d.lgs. n. 28/2010, neanche appaiono essenziali al modello le "reciproche concessioni"³⁹; inoltre, in caso di formulazione, da parte del mediatore, di una proposta conciliativa, l'oggetto della stessa dovrebbe coincidere con quello della controversia insorta: uno strumento assimilabile alla transazione mista ex art. 1965, c. 2, cod. civ. non consentirebbe quella corrispondenza integrale tra proposta e sentenza su cui si basa il meccanismo, di cui all'art. 13 d.lgs. n. 28/2010, sulla condanna alle spese.

Le peculiarità della mediazione ostano alla riconducibilità della stessa alla transazione privatistica, così impedendo di estendere alla prima le critiche tradizionalmente mosse alla seconda.

Analogamente, sarebbe impropria la trasposizione *tout court*, alla nostra materia, delle eccezioni proposte all'utilizzabilità dell'arbitrato, con particolare riguardo a quello concernente i rapporti di diritto pubblico.

L'arbitrato rappresenta, infatti, uno strumento di *eterocomposizione* delle liti, presieduto da un terzo che ha non solo il potere di far convergere le contrapposte posizioni delle parti, ma anche quello di emanare una decisione vincolante.

Molto meno incisiva è la mediazione, che è tecnica di autocomposizione delle liti, in cui l'attività del terzo è volta a facilitare la ricerca di un accordo amichevole, promuovendo la definizione della lite insorta. Anche nell'ipotesi della mediazione c.d. valutativa, la proposta formulata non ha mai efficacia vincolante, mentre è sempre vincolante il lodo arbitrale, che, nell'ipotesi dell'arbitrato c.d. rituale, è finanche equiparato ad una vera e propria sentenza⁴⁰.

³⁹ V., tra gli altri, F. Lancellotti, voce *Conciliazione delle parti*, cit., 398, per il quale la conciliazione – e, deve ritenersi, anche la mediazione – potrebbe consistere, a differenza della transazione, anche in una mera rinuncia ad una pretesa o in un riconoscimento unilaterale della pretesa altrui.

⁴⁰ V. l'art. 824- bis cod. proc. civ. Per la detta soluzione, si confrontino, prima della novella, gli importanti studi di E. F. Ricci (tra cui, ad es., *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo [un grand arrêt della Corte Costituzionale]*, in *Riv. dir. proc.*, 2002,

Non sono, peraltro, mancate, in dottrina, le voci favorevoli all'impiego dell'arbitrato, anche nelle controversie pubblicistiche. Anzitutto, il richiamato *distinguo* tra interesse pubblico primario e secondario, nell'ottica dell' "amministrazione di risultati"⁴¹, consentirebbe di aprire alcuni spazi all'impiego, anche nella materia in discorso, dello strumento arbitrale.

Implicando, poi, l'arbitrato la soluzione delle controversie secondo norme di diritto – come l'articolo 822 cod. proc. civ. prescrive –, neanche vi sarebbe contrasto con il principio di legalità e con la necessaria ed esclusiva valutazione dell'azione amministrativa da parte dei giudici togati⁴².

Gli arbitri, infatti, che sono oggi – per molti profili, anche di responsabilità⁴³ – equiparati ai giudicanti, applicano rigorosamente lo *strictum ius*, tanto quanto rigorosamente lo applicano i giudici. Tutto ciò troverebbe ancora più ragioni a suffragio, ove si prestasse adesione alla tesi opposta, favorevole alla natura negoziale dell'arbitrato⁴⁴. Infatti, se si leggesse, nel *dictum* dell'arbitro, una manifestazione negoziale, rimarrebbero "fuori quadro" le norme sulla giurisdizione, anche di rango costituzionale⁴⁵.

Se è vero che tale impostazione è destinata a perdere terreno, con riferimento all'arbitrato c.d. rituale, alla luce del d.lgs. n. 40/2006⁴⁶, la stessa continua, tuttavia, ad

351 e ss. e Id., *La delega sull'arbitrato*, ivi, 2005, 951 e ss., spec. 953 e ss.).

⁴¹ V. M. Immordino - A. Police, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno Palermo 27-28 febbraio 2003, cit., 1 e ss. e M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 80 e ss.

⁴² Così, F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, cit., 98. V. anche la recente ricostruzione di G. Ludovici, *Le posizioni giuridiche di interesse legittimo possono considerarsi disponibili ai sensi dell'art. 1966 c.c. e quindi astrattamente compromettibili*, in *Riv. dell'arbitrato*, n. 1/2012, 133.

⁴³ V. l'art. 813- ter cod. proc. civ., che richiama la l. 13 aprile 1988, n. 117 sulla responsabilità dei giudici.

⁴⁴ In questo senso, F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, cit., 99. Tuttavia, sulla funzione prevalentemente giurisdizionale dell'arbitrato irrituale, F. Bassi, *Arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 58 e ss.

⁴⁵ Richiamiamo ancora F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, cit., 99: "Se invece, come a mio parere sembra preferibile, l'arbitrato ha natura negoziale, allora non c'è dubbio che le norme sulla giurisdizione, anche di rango costituzionale, restano fuori quadro".

⁴⁶ D. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

avere ragion d'essere in relazione all'arbitrato irrituale.

Con altra dottrina⁴⁷, potrebbe altresì dirsi che, anche nell'ipotesi di un arbitrato irrituale⁴⁸, l'interesse pubblico sarebbe garantito dall'osservanza della procedura di evidenza pubblica, funzionale alla formazione della volontà, interna alla p.a., di avviare la procedura arbitrale.

Quanto detto varrebbe, *a fortiori*, nella caso della 'nuova' mediazione, data la previsione – contenuta nell'art. 12 d.lgs. n. 28/2010 – per cui, ove le parti non siano state assistite da avvocati, il verbale dell'accordo deve essere omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo, previo vaglio della regolarità formale e della conformità dell'accordo all'ordine pubblico e alle norme imperative.

Ogni rischio sarebbe, pertanto, doppiamente neutralizzato: a valle, dall'omologa dell'accordo eventualmente raggiunto e, a monte, dall'inderogabile evidenza pubblica.

Inoltre, stando ad altra dottrina⁴⁹, le parti, lungi dal conferire mandato agli arbitri di esercitare una pubblica funzione in sostituzione della pubblica amministrazione, mirebbero a conseguire una decisione etero-

noma sul già avvenuto esercizio del potere pubblicistico. Il lodo non imporrebbe mai come debba essere esercitato il potere, limitandosi, piuttosto, a dichiarare in che direzione e misura sia stato impegnato un potere già esercitato⁵⁰.

Ciò pare ancora più vero nella mediazione, che, per come concepita dal modello ex d.lgs. n. 28/2010 – punto di riferimento, almeno di partenza, per una futura rivisitazione –, non si conclude mai con una proposta vincolante.

Più in generale, indizi a favore di una media-conciliazione nella nostra materia potrebbero discendere dall'ampio, ormai generalizzato, impiego, nell'attività amministrativa, di moduli consensuali. Emblematico è l'articolo 11 della l. n. 241/1990, che, consentendo la stipula di accordi tra amministrazione e privati, volti a sostituire un provvedimento o a determinarne il contenuto, dà formale cittadinanza ai contratti di diritto pubblico⁵¹.

Pertanto, in mancanza di un'esclusione espressa dell'accordo con valenza transattiva, non potrebbe dirsi di per sé inammissibile la specie⁵², ferma restando la necessaria osservanza, da parte dell'amministrazione, del regime tipico dell'esercizio del potere e, quindi, il rispetto dei vincoli di legittimità dell'atto integralmente o parzialmente sostituito⁵³.

⁴⁷ G. Greco, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 157 e ss.

⁴⁸ Che non, pur non essendo stato contemplato dall'art. 6 l. n. 205/2000, cit., e, oggi, dall'art. 12 d.lgs. n. 104/2010, cit., neppure sarebbe stato, dai detti disposti, escluso. In questo senso, A. Romano Tassone, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato nella L. n. 205/2000*, in *Riv. arb.*, 2000, 565 e F. Goisis, *Compromettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la p.a. e art. 6 l. n. 205 del 2000*, in *Dir. e proc. amm.*, 2006, 259. Il legislatore si sarebbe riferito al solo arbitrato rituale, in quanto era quest'ultimo, e non quello irrituale, a creare maggiori problemi, data l'equipollenza, quanto ad effetti, del lodo arbitrale rituale ad una sentenza. In questo senso, v., in particolare, D. Amadei, *L'arbitrato nel diritto amministrativo (problemi aperti e recenti pronunce)*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2004, 872 e ss. V. anche M. Giovannini, *Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 826-827. In generale, sull'arbitrato irrituale nelle controversie in cui si parte la p.a., si confrontino altresì J. Polinari, *Limiti alla compromettibilità per arbitrato irrituale delle controversie con la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 218 e F. Rolfi, *La Suprema Corte e l'arbitrato irrituale: segnali di un ripensamento?*, in *Corr. giur.*, n. 12/2009, 1623.

⁴⁹ Cfr. F. Pugliese, *Arbitrato e pubblica amministrazione dopo la legge sull'ordinamento delle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, cit., spec. 653 e Id., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 73.

⁵⁰ Così, F. Pugliese, *Arbitrato e pubblica amministrazione dopo la legge sull'ordinamento delle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, cit., 653.

⁵¹ Sul tema, non può non rinviarsi a G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 99 e ss. Sugli accordi, v. anche M. Immordino, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 142, F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, W. Giulietti, *Attività consensuale della P.A. e vincoli giuridici: tutela del pubblico interesse e affidamento del privato*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 9/2001, 1617 e ss. e Id., *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati dopo la legge n. 15 del 2005: ambito applicativo e profili sistematici*, in *Rass. for.*, 2005, 1247.

⁵² Nonostante il non espresso inserimento degli accordi transattivi nella l. n. 241/1990, a differenza della legge tedesca sul procedimento amministrativo del 25 maggio 1976, che consente all'autorità di stipulare un "contratto di transazione" ove, in base ad una debita valutazione discrezionale, ritenga la stipulazione opportuna allo scopo di eliminare un'incertezza esistente. V., in merito, H. Maurer, *Droit administratif allemand*, Paris, 1994, 370.

⁵³ In questo senso, pur non essendovi unanimità di consensi in dottrina, G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*

Oltre agli istituti dell'urbanistica consensuale⁵⁴, rilevano, poi, l'art. 15 della stessa l. n. 241/1990, a tenore del quale le amministrazioni possono sempre concludere tra loro accordi procedurali volti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, e l'art. 34 del d.lgs. n. 267/2000, che consente la stipulazione di accordi di programma tra enti locali⁵⁵.

Così, in materia di contratti pubblici, non solo ha trovato codificazione espressa l'accordo bonario⁵⁶, che, pur collocandosi nella fase esecutiva degli appalti, presenta comunque un connotato pubblicistico⁵⁷, ma anche il

(*appunti per un nuovo studio*), cit., 244-250, per il quale l'interesse pubblico, lungi dall'essere un motivo o la causa dell'accordo, si atteggerebbe a causa del potere della p.a., così determinando l'obbligatoria osservanza del regime proprio di quest'ultimo. Sugli accordi transattivi, v. anche S. Giacchetti, *Gli accordi ex art. 11, l. 241/1990 fra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 519, per il quale la valenza transattiva rappresenterebbe un *quid pluris*, tale da indurre la p.a. alla conclusione dell'accordo anziché all'emanazione del provvedimento, e S. Vinti, *Limiti alla soluzione stragiudiziale delle controversie nelle procedure di evidenza pubblica. Discrezionalità e conservazione dell'atto illegittimo*, cit., 189 e ss., per il quale – analogamente a G. Greco *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 251 e ss. – gli accordi ex art. 11 potrebbero applicarsi solo ai poteri discrezionali puri. Per una più lata applicazione dell'accordo in funzione transattiva, v. G. Sciuolo, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, cit., 805 e ss., che, come si è visto, apre agli accordi anche in materia di discrezionalità tecnica e, al ricorrere di poteri vincolati, ai residui margini di discrezionalità relativi al *quomodo* e al *quando*, e F. Cintoli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., spec. 964-967, che ammette la transazione anche in relazione ai poteri vincolati, oltre ad avallare la transazione mista ex art. 1965 c. 2 cod. civ.

⁵⁴ Che, distaccandosi dall' "amministrare classico mediante il provvedimento amministrativo" (così, P. Urbani, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000, 74), sono tesi alla ricerca dell'accordo, nella definizione degli assetti urbanistici, tra amministrazione e amministrati. V., in particolare, i programmi di riqualificazione urbana, i programmi integrati di intervento e i contratti di quartiere. Per i singoli istituti, v. G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010, 295-301.

⁵⁵ Che possono prevedere "(...) procedimenti di arbitrato, nonché interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti".

⁵⁶ V. l'art. 240 del d.lgs. n. 163 del 2006, il cui comma 16 prevede, peraltro, che: "possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, risultante dal rifiuto espresso della proposta da parte dei soggetti di cui al comma 12, nonché in caso di inutile decorso dei termini di cui al comma 12 e al comma 13".

⁵⁷ E ciò è dimostrato dalla perdurante presenza del responsabile unico del procedimento. Sulla dimensione pubblicistica dell'accordo bonario, E. Sticchi Damiani, *La*

cd. pre-contenzioso, contemplato dall'art. 6, c. 7, lett. n), del d.lgs. n. 163/2006⁵⁸, che si risolve in un procedimento para-contenzioso o conciliativo, concernente la gara per la selezione della stazione appaltante, e pertanto destinato ad incidere su poteri propriamente pubblicistici⁵⁹.

Rileva al riguardo anche la tematica processuale⁶⁰. Se si è data, con il codice del processo amministrativo, ampia cittadinanza al principio di non contestazione⁶¹, senza distinguere in ragione delle situazioni soggettive controverse, si è, prima ancora del codice, conferita all'atto pubblico l'efficacia di prova legale, con il solo limite del vittorioso esperimento di una querela di falso, e si è ammessa, anche per le materie di giurisdizione esclusiva e di legittimità, la piena operatività delle presunzioni legali, dovrebbe desumersi che l'indisponibilità è una categoria trattativa, non di rado smentita dal dettato positivo.

Non stupisce che anche in un settore, quale è quello della giustizia sportiva, in cui il riparto di competenza tra l'Alta Corte di giustizia e il Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport dipende dalla natura "disponi-

definizione consensuale delle riserve, in R. Villata (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 861. *Contra*, G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 233, che riconduce l'analogo accordo ex art. 31-bis della legge quadro sui lavori pubblici al novero delle figure contrattuali di diritto privato. Sull'istituto, si rinvia anche a F. Astone, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it

⁵⁸ A tenore del quale l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici "su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266".

⁵⁹ Altrettanto significativa è la già ricordata transazione prevista, in materia ambientale, dall'articolo 2 del d.l. n. 208/2008, conv. in l. 27 febbraio 2009, n. 13, che evidentemente incide su poteri pubblici, finanche di natura vincolata.

⁶⁰ V., in particolare, la sempre lucida analisi di F.G. Scoca, A. Quaranta - F. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, cit., 546.

⁶¹ V. l'art. 64 c. 2 del d.lgs. n. 104/2010. Per alcune applicazioni del principio di non contestazione al rito amministrativo, v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1578; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 febbraio 2010, n. 330; T.A.R. Lazio, sez. I-quater, 14 gennaio 2010, n. 245; Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2008, n. 2247; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 10 dicembre 2008, n. 5757, tutte in www.giustizia-amministrativa.it

bile" dei "diritti", non manchino gli orientamenti favorevoli alla disponibilità degli interessi legittimi⁶².

Persino nella materia tributaria, in cui massima è l'importanza dell'interesse pubblico, non è vietato disporre delle relative obbligazioni, avendo avuto ingresso più di una forma negoziale di attuazione della norma fiscale⁶³ e rientrando, nel concetto di 'tributo', numerose entrate commutative o sinallagmatiche⁶⁴.

Rilevano, in quest'ottica, non solo l'istituto dell'accertamento con adesione⁶⁵, che consente di definire le imposte dovute, così prevenendo la lite tributaria, e l'ancora più recente transazione fiscale ex art. 182-ter della l. fall., strumento di soluzione della

⁶² V. la recente decisione del T.n.a.s., 15 novembre 2011, consultabile in www.judicium.it Cfr., nel senso della disponibilità degli interessi legittimi, già Tar Lazio, sez. III-ter, 31 maggio 2005, n. 4284, in *Foro amm. TAR*, 2005, 9, 2874, con nota di S. De Paolis: "(...) data la diversità dell'ordinamento sportivo e la sua autonomia rispetto a quello statale, non sussistono i limiti ricordati dal ricorrente per la sottoposizione ad arbitrato di controversie involgenti questioni di interesse legittimo (...)". Contra, tuttavia, Cons. St., sez. VI, sent. 6 febbraio 2006, n. 527, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2, 521. Sul sistema di giustizia sportiva, più in generale, v. M. R. Spasiano, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 509 e ss.

⁶³ V., ad es., l'accertamento con adesione, la nuova transazione fiscale o la previgente transazione sui ruoli. In argomento, cfr. M. T. Moscatelli, *Moduli consensuali e istituti negoziali nell'attuazione della norma tributaria*, Milano, 2007; M. Basilavecchia, *Il ruolo e la cartella di pagamento: profili evolutivi della riscossione dei tributi*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, I, 146; G. Tinelli, *Istituzioni di diritto tributario*, Padova, 2003, 252; M. Versiglioni, *Accordo e disposizione nel diritto tributario. Contributo allo studio dell'accertamento con adesione e della conciliazione giudiziale*, Milano, 2001; E. Marello, *L'accertamento con adesione*, Torino, 2001, 71; M. Miccinesi, *Accertamento con adesione e conciliazione giudiziale*, in M. Miccinesi (a cura di), *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Padova, 1999, 22; F. Moschetti, *Le possibilità di accordo tra Amministrazione finanziaria e contribuente nell'ordinamento italiano*, in *Fisco*, 1995, 7921. Per gli ulteriori riferimenti bibliografici, ci sia consentito rinviare ad A. Giordano, *Effetti della transazione fiscale 'fuori' e 'dentro' le procedure concorsuali*, in *Riv. dir. fall.*, 2011, *passim*.

⁶⁴ Sull'estensione del concetto di tributo, v. A. D. Giannini, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, 1; A. Fedele, *La tassa*, ed. provv., Siena, 1974, 27; P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1994, 2 e 46; E. De Mita, *Appunti di diritto tributario*, Milano, 1994, I, 3; L. Del Federico, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000, *passim*. Favorevole all'operatività del principio di non contestazione è anche la recente giurisprudenza – cfr. Cass. civ., 24 gennaio 2007, n. 1540, in *Giur. it.*, 2008, 777 e Cass. civ., 18 gennaio 2006, n. 915, in *Dir. prat. trib.*, n. 5/2006, 1217.

⁶⁵ V. il d.lgs. 19 giugno 1997, n. 218.

crisi d'impresa, destinato ad innescarsi nel concordato preventivo o nei negoziati antecedenti un ristrutturazione ex art. 182-bis, ma anche e soprattutto la nuova mediazione fiscale, introdotta dal d.l. n. 98/2011⁶⁶.

L'articolo 17-bis del decreto legislativo n. 546 del 1992⁶⁷, introducendo, per le liti non superiori a ventimila euro, un reclamo obbligatorio alla Direzione provinciale o regionale e prevedendo la possibilità del privato di formulare, nell'atto, una proposta motivata di mediazione, fornisce lo spunto per la previsione espressa e generalizzata, anche per i rapporti di diritto pubblico dell'amministrazione, di un tentativo di mediazione.

3.3 L'ESEMPIO DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STRANIERI

Esempi dell'impiego della mediazione nei rapporti tra cittadini e amministrazione pubblica discendono dagli ordinamenti stranieri, ove si riscontra un sempre maggiore *favor* per l'istituto.

L'invito, rivolto dal Consiglio d'Europa con la Raccomandazione del 5 settembre 2001, ad apprestare e potenziare modi alternativi di risoluzione delle controversie tra autorità amministrative e privati, non è rimasto inascoltato, ma ha, piuttosto, promosso, nei principali Stati membri, una cultura delle *alternative dispute resolutions* che già, prima del 2001, aveva dato i primi frutti⁶⁸.

Paradigmatico, in materia, è l'ordinamento tedesco, per il quale l'ammissibilità della mediazione nei rapporti tra privati e p.a. deve ritenersi implicita all'avallo, prestato dal medesimo ordinamento, alla transazione di diritto pubblico.

Noto è, infatti, che la legge tedesca sul procedimento amministrativo abbia espressamente codificato, nell'ambito della disciplina dei contratti di diritto pubblico, l'accordo transattivo tra p.a. e privati.

Stando al par. 55 della legge citata, è ammessa la conclusione di contratti di diritto pubblico che, mediante reciproche conces-

⁶⁶ D. L. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111. V. anche la recentissima circolare Ag. delle entrate, 19 marzo 2012, n. 9/E.

⁶⁷ D.lgs. 31 gennaio 1992, n. 546.

⁶⁸ In argomento, S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004, 165 e ss. V., per un confronto tra ordinamenti, S. Boyron, *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*, *Public Law*, 2006, 320 e A. Masucci, *La procedura di mediazione come rimedio alternativo di risoluzione delle controversie di diritto amministrativo prima e nel corso del processo. Profili delle esperienze francese, tedesca ed inglese*, cit., 175.

sioni, pongano fine ad uno stato di incertezza, purché l'autorità, dopo debita valutazione, ritenga la stipulazione a tal fine adeguata⁶⁹.

Quanto alla specifico della mediazione, non sono mancate le sue applicazioni, in particolare in ordine all'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione, oppure in presenza di concetti giuridici indeterminati.

Se lo strumento è stato, per lo più, impiegato in materia di definizione dei piani di programmazione urbanistica, oppure nelle controversie relative al risanamento dei centri storici o al diritto ambientale⁷⁰, lo stesso ha trovato altresì terreno fertile con riferimento ad attività amministrative vincolate, in presenza di controversie sui presupposti del provvedimento emesso⁷¹.

Di momento è anche l'esperienza giuridica francese.

Argomenti a sostegno dell'impiego della mediazione discendono, indirettamente, dall'ammissibilità della transazione nelle liti "en matière administrative", al di fuori del circuito giudiziario e all'interno del giudizio, o, sempre più di frequente, dell'arbitrato in materia amministrativa e, direttamente, dal crescente impiego della mediazione al fini di comporre controversie tra cittadini e p.a.

Del resto, già con il *Rapport* del *Conseil d'Etat* del 1993, intitolato "Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative", e del quale è ampiamente tributaria la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 5 settembre 2001⁷², si era data manforte alle tecniche alternative di risoluzione delle controversie.

Non stupisce che, in un contesto siffatto, il ricorso alla *médiation* abbia, nella prassi, trovato ingresso in relazione alle liti concernenti i contratti amministrativi o la responsabilità dell'amministrazione pubblica⁷³.

Peraltro, il *Conseil d'Etat* si è recentemen-

te mostrato favorevole alla mediazione anche in relazione alla materia pubblicistica, ammettendo la possibilità di sollecitare l'amministrazione, con lo strumento in discorso, a rivedere scelte già compiute⁷⁴.

Altrettanto significativo è l'esempio dell'ordinamento inglese, ove viene particolarmente incoraggiato l'impiego delle tecniche alternative di risoluzione delle controversie e, fra queste, della mediazione.

La possibilità di avvalersi della *mediation* anche nelle controversie tra pubblica amministrazione e privati, già affermata da certa giurisprudenza all'avanguardia, ha trovato codificazione espressa nel *Government's Pledge* del 2001, per la promozione, presso tutti i *Government Departments* e le *Agencies* delle procedure di *alternative dispute resolution*.

Recentemente, con il *Dispute Resolution Commitment* del 2011⁷⁵, si è inteso impegnare agenzie e dipartimenti governativi all'impiego, prima di agire in giudizio, di strumenti di risoluzione alternativa delle liti⁷⁶.

Ulteriori argomenti favorevoli all'uso della mediazione nella nostra materia possono, infine, trarsi dall'ampio ricorso, da parte dei Paesi europei, alla figura dell'*Ombudsman*, originariamente sorta, secondo il modello prospettato dalla Carta Costituzionale svedese del 1809, per limitare l'assolutismo monarchico, e successivamente impiegata, in molti Stati, per interporre, tra p.a. e privati, un mediatore *sui generis*, volto a tutelare questi ultimi nelle ipotesi di cattiva amministrazione.

Quanto all'esperienza francese, il *Médiateur de la République*⁷⁷ ha il compito di ricevere i reclami dei cittadini, dialogando poi con le amministrazioni, nel tentativo di migliorare la loro condotta, in relazione ai profili invocati dai privati.

Anche nel diritto inglese, l'*Ombudsman* è figura di intermediazione tra cittadini e p.a.,

⁶⁹ V. anche il par. 40 della legge sul processo amministrativo, che prevede la possibilità di deferire le cause di diritto amministrativo ad un tribunale arbitrale. Si confronti, sul tema, L. Rosenberg - K. H. Schwab, *Zivilprozessrecht*, München, 1986, 1144 e ss.

⁷⁰ G. Spindler, *Mediation-Alternative zur justizförmigen Streiterledigung und rechtspolitischer Handlungsbedarf*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2008, 1025.

⁷¹ S. Boyron, *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*, cit., 331.

⁷² In argomento, N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 193.

⁷³ S. Boussard, *Modes alternatifs de règlement des litiges*, in *Juris Classeur Justice Administrative*, 2005, 4.

⁷⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2006, 412.

⁷⁵ <http://www.justice.gov.uk/downloads/courts/mediation/drc-may2011.pdf>

⁷⁶ Così il DRC 2011: "The Dispute Resolution Commitment (DRC) is aimed at encouraging the increased use of flexible, creative and constructive approaches to dispute resolution. It offers an opportunity to demonstrate a best practice approach to business and in particular to how disputes are managed and resolved. It allows governments departments and their agencies to demonstrate their commitment to resolving disputes quickly and effectively utilizing the most suitable dispute resolution mechanism".

⁷⁷ Su cui v., in particolare, I. Isaac - M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, 2006, 118.

volta a ricevere i reclami dei primi ed indurre le amministrazioni pubbliche a rivedere i provvedimenti emessi ed, eventualmente, risarcire i danni cagionati⁷⁸.

L'impiego virtuoso dell'*Ombudsman* in numerosi Paesi stranieri e la creazione di un vero e proprio *Médiateur* europeo, volto ad effettivamente garantire privati e persone morali nelle ipotesi di cattiva amministrazione degli organi comunitari, dimostra il potenziale della procedura conciliativa, in relazione alle controversie con la p.a.

Che soltanto un soggetto terzo e neutrale possa tutelare il privato, con efficacia preventiva rispetto al contenzioso, lo dimostra l'esperienza, non altrettanto virtuosa, del nostro difensore civico⁷⁹.

Non può, infatti, costituire un rimedio adeguato ad abusi, disfunzioni e carenze della p.a. una figura che – stando al paradigma prospettato dal d.lgs. n. 267 del 2000⁸⁰ – è non solo sprovvista, a differenza degli ordinamenti passati in rassegna, di carattere nazionale⁸¹, ma è altresì interna alle amministrazioni locali, rappresentandone la diretta emanazione.

La pagina, non troppo felice, del difensore

⁷⁸ W. Wade - C. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford, 2000, 88.

⁷⁹ Su cui v., in particolare, gli studi di S. Pignataro, *La difesa civica nell'ordinamento italiano*, Padova, 2002 e G. Pastropasqua, *Il Difensore civico*, Bari, 2004. In senso critico, sull'istituto in commento, N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 192.

⁸⁰ V. l'art. 11 del d.lgs. n. 267/2000, cit.: "lo statuto comunale e quello provinciale possono prevedere l'istituzione del difensore civico, con compiti di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini". Si vedano altresì leggi regionali, come quelle delle regioni Veneto ed Emilia, che stanno attribuendo ai difensori civici poteri più incisivi. Cfr., in particolare, la l. reg. Veneto n. 28 del 1988, che consente al difensore civico di promuovere un'azione disciplinare nei confronti del responsabile del procedimento che ne abbia ostacolato l'intervento o che si sia reso inadempiente. Nell'ottica dell'ampliamento delle funzioni del difensore civico si colloca l'art. 25, c. 4, della l. n. 241/1990, cit., come modificato dalla l. n. 340/2000, che prevede che, in caso di diniego, espresso o tacito, dell'accesso agli atti delle amministrazioni comunali, provinciali o regionali, o di differimento dello stesso ex art. 24, comma 4, il privato, anziché ricorrere al Tar, possa, nei trenta giorni successivi al rigetto, chiedere al difensore civico che venga riesaminata la detta determinazione.

⁸¹ Sul punto, si vedano i recenti rilievi critici di M. P. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/ 2006, § 4. In particolare, in Inghilterra, l'*Ombudsman* ha carattere nazionale, mentre in Francia sub-nazionale, esistendo delegati dipartimentali dell'unico *Médiateur* nazionale.

civico italiano, anziché diminuire l'*appeal* di una "media-conciliazione" tra p.a. e privati, strutturata sulla base del d.lgs. n. 28/2010, ne accresce la carica suggestiva, apparendo idonea a porre rimedio ai punti deboli del difensore civico. Dare al mediatore una conformazione adeguata alle delicate funzioni che svolge e consentirgli di esercitare il proprio ruolo solo all'interno di organismi accreditati dal Ministero della giustizia significa restituire dignità, e – almeno in potenza – vitalità ad una figura preziosa, volta a promuovere, insieme al buon andamento della p.a.⁸², il diritto alla difesa dei cittadini.

4. Qualche riflessione de jure condendo

La previsione per cui "chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili", contenuta nell'articolo 2, c. 1, del d.lgs. n. 28/2010, il riferimento, sotteso dalla novella, al nesso diritti soggettivi - giudice ordinario⁸³, oltre all'adiacente esperienza del tentativo di conciliazione nel pubblico impiego, inducono a ritenere applicabile il d.lgs. n. 28/2010 ai rapporti della p.a. di diritto privato devoluti alla giurisdizione ordinaria⁸⁴.

La diversità ontologica fra transazione pubblicistica e mediazione, e tra quest'ultima e lo strumento arbitrale, oltre agli argomenti – avanzati da dottrina autorevole – a favore dell'arbitrato e della transazione anche nelle materie di diritto pubblico, insieme alla codificazione espressa degli accordi sostitutivi o integrativi di provvedimenti, o all'ingresso di istituti come il pre-contenzioso negli appalti pubblici o la nuova mediazione fiscale, dimostrano la possibilità di coniare una "media-conciliazione" estesa ai rapporti di diritto pubblico⁸⁵.

Quanto al *quomodo*, se la necessità di fare presto e bene induce a promuovere gli

⁸² In questo senso, in particolare, M. R. Spasiano, *L'organizzazione comunale: paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, cit., 262.

⁸³ V. *supra*, § 3.1, per più ampi ragguagli.

⁸⁴ L'esclusione della "materia fiscale, doganale e amministrativa" dal campo applicativo della direttiva 2008/52/CE, in tema di mediazione civile e commerciale, su cui *amplius* nel testo, non rappresenterebbe un argomento ostativo all'impiego della mediazione nei rapporti di diritto privato, riposando la *ratio* dell'esclusione nella natura, tradizionalmente ritenuta indisponibile, degli interessi legittimi e, soprattutto, dei pubblici poteri. Quanto detto trova, oggi, conferma nella richiamata circolare Presidenza del Consiglio dei ministri, 10 agosto 2012, n. 9.

⁸⁵ Peraltro sollecitata dal diritto europeo (v. la Raccomandazione adottata dal Consiglio d'Europa il 5 settembre 2001).

strumenti conciliativi, i connotati della pubblica amministrazione, che non è parte qualsiasi, e il preminente rilievo dell'interesse pubblico impongono particolari cautele.

Nulla quaestio sul sistema degli organismi accreditati, che garantisce i controlli all'entrata e successivi, né sui caratteri della mediazione, che, anche se obbligatoria, non vulnera – secondo l'ormai consolidato orientamento della Consulta⁸⁶ – il diritto alla di-

⁸⁶ V., in relazione al tentativo obbligatorio di conciliazione nel rito del lavoro, C. Cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2499, *Giur. cost.*, 2000, 2148, *Corr. giur.*, 2000, 1237, *Foro it.*, 2000, I, 2752, per la quale: "(...) in ordine al ritardo, la giurisprudenza consolidata di questa Corte ritiene che l'art. 24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare "interessi generali", con le dilazioni conseguenti. È appunto questo il caso in esame, in quanto il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo. (...) Quanto all'improcedibilità della domanda per il mancato esperimento del tentativo di conciliazione (art. 412-bis), tale sanzione, lungi dal risolversi in una questione processuale inutile, rappresenta la misura con la quale l'ordinamento assicura effettività all'osservanza dell'onere. Dal suo canto l'estinzione del giudizio per mancata tempestiva riassunzione (art. 412-bis, quinto comma) costituisce normale applicazione del principio generale che considera con sfavore l'inattività delle parti". Sul carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione concernente le controversie insorte nel settore delle comunicazioni tra utenti e gestori di servizi, v. l'art. 1 c. 11 della l. 31 luglio 1997, n. 249: "l'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione" (su cui si confronta, anche per l'ulteriore bibliografia, F. Astone - F. Saitta, *La giustizia innanzi all'Autorità garante delle comunicazioni*, in *www.giustamm.it* e A. Bandini, *Le Autorità indipendenti, l'arbitrato e la conciliazione: l'esperienza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e dell'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni*, in *Riv. arbitrato*, 2005, 615 e ss.). In particolare, sulle liti relative all'illegittima attivazione di un servizio non richiesto dall'utente: Cass. civ., sez. III, 8 aprile 2010, n. 8362, secondo la quale "le controversie civili tra utenti e gestori di

fesa, o sui poteri dei mediatori, che, soprattutto se non formulano proposte vincolanti, svolgono una funzione, facilitativa o valutativa, pienamente rispettosa della 'riserva di amministrazione'. Se particolari questioni non si pongono in relazione all'eventuale accordo amichevole, che sarebbe comunque preceduto dalla rituale evidenza pubblica interna, neanche la proposta del mediatore, destinata, secondo il 'modello' ex d.lgs. n. 28/2010, ad intervenire in mancanza di accordo, comporta incursioni indebite nella sfera di attribuzioni della p.a. È quest'ultima che accetta, previa determinazione della volontà negoziale nelle forme dell'evidenza pubblica.

Nondimeno, soprattutto ove si intenda mantenere, anche nella delicata materia in commento, una mediazione obbligatoria, eventualmente valutativa, onerosa – almeno quanto a spese di avvio della procedura e a diritti ed onorari degli avvocati⁸⁷ – e, peraltro, non priva di rilevanti effetti sul giudizio a valle, appare quanto mai opportuna la revisione dei requisiti funzionali all'accreditamento di organismi, mediatori ed enti di formazione.

È difficile ritenere sufficiente, in materie a rilievo pubblicistico, e nel contesto di una mediazione 'forte', destinata ad incidere su un settore tanto ampio del contenzioso quanto quello delineato, per la sola giurisdizione esclusiva, dall'articolo 133 del d.lgs. n. 104/2010, un vaglio circoscritto ai caratte-

servizi di telefonia, che ai sensi dell'art. 1 11° co., l. 31.7.1997, n. 249, debbono essere precedute a pena di improponibilità dal tentativo di conciliazione dinanzi al Co.re.com competente per territorio, sono non soltanto quelle concernenti l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di utenza telefonica, ma anche quelle nelle quali si contesti l'esistenza stessa di tale contratto". Tuttavia, sui recenti dubbi di legittimità costituzionale avanzati in relazione al carattere obbligatorio della mediazione ex d.lgs. n. 28/2010, v. Tar Lazio, ord. 12 aprile 2011, n. 3202, in *Giust. civ.*, 2011, 5, 1361 (s.m.), *Giur. merito*, 2011, 7-8, 1926, *Foro it.*, 2011, 5, III, 274. Sui dubbi espressi in relazione alla compatibilità comunitaria della novella, cfr. Trib. Palermo, sez. distaccata di Bagheria, ord. 16 agosto 2011, in *Guida al dir.*, 2011, 43. Per una nuova ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione, v. l'articolo 1, c. 40, della l. 28 giugno 2012, n. 92, recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita: "(...) il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (...) deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione Territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza al lavoratore".

⁸⁷ In senso giustamente critico, rispetto ad una mediazione che è, ad un tempo, obbligatoria ed onerosa, v. G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010*, *www.judicium.it*, § 3.

ri finanziario, organizzativo e contabile degli organismi di mediazione.

Dalla normativa comunitaria⁸⁸ si evince un principio di necessaria proporzionalità tra natura della mediazione, poteri dei mediatori e requisiti di idoneità di questi ultimi. Non è un caso che la direttiva 2008/52 CE, istituendo una mediazione di regola facilitativa⁸⁹, sancisca il principio di indifferenza della professione e denominazione dei mediatori e si limiti ai generali requisiti di efficacia, imparzialità e competenza⁹⁰, mentre la precedente raccomandazione della Commissione Europea, n. 257 del 1998⁹¹, delineando, per la materia del consumo, mediazioni connotate da un intervento attivo del terzo, destinato a proporre od imporre soluzioni alle parti⁹², sottolinei *"la capacità, esperienza e la competenza"* del conciliatore *"in particolare in materia giuridica"*⁹³ e fissi un livello minimo di garanzie imprescindibili.

Ove si consenta di mediare sui rapporti

⁸⁸ In merito, si confronti, in particolare, G. Impagnatiello, *"La mediazione finalizzata alla conciliazione"* di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea, in www.judicium.it, oltre a G. M. Riccio, in A. Pera - G. M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 71. In particolare, per G. Impagnatiello, *op. ult. cit.*, § 13, la normativa nostrana si avvicina più alla raccomandazione n. 98/257/CE che alla direttiva 2008/52/CE.

⁸⁹ Si confronti l'art. 3, c. 1, lett. a) della direttiva 2008/52/CE: *"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 [...]"*.

⁹⁰ V. l'art. 3 c. 1 lett. b) della direttiva 2008/52/CE: *"per mediatore si intende 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"*.

⁹¹ Su cui v., in particolare, S. Sticchi Damiani, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, cit., 750.

⁹² V. la citata raccomandazione n. 257 del 1998 della Commissione europea (*"la presente raccomandazione deve limitarsi alle procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione; (...) di conseguenza non sono comprese le procedure che si limitano ad un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo"*).

⁹³ Cfr. il I principio della raccomandazione n. 257/1998: *"(...) quando la decisione è adottata individualmente, questa indipendenza è garantita in particolare attraverso le seguenti misure: - la persona designata possiede la capacità, l'esperienza*

intercorrenti con l'amministrazione pubblica, nel contesto di una media-conciliazione incisiva, si devono proporzionalmente modulare i criteri selettivi e l'iter formativo, onde evitare che l'incompetenza di chi media si traduca in una ritardata, e sostanzialmente negata, giustizia.

Ciò è dimostrato dalla normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici, che, sia in materia di accordo bonario⁹⁴, sia di pre-contenzioso ex art. 6, c. 7, lett. n), del d.lgs. n. 163/2006⁹⁵, attribuisce funzioni *lato sensu* conciliative a commissioni od organi collegiali composti da soggetti qualificati, dotati di competenze tecniche ritagliate sulle peculiarità della materia del contendere.

Più in generale, lo confermano sistemi giuridici, come quelli statunitense e francese, da cui risulta che un mediatore non tecnico può ritenersi compatibile solo con una mediazione volontaria e facilitativa⁹⁶.

e la competenza, in particolare in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni (...)".

⁹⁴ Ai fini del quale è centrale il ruolo del responsabile unico del procedimento. V. l'articolo 240, c. 8, del d.lgs. n. 163/2006, cit.: *"la commissione è formata da tre componenti aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto, per i quali non ricorra una causa di astensione ai sensi dell'articolo 51 codice di procedura civile o una incompatibilità ai sensi dell'articolo 241, comma 6, nominati, rispettivamente, uno dal responsabile del procedimento, uno dal soggetto che ha formulato le riserve, e il terzo, di comune accordo, dai componenti già nominati, contestualmente all'accettazione congiunta del relativo incarico, entro dieci giorni dalla nomina. Il responsabile del procedimento designa il componente di propria competenza nell'ambito dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore o di altra pubblica amministrazione in caso di carenza dell'organico"*.

⁹⁵ Che è destinato a svolgersi avanti all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, organo collegiale costituito da sette membri nominata con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Come precisa la seconda parte del secondo comma dell'art. 6 d.lgs. n. 163/2006, cit., *"i membri dell'Autorità, al fine di garantire la pluralità delle esperienze e delle conoscenze, sono scelti tra personalità che operano in settori tecnici, economici e giuridici con riconosciuta professionalità (...)"*.

⁹⁶ In particolare, nel diritto statunitense, lo *Uniform Mediation Act* (su cui, in particolare, R. C. Reuben, *The sound of dust settling: a response to criticism of the UMA*, in *J. Disp. Res.*, 2003, 99 e Id., *Constitutional gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice*, in *47 UCLA L. Rev.*, 2000, 949) ha inteso la mediazione come procedimento facilitativo e volontario, avanti ad un soggetto imparziale, senza richiedere l'esistenza, in capo a quest'ultimo, di particolari qualifiche (UMA, section 9, lett. f): *"this [act] does not require that a mediator have a special qualification by background or profession"*. Analogamente, per le procedure cd. *court*

Quell'adeguata conformazione della figura del mediatore, cui si è riferita la stessa recente sentenza C. Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, è di particolare momento nella nostra materia.

Quanto ai rapporti di diritto privato, la stessa Consulta potrebbe – e già avrebbe potuto, in occasione della citata pronuncia – meglio modulare i requisiti di organismi e mediatori, anche nell'ottica di una possibile applicazione della normativa ai rapporti di diritto privato della p.a. In relazione ai rapporti di diritto pubblico, spetta, invece, al legislatore conformare la figura di chi media alla complessità delle controversie da comporre, anche sulla scia degli ordinamenti stranieri.

All'attivismo del terzo mediatore deve, poi, corrispondere un adeguato assetto di garanzie a tutela delle parti – cosa che massimamente vale laddove una di esse sia pubblica. Come discende dalla raccomandazione CE n. 257 del 1998, devono ritenersi imprescindibili la doverosità del contraddittorio, l'obbligo di motivazione delle "decisio-

annexed (cfr. l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998) che si collocano tra la conciliazione giudiziale e quella stragiudiziale, integrando mediazioni al contempo processuali e stragiudiziali, le singole corti distrettuali si limitano, per lo più, a prevedere l'obbligo delle parti di considerare la possibilità di risolvere la controversia con una forma di *alternative dispute resolution*, ma non anche l'obbligo di farvi ricorso. Laddove, poi, siano state adottate forme obbligatorie di risoluzione alternativa della lite, vengono adottate misure a garanzia delle parti, quali la facoltà del litigante di dimostrare l'inidoneità della procedura a produrre benefici pari ai costi o, comunque, la sua eccessiva onerosità, e il conseguente esonero del primo dall'obbligo di partecipazione. In siffatto contesto, si giustifica la libertà delle corti distrettuali nell'individuare i soggetti preposti a mediare, scegliendo tra *magistrate judges* e professionisti del settore, anche privati. Non è un caso che, nelle ipotesi di partecipazione obbligatoria alla conciliazione, siano stati prescritti requisiti di professionalità più elevata, quali l'appartenenza al *bar of the Court* o la qualifica di membro di facoltà di una *law school* accreditata. Quanto alla Francia, sia la *conciliation*, che è rimessa alle figure istituzionali dei conciliatori di giustizia, sia la *médiation*, affidata a soggetti privati dotati di competenza tecnica, hanno carattere volontario. I requisiti di professionalità richiesti sono modulati sul carattere, più o meno istituzionale, della procedura. Mentre, infatti, i conciliatori sono scelti tra i soggetti dotati di competenza giuridica e devono sottoporsi ad un *iter* formativo specifico, con particolare riferimento alle tecniche di comunicazione e alle tematiche del conflitto (v. la *Circulaire relative aux conciliateurs de justice*, *DSJ* 2006-16 AB1/27-07-2006), i mediatori sono soggetti privati o enti che amministrano procedure di mediazione, sprovvisti di qualifiche professionali *ad hoc*. In particolare, con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, la legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995 si limita a richiedere una qualifica in linea con la natura della lite ed una formazione ed esperienza adatta alla pratica della mediazione.

ni", la comunicazione per iscritto delle norme applicabili al procedimento, il diritto alla difesa tecnica, la gratuità della procedura⁹⁷. Poco si attaglia alla rilevanza dei pubblici poteri e alla natura delle situazioni soggettive coinvolte un *iter*, quale è quello ex d.lgs. n. 28/2010, in cui è ammessa anche la proposta contumacia⁹⁸, non è previsto l'obbligo di motivazione dei *dicta* e non appaiono sufficientemente predeterminate le regole applicabili⁹⁹.

Inoltre, sempre *de jure condendo*, la preminente considerazione dell'interesse pubblico non solo imporrebbe alla p.a. di indicare le ragioni a suffragio della volontà di mediare, con riferimento alla lite insorta e all'esito probabile del giudizio¹⁰⁰, ma la vin-

⁹⁷ Si vedano, rispettivamente, i principi: III sul contraddittorio, V sul principio di legalità, II sul principio di trasparenza, VII sul principio di rappresentanza e IV sul principio di efficacia. E' altresì di grande importanza, in merito, la già citata raccomandazione del Consiglio d'Europa del 5 settembre 2001, su cui S. Sticchi Damiani, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, cit., 769 - 771, spec. 770: "ogni ADR "amministrativa" dovrà garantire un adeguato grado di informazione delle parti, l'assoluta imparzialità ed indipendenza di chi decide e la massima trasparenza del procedimento".

⁹⁸ L'articolo 7, c. 2, lett. b), del d.m. n. 180/2010, cit., consente, infatti, agli organismi di mediazione di prevedere che la proposta venga formulata anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione. Per una rilevante critica alla proposta cd. contumacia, v. M. Fabiani, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, 1147, nt. 30.

⁹⁹ Sull'importanza della trasparenza delle regole, se pur con riferimento alle conciliazioni avanti all'Autorità per l'energia e a quella per le comunicazioni, N. Longobardi, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, cit., spec. 61: "l'attuale lacunosa disciplina contrasta con l'esigenza di certezza del diritto ed è gravemente carente sotto il profilo dei requisiti che le procedure di risoluzione delle controversie devono presentare secondo gli standards comunitari (adeguata informazione in ordine alle procedure, imparzialità ed indipendenza dei soggetti responsabili delle procedure, trasparenza delle stesse e rispetto dei diritti delle parti) (...)".

¹⁰⁰ Con riferimento alla transazione, v. G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 232: "quel che (...) appare imprescindibile è che negli atti, attraverso i quali la singola Amministrazione aderisce ad un'ipotesi transattiva, risulti adeguatamente rappresentato il quadro problematico del contenzioso in essere (o potenziale), nonché lo scenario dei rischi che esso comporta e l'adeguatezza – anche sotto un profilo di proporzionalità – della soluzione proposta o accettata (...)". Sull'importanza della motivazione, più in generale, cfr. N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Dir. e proc.*

colerebbe altresì, almeno per le liti di maggiore rilevanza economica, alla previa acquisizione del parere obbligatorio del Consiglio di Stato¹⁰¹.

Nondimeno, la riconducibilità della mediazione sotto l'egida degli articoli 24 e 111 della Costituzione induce a promuovere l'istituto in commento con misure che ne accrescano l'*appeal*¹⁰². In particolare, sottrarre al sindacato erariale la condotta del funzionario¹⁰³ addivenuto a mediazione consentirebbe di vincere le naturali e comprensibili ritrosie dei dipendenti pubblici ad impiegare, nella nostra materia, strumenti di risoluzione alternativa delle controversie¹⁰⁴.

Così si è fatto, del resto, in materia di pubblico impiego privatizzato¹⁰⁵, ove, pur non rinunciandosi al carattere obbligatorio della conciliazione e allo svolgimento di quest'ultima, in contraddittorio, avanti ad un collegio composto dal direttore della Direzione provinciale e dai rappresentanti di lavoratore e datore di lavoro, si è espressamente previsto che il *concilium* non possa mai dare luogo a responsabilità amministrativa. Si è raggiunto, insomma, un punto di equilibrio tra incentivi alla conciliazione, garanzie processuali e salvaguardia dei particolari caratteri del datore di lavoro pubblico.

Che la lite vada scoraggiata e l'accordo favorito, promuovendo uno strumento che, come la mediazione, risolve la giustizia dalla crisi, non significa rinunciare alle garanzie del processo dovuto, né può compor-

tare sacrifici indebiti dell'interesse pubblico. Solo nel contesto di una mediazione ben strutturata, avanti a soggetti dotati di competenze tecniche e, possibilmente, riuniti in collegi, con misure a garanzia del pubblico interesse e strumenti a tutela del contraddittorio, è possibile portare a sintesi le ragioni contrapposte, di amministrazioni e amministratori¹⁰⁶, riscoprendo, non nei rapporti di forza, ma nel dialogo paritario, l'essenza stessa del diritto amministrativo¹⁰⁷.

ANDREA GIORDANO

Procuratore dello Stato

© RIPRODUZIONE RISERVATA

amm., n. 4/2008, 1023 e ss., nonché, sulla funzione di trasparenza e di tutela del soggetto inciso dall'attività amministrativa, cfr. G. Corso, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 2001, 785 ss., oltre ad A. Romano Tassone, voce *Motivazione (dir. amm.)*, in S. Cassese (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, IV, Milano, 2006, *passim*.

¹⁰¹ Si tratterebbe, a nostro giudizio, di prevedere in via generale quanto previsto dall'articolo 14 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 sulla contabilità di Stato. Dovrebbe, poi, essere più incisivo e penetrante il controllo compiuto, in sede di omologa dell'accordo, dall'autorità giudiziaria.

¹⁰² Sulla centralità degli artt. 24 e 111 Cost., ci sia consentito rinviare, per la bibliografia, ad A. Giordano, *S.c.i.a. e tutela del terzo al vaglio del nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it

¹⁰³ Fatta eccezione per i casi di manifesta irragionevolezza o irrazionalità delle scelte.

¹⁰⁴ Si prenderebbe a modello l'art. 66, c. 8, d.lgs. n. 165/2001, cit.: "la conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, in adesione alla proposta formulata dal collegio di cui al comma 1, ovvero in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi 1, 2 e 3 del codice di procedura civile, non può dar luogo a responsabilità amministrativa".

¹⁰⁵ V. gli ormai abrogati artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001, cit.

¹⁰⁶ Una procedura di mediazione, modellata sulla base dei richiamati principi, potrebbe altresì prospettarsi in relazione alle controversie, ad es. di natura risarcitoria, insorte tra pubbliche amministrazioni. In questo senso, A. Pera - G. M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 148.

¹⁰⁷ Sul principio di paritarietà, non può non richiamarsi F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di G. Guicciardi*, Padova, 1975, 913 e ss., oltre a Id., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, *passim*, e, per una riflessione all'indomani del d.lgs. n. 80/1998, Id., *Nuovi indirizzi del processo amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1998, 528. Più di recente, v. M. Clarich, *La giustizia amministrativa nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in www.giustizia-amministrativa.it Sulla centralità del dialogo nell'esperienza giuridica, G. Calogero, *Logo e dialogo*, Milano, 1950, nonché Id., *Principio del dialogo e diritti dell'individuo*, in *Raccolta di scritti in onore di A. C. Iemolo*, IV, Milano, 1963. Cfr. anche G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 63 e F. Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., 149. Sulla filosofia del dialogo applicata al fenomeno giuridico, cfr. anche G. Sartor, *Dialoghi e ragionamento giuridico: diversità dei sistemi dialettici e loro giustificazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 183 e A. Gentili, *Processo civile e forme della retorica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 7.

Giurisprudenza

Decesso di dipendente di società nello svolgimento del suo lavoro. Archiviazione in sede penale - Causa civile di risarcimento dei danni da perdita parentale da parte dei familiari. Conclusioni relazione CTU divergenti da quella del CTP della società. Conciliazione endoprocessuale ex art. 185 bis c.p.c., proposta del giudice ed a seguire mediazione demandata

Roma, 22.5.2014
RG. n. 50337-12

TRIBUNALE di ROMA Sezione XIII ORDINANZA

Il Giudice,
dott. Massimo Moriconi,

letti gli atti, osserva:

il prof. ing. Tizio offre una interessante ricostruzione del tragico evento che ha condotto alla morte del dipendente Enel, elettricista specializzato.

Secondo l'interprete (il sostantivo è appropriato perché il CTP, come del resto tutti gli altri tecnici che si sono cimentati nella ricostruzione dei fatti, ne danno una versione teorica in quanto nessuno -?- ha assistito ai fatti) Caio "era ben conscio che ogni singolo cavo era in tensione, non aveva messo fuori tensione il circuito elettrico sul quale aveva deciso in modo autonomo ed arbitrario di operare, non aveva verificato sul posto con il suo rilevatore l'assenza di tensione sul cavo dove aveva deciso autonomamente di intervenire, non aveva operato con l'assistenza di altro operatore, non aveva indossato guanti, non si era assicurato al palo con la cintura di sicurezza, non aveva usato l'elmetto, etc.etc".

Il CTP della S.P.A. dissente totalmente dalle ben diverse e assai critiche conclusioni del C.T.U. e formula la seguente ipotesi dell'incidente:

Caio si trovava in equilibrio precario sulla sommità della scala, mentre procedeva con le cesoie al taglio dei spezzoni di filo, e ne tagliava due senza conseguenze, poi al terzo taglio perdeva l'equilibrio, toccava con la mano il sostegno (palo di metallo) e ... proprio in quel momento uno dei conduttori già tagliati e scoperto disgraziatamente toccava il suo corpo provocando la scossa ...

Si tratta di un'ipotesi che come ogni altra sarà vagliata, nel caso in cui la causa dovesse procedere, con attenzione e se del caso previo ulteriori accertamenti tecnici.

Si potrebbe però, già fin d'ora, riflettere su alcuni fatti. Non al fine di fondare una decisione (anche perché se le parti non troveranno un accordo il giudice provvederà ad una limitata mirata selettiva indagine testimoniale a mezzo i dipendenti della S.P.A. Sempronio e Mevio, che molto altro avrebbero verosimilmente da dire rispetto a quanto hanno fatto finora, e sotto il vincolo del giuramento è possibile che dicano ciò che sanno realmente), ma per offrire alle parti una piattaforma di utile negoziazione.

Quindici pagine prima il CTP della S.P.A. ha speso molte parole per lodare e descrivere l'alta preparazione e qualificazione professionale dell'elettricista Caio, vent'anni di esperienza presso la S.P.A..

Quello stesso esperto e preparato dipendente che S.P.A. dichiara a mezzo del suo CTP aver ricevuto (contrariamente da quanto ritiene il CTU) specifica formazione professionale (anche) sulle condotte elettriche in disuso perché distaccate da utenze ma tuttora in tensione (come quella in località Perrareda del Comune di Scordia dove Caio periva), quello stesso dipendente poche decine di minuti prima aveva operato con la massima diligenza, prudenza e professionalità su un'altra linea in tensione (in contrada Castagna) rispettando i protocolli di sicurezza previsti dalle norme e dall'esperienza, come confermato dall'ing. prof. Tizio.

Il quale, infatti, letteralmente, non sa spiegare (né prova a farlo) una tale condotta.

Ma poiché ogni condotta umana ha sempre uno o più spinte causali, non ci si può accontentare così, specialmente in presenza di tali macroscopiche aporie (quella rilevata è quella ciclopica che emerge all'evidenza, ma ce ne sono molte altre: l'ing. Tizio non si chiede come la sua ipotesi possa essere coerente con il fatto che nessuna traccia di ustione veniva rinvenuta sul corpo del Caio all'esito dell'autopsia; la posizione del caposervizio Sempronio, con il quale Caio aveva parlato per telefono prima di recarsi in località Perrareda al fine di reperire i cavi, che *casualmente* rinveniva il corpo agonizzante di Caio ma che a suo dire non aveva operato lì con il sottoposto; la iterativa - inconsapevole ma eloquente - ripetizione da parte del CTP di S.P.A., in tutti i modi ed espressioni, finanche in neretto, che Caio aveva deciso dove prendere i cavi da solo, in piena autonomia, senza che nessuno collega o superiore della S.P.A. lo avesse indirizzato...)

Ed ancora.

L'usbergo tanto conclamato dall'S.P.A. dell'esito penale della vicenda non esiste.

Si tratta di mera archiviazione. Neppure di una sentenza di NDP all'esito di un'udienza preliminare (non prevista per i reati ipotizzabili), men che meno di decisione all'esito di un dibattimento.

Regole e scopi diversi, penale, civile.

Lì il PM deve dimostrare, con oneri tutti suoi, i fatti e le condotte a carico, lo stato soggettivo, il nesso causale etc.

Qui vige l'art.2087 cc e tutte le norme derivate ed applicative. Con i conseguenti oneri a carico del datore di lavoro.

Non per (tutto) questo gli attori possono ritenere di trascurare il contenuto ed i limiti della proposta.

Il processo (logico e giudiziario) indiziario è difficile e multiforme, dai risultati imprevedibili (ex ante). Invero la controversia non ha fatto emergere questioni di diritto complesse, e dubbi tali da richiedere approfondite analisi e difficili interpretazioni dei testi normativi.

Lo si dice in quanto la condizione postulata dall'art.185 bis (come introdotto dall'art.77 del d.l.21.6.2013 n.69 conv. nella l.9.8.2013 n.98) della *esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto*, trova il suo fondamento logico nell'evidente dato comune che è meno arduo pervenire ad un accordo conciliativo o transattivo se il quadro normativo dentro il quale si muovono le richieste, le

pretese e le articolazioni argomentative delle parti sia fin dall' inizio sufficientemente stabile, chiaro e in quanto tale prevedibile nell'esito applicativo che il Giudice ne dovrà fare.

Anche la natura ed il valore della controversia in un'accezione rapportata ai soggetti in causa, sono idonei a propiziare la formulazione di una proposta da parte del Giudice ai sensi della norma citata.

La quale, trattandosi di norma processuale, in applicazione del principio *tempus regit actum*, è applicabile anche ai procedimenti già pendenti alla data della sua entrata in vigore.

In particolare si formula la proposta in calce sviluppata, che è parte integrante di questa ordinanza.

Benché la legge non preveda che la proposta formulata dal Giudice ai sensi dell'art.185 bis c.p.c. debba essere motivata (le motivazioni dei provvedimenti sono funzionali alla loro impugnazione, e la proposta ovviamente non lo è, non avendo natura decisionale); tuttavia sono state indicate alcune fondamentali direttrici che potrebbero orientare le parti nella riflessione sul contenuto della proposta e nella opportunità e convenienza di farla propria, ovvero di svilupparla autonomamente.

Sotto tale ultimo profilo, vale a dire la possibilità che le parti, assistite dai rispettivi difensori, possano trarre utilità dall'ausilio, nella ricerca di un accordo, ed anche alla luce della proposta del Giudice, di un mediatore professionale di un organismo che dia garanzie di professionalità e di serietà, è possibile prevedere, anche all'interno dello stesso provvedimento che contiene la proposta del Giudice, un successivo percorso di mediazione demandata dal magistrato. Trattandosi di azienda di interesse pubblico (a nulla valgono a tal fine le privatizzazioni ove sia presente la partecipazione dello Stato) vale altresì sottolineare che l'eventuale deprecata scelta di una condotta agnostica, immotivatamente anodina e deresponsabilizzata la potrebbe esporre a danno erariale sotto il profilo delle conseguenze del mancato accordo su una proposta del giudice o mediatore comparativamente valutata rispetto al contenuto della sentenza. Conseguenze che, in relazione alle circostanze del caso concreto, sarebbe doveroso segnalare agli organi competenti.

Va infine precisato che la proposta del Giudice è in questa fase illuminata da una dose di equità che è propria solo di questa fase.

Alle parti si assegna termine fino alla data del 30.10.2014 per il raggiungimento di un accordo amichevole sulla base di tale proposta.

Dalla eventuale infruttuosa scadenza del suddetto termine, decorrerà quello ulteriore di gg.15 per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art.5 del decreto; con il vantaggio di poter pervenire rapidamente ad una conclusione, per tutte le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del decr. legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto.

Viene infine fissata un'udienza alla quale in caso di accordo le parti potranno anche non comparire; viceversa, in caso di mancato accordo, potranno, volendo, in quella sede fissare a verbale quali siano state le loro posizioni al riguardo (relativamente alla sola proposta del giudice), anche al fine di consen-

tire l'eventuale valutazione giudiziale della condotta processuale delle parti ai fini degli artt. 91¹ e 96 III° c.p.c.²; e di quant'altro.

P.Q.M.

• **INVITA** le parti a raggiungere un accordo conciliativo/transattivo sulla base della proposta che il Giudice redige in calce; concedendo termine fino alla data del 30.10.2014;

• **DISPONE** che le parti, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, procedano alla mediazione della controversia;

• **INVITA** i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4, co.3° co.decr.lgs.28/2010;

• **INFORMA** le parti che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art.5, co.2° e che ai sensi dell'art.8 dec.lgs.28/10 la mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione comporta le conseguenze previste dalla norma stessa;

• **FISSA** termine fino al quindicesimo giorno dalla scadenza del primo termine indicato *supra* per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art.5 del dec.lgs. 28/10;

• **RINVIA** all'udienza del 13.4.2015 h.9,30 per quanto di ragione.-

Roma lì 22.5.2014

Il Giudice
dott. cons. Massimo Moriconi

PROPOSTA FORMULATA DAL GIUDICE AI SENSI DELL'ART.185 BIS CPC

Il Giudice,
letti gli atti del procedimento,
ritenuto opportuno,
viste le tabelle del tribunale di Roma;
effettuata devalutazione ed applicata rivalutazione ed interessi nel modo consueto;
dimezzati gli importi;

P R O P O N E

il pagamento da parte di S.P.A. delle somme di seguito indicate, oltre ad €.7.000,00 più accessori per compensi, oltre al pagamento per intero delle spese di consulenza tecnica di ufficio.

Maria moglie di Caio: €.147.000

Giuseppe figlio di Caio: €.147.000

Chiara figlia di Caio: €.147.000

COMPENSAZIONE delle spese per il resto.

Il Giudice

¹ Art.91 co.1° seconda parte cpc : se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92.

² Art.96 III° cpc: in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata.

la MEDIAZIONE & Libreria

MARIA MARTELLO. **La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni.** Utet Giuridica, 2014. ISBN: 9788859811763, pagg. XX-246, € 35,00.



Un libro che tratta della mediazione in termini inediti e profondi: non già un manuale di tecniche e procedure, bensì una appassionata guida per riflettere sui significati e le conseguenze del conflitto nella vita delle persone, per trasformare se stessi mentre si trasforma in accordo la situazione conflittuale.

Si tratta de *La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni*, di Maria Martello, nella collana *Un altro modo, cultura della mediazione*, (UTET Giuridica, 2014) diretta da Paola Lucarelli.

Mentre il pensiero prevalente contrasta la mediazione quale inutile balzello – ma, in realtà, ciò è prevalentemente espressione dell'avversione forense nei confronti di uno strumento percepito quale minaccia per i redditi correlati al contenzioso giudiziale – l'Autrice muove invece da un pensiero 'altro', nuovo e stimolante, che mira al ben-essere degli individui alla qualità della vita, alla serenità, alla prevenzione delle lacerazioni umane, prima ancora che di quelle economiche, doloroso corollario di ogni conflitto. L'Autrice pone se stessa e la sua tensione ideale e morale in quest'opera, che testimonia qualcosa di assai simile a quel sogno, quell'ambizione, ben resa da Georges Simenon, che, in *Memorie intime*, confessa di aver sempre pensato «a qualcosa di vago e complesso, a uomini che, per esempio, svolgessero nella società un ruolo di riparatori, di 'riparatori di destini'».

Questo è il libro di Maria Martello: un contributo prezioso al miglioramento della qualità della propria vita, delle relazioni interpersonali, prima ancora che un'opera di spessore culturale e scientifico. Un libro che presenta diversi livelli di lettura: un testo concreto e facilmente accessibile atto a rappresentare la fonte della formazione sia degli addetti ai lavori, sia di chi negozia per la qualità della propria vita e non per professione.

L'iter del procedimento di mediazione è trattato in parallelo alle tappe del percorso di formazione di chi aspira a mediare, ed i due momenti sono insieme presentati e scanditi in ogni loro aspetto, seguendo una impostazione originale ed inedita di grande efficacia.

Il secondo livello di lettura è dato dalla qualità che, sola, conferisce significato alla mediazione: il senso etico che permea ogni singola pagina è, forse, il filo conduttore dell'intero lavoro dell'Autrice: senza etica non vi è possibilità di mediazione. Etica delle parti, etica del mediatore, etica delle relazioni, etica quale fine ultimo. Etica, in definitiva, dei rapporti umani perché solo così l'individuo giunge a comportamenti maturi: non a caso l'Autrice cita spesso il processo attraverso il quale il bambino diviene adulto: l'approccio alla mediazione in funzione della comprensione dell'altrui posizione è il modo maturo e consapevole per affrontare le contrapposizioni.

Ed, insieme all'etica, il *pathos*, la forza emotiva che conduce le parti ed il mediatore attraverso le oscurità del conflitto per giungere, finalmente, alla luce: il viaggio ultraterreno di Dante è, per l'Autrice, la metafora del superamento del conflitto attraverso la mediazione.

Infine, è la paura a scandire il pensiero dell'Autrice: la paura che deve essere vinta è quella del confronto, o meglio, dell'incontro, con l'antagonista, la paura di scoprirsi, di confrontarsi, di immedesimarsi nell'altro configgente, di mettersi in discussione, la paura, infine, di non riuscire a vincere la sfiducia di poter conseguire esiti positivi.

Ma solo superando la paura si è pronti ad accogliere le dirompenti potenzialità della mediazione.

Si scopre, così, l'importanza di comprendere il punto di vista e le ragioni dell' 'altro', più che di difendere con ogni mezzo le proprie: in un'epoca ove pochi mettono in dubbio che il fine giustifichi i mezzi, ritiene che le scorrettezze usate per superare un conflitto siano fonte – esse stesse – di conflitto interiore, ed incancellabile, per chi se ne sia avvalso. L'Autrice muove dal presupposto che le opportunità offerte dalle cosiddette A.D.R., *alternative dispute resolution* non si esauriscano sui piani giuridico ed economico: se così fosse sarebbero destinate a rimanere in ombra realtà che rifuggono dalle spiegazioni razionali, insieme al senso profondo di un accadimento della vita, quale è il conflitto. Le vere opportunità sono quelle che afferiscono gli interventi sulla dimensione profonda ed emotiva dei comportamenti delle parti in lite, caratterizzando la dimensione nella quale opera il mediatore e conferendo alle modalità di composizione negoziata dei conflitti tratti profondi ed innovativi. La composizione, totale e definitiva, dei contrasti è resa possibile grazie a questo approccio, volto a trasformare circostanze negative, purtroppo in agguato – prima o poi – nella vita di tutti, in eventi dei quali proficuamente cogliere ogni recondito risvolto.

Si tratta della preziosa possibilità di indagare a fondo il proprio modo di comportarsi, nonché la natura e le ragioni dell'altro – la 'controparte'-. La mediazione consente di vivere un'esperienza preziosa per imparare a dialogare accettando di confrontarsi direttamente e coraggiosamente con le diversità e le pulsioni più elementari, quali la voglia di supremazia sull'altro e di contrapposizione, anche con il ricorso a scorrette, se pur 'legittime' difese che incoronano i

vincitori, ma – come già si è rilevato – lasciano dentro quale amara compagna di vita la consapevolezza di aver sviluppato e acuito modalità proprie dell'*homo omini lupus*.

Questa visione della mediazione può apparire utopica, nell'accezione di *nù-topos*, vale a dire che non ha ancora 'luogo', uno sprone, quindi, a tendere al meglio, se si è convinti che il superamento delle singole liti rechi con sé un'opera di pacificazione sociale e, contestualmente, una riduzione del carico di lavoro dei tribunali.

L'Autrice elabora un originale modello, da lei definito filosofico-umanistico, riconoscendo alla mediazione l'importanza che le è propria, specie ora che la l. 9 agosto 2013, n. 98 rilancia le possibilità di farla finalmente decollare.

L'Autrice delinea, quindi, i tratti del modello filosofico-umanistico, proposta da considerare per il suo coraggio in questo momento storico, particolare sia per quanto riguarda lo stato della mediazione, sia in generale per la natura dei rapporti sociali: dischiude, infatti, prospettive che creano speranza in un futuro possibile. L'approccio umanistico, a giudizio dell'Autrice, è il solo che consente di comprendere e valorizzare le potenzialità della mediazione, ed opportunamente ricorda come noti studi statunitensi mostrino che chi ha fatto studi umanistici ha la mente più aperta di chi, invece, ha circoscritto agli studi tecnici il proprio percorso formativo. È necessario riflettere su ciò che si agita nella persona che entra in lite con un'altra, indipendentemente dall'oggetto del contendere e dalla definizione dell'ambito nel quale il conflitto si esprime, familiare, aziendale, sociale, civile, penale, commerciale, ed anche con la stessa pubblica amministrazione.

Solo così potrà investire proficuamente, affinché questa innovazione e la sua obbligatorietà prima di adire il giudice, siano percepite non come un'imposizione, bensì come una opportunità di valore. Perché ciò avvenga il primo passo deve essere l'adeguata formazione del mediatore, affinché possa offrirsi un servizio di mediazione di qualità ora che si presentano le condizioni per operare in modo incisivo; il secondo, invece, la diffusione della consapevolezza nel cittadino che vi sono modalità in grado di andare oltre le forme che la società ha, sino ad ora, seguito per regolare i conflitti, ed aver fiducia nelle strade idonee a dare risposte che vadano oltre il sistema giudiziario.

Ciò presuppone la revisione del concetto stesso di conflitto che, di per sé, non è poi così malefico, 'terribile', come lo abbiamo sempre percepito e vissuto: se diventiamo più 'evoluiti' nel modo di viverlo, esso può anche divenire occasione di crescita: è indispensabile, però, la consapevolezza che dai conflitti si può uscire, avendo compreso come, con la stessa forza dedicata a generarli, si possono trovare condizioni soddisfacenti per superarli. È in gioco la stessa possibilità dell'individuo di assumere interamente la responsabilità del proprio operato, correggendolo ed indirizzandolo proficuamente.

L'Autrice sottolinea come all'essere umano sia connaturata la potenzialità di saper guardare sempre innanzi a sé, collocandosi su posizioni ed interessi 'altri', su pensieri 'nuovi', tali da smorzare le dinamiche distruttive in atto e disvelarne l'incompatibilità rispetto alle opportunità future. All'essere umano è dato sempre di pensare ad un futuro possibile, ad un cambiamento. Ed anche quando vuole competere con l'altro può farlo su piani diversi, senza dover necessariamente confliggere o abdicare, delegando ad altri la ricerca delle modalità per superare con soddisfazione il contrasto.

Cosa è – si chiede l'Autrice – la mediazione se non un modo per imparare progressivamente a vivere di confronto e non di scontro? Certamente non deve intendersi quale modalità per contenere il conflitto, bensì per trasformarlo. Non per dare, salomonicamente, un po' di torto e un po' di ragione a ciascuno dei contendenti, ma per svelare quelle ragioni – non sempre note agli stessi protagonisti del conflitto – quelle che scatenano le liti, onde portarle alla luce, scandagliarle e 'disinnescarle'.

Mediare un conflitto non significa solamente cercare un accordo tra le parti, certo anche questo, ma consente alle stesse parti in lite di scoprire le ragioni profonde dei propri atti e, partendo da queste, liberarsi dalle dinamiche distruttive che spingono ad aggredire l'altro nuocendo a se stessi. Comprendere le motivazioni alla base del conflitto diminuisce il senso di colpa, inaridisce il terreno sul quale si sviluppa il risentimento, fa svanire il bisogno di consumare forme di vendetta nei confronti del mondo facendo patire ad altri il proprio disagio. Con la mediazione le parti trovano un accordo che soddisfa entrambe e rimuovono i focolai di nuove azioni di lotta. Ed, ancor più, esse sono libere di progettare modalità diverse per stare in relazione, liberandosi dai vincoli dei comportamenti precedenti ed allontanarsi progressivamente dai 'vecchi' schemi di comportamento, separandosi dal passato, voltandogli le spalle.

Ad avviso dell'Autrice, è stimolante la consapevolezza che, mentre ci preoccupiamo di comprendere ed utilizzare le potenzialità della mediazione, stiamo, forse, ponendo le basi di una convivenza civile ove la diversità si coniughi con l'esercizio costante del diritto alla propria unicità ed al rispetto di quella dell'altro.

Una strada per risolvere non solo i macroconflitti, ma altresì le piccole incomprensioni quotidiane, in ambito privato e lavorativo, con uno stile più etico e maturo cui improntare lo scambio relazionale, personale, sociale, manageriale.

Le pulsioni ideali non distolgono, tuttavia, l'Autrice dagli aspetti operativi della mediazione, anche in questo caso enucleando ciò che realmente conta senza disperdersi in polemiche contingenti: per lei rimane in secondo piano dissertare sui profili professionali più consoni ad occuparsi di mediazione, ed anche discutere se questa debba precedere le vie giudiziarie o con esse possa intrecciarsi, se debba rappresentare un'opportunità per la quale optare liberamente o se, viceversa, essa possa, almeno in taluni casi, rappresentare un obbligo; non considera prioritario affrontare, in questo momento, neppure i temi delle modalità organizzative e delle tariffe: tutte questioni, serie ma non prioritarie. Ritiene l'Autrice che i dibattiti non abbiano ragion d'essere se prima non si precisi il senso e si radichi il consenso sulla mediazione, nella consapevolezza che di vera innovazione si tratta, e si abbia quindi l'attenzione di dedicarle l'attenzione necessaria a comprenderla, scongiurando i pericoli alimentati dalla diffusa convinzione che tutti credono di conoscerla, sovente assimilandola a forme conciliative in passato sperimentate, ma spesso con deludenti esiti, come in ambito giuslavoristico.

Oggi sembrano radicarsi soltanto avversioni corporative, idee personali e preconcetti: all'Autrice, invece, preme approfondire i tratti necessari alla formazione della mentalità del mediatore, definire il pensiero filosofico di riferimento, la forza sulla quale deve poggiare la possibilità di far evolvere gli altri dal conflitto che li contrappone, le forme mentali che generano lo scontro e lo rendono non più gestibile. Purtroppo un pensiero troppo debole ha caratterizzato il recente dibattito sulla mediazione, alla quale è stata rivolta attenzione con finalità prettamente utilitaristiche: la deflazione del contenzioso giudiziario ed, in questa prospettiva, la mediazione è stata frettolosamente lasciata sovente in balia di organismi di mediazione improvvisati ed improvvidamente accreditati dal ministero della giustizia.

Dovrà trascorrere molto tempo prima che la diffusione del ricorso alla mediazione sia tale da porre a rischio il ruolo dell'avvocato quale esclusivo tramite fra i litiganti e la giustizia: in ogni caso, la mediazione reclama avvocati di mentalità assai distante da quella capace – in buona fede o meno – di operare solo con gli strumenti giudiziari. Ciò tocca, con evidenza, il problema delle competenze nel campo della composizione negoziata dei conflitti, anche per indirizzare proficuamente la parte assistita, aiutandola a comprendere le logiche non conflittuali alla base della mediazione: non

si tratta, tuttavia, di doti innate, ma di abilità che derivano dall'approfondimento teorico – e dalla specifica esperienza pratica – resi possibile da un adeguato percorso formativo.

Su questo l'Autrice è assai netta: come non si improvvisa un professionista, neppure si improvvisa un mediatore in grado di muoversi a proprio agio nelle peculiari dinamiche di un conflitto.

I professionisti, avvocati, commercialisti, consulenti di diversa estrazione, devono essere convinti dell'opportunità di consigliare il cliente a partecipare attivamente alla mediazione, anche in assenza di qualsivoglia obbligo: purtroppo, però, la disciplina della mediazione extragiudiziale adottata con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 coglie impreparata la prevalente parte dei professionisti, agli occhi dei quali è vista o con la curiosa diffidenza con la quale si guarda un nuovo orpello procedurale o, peggio, con la – neppure tanto – nascosta speranza che si tratti soltanto di un ballons d'essai, destinato a far discutere lo spazio di un mattino, per essere, poi, abbandonato all'oblio.

Eppure dovremmo sapere quanta parte hanno nei Paesi industrializzati i processi di mediazione nella composizione delle liti in ambito contrattuale ed extracontrattuale e, ciò che più conta, in assenza di qualsivoglia obbligo a farvi ricorso. Inoltre, lungi dalla logica che la mediazione debba nascere dalle carenze dell'amministrazione della giustizia, l'Autrice è ben certa che la prima non possa radicarsi senza che l'altra sia in grado di assolvere al ruolo che le compete in un Paese civile.

Il ricorso alla mediazione deve, quindi, consolidarsi non in alternativa, bensì in complementarietà rispetto all'amministrazione giudiziaria, nella prospettiva di maggiore efficienza del 'sistema giustizia' nel suo complesso.

Cesare Vaccà

ISDACI (a cura di). **La mediazione nelle controversie condominiali. Quadro normativo, tecniche e strategie di gestione delle controversie.** Il Sole 24 Ore, 2014. ISBN: 9788832484441, pagg. XXVI-206, € 30,00.



È ormai indubitabile che per la corretta e produttiva gestione di un percorso di mediazione si debbano intersecare almeno tre livelli di competenze: la conoscenza del procedimento da un punto di vista giuridico-formale (non demandabile in toto all'Organismo), la padronanza delle tecniche di gestione dei conflitti, la comprensione degli elementi di base della materia del contendere.

Il volume, curato da ISDACI all'interno di una collana di analoga finalità, si propone l'obiettivo di ricomprendere tutte queste sfaccettature, affrontando per aree tematiche le problematiche connesse alla mediazione. Una scommessa che si presentava come ambiziosa, ma senz'altro vinta: oltretutto in un campo *minato*, alla cui tradizionale complessità vanno a sommarsi le complicazioni derivanti dalla recente riforma del condominio.

A ciascuno degli Autori, provenienti da diverse formazioni culturali ed esperienze professionali rese uniformi dall'operare nel campo della mediazione, è stata affidata la redazione di uno specifico tema all'interno del percorso immaginato dai curatori del testo. Ne poteva risultare un effetto *antologico*, più adatto al numero monotematico di una rivista o a una raccolta di saggi. Invece le diverse competenze e i modi espressivi dei singoli trovano un equilibrio complessivo, merito senza dubbio della loro sensibilità ed esperienza, ma certamente frutto anche di un prezioso lavoro redazionale. Ne è conferma l'impianto organizzativo generale, che permette di muoversi all'interno del volume arrivando con facilità ai temi di proprio interesse.

Il mediatore, il legale o il tecnico che assistono una parte, l'operatore all'interno di un organismo di mediazione: tutti i soggetti coinvolti, ciascuno secondo

il proprio ruolo, troveranno un'analisi completa del percorso conciliativo in tutte le sue implicazioni. Si parte dal contenuto delle controversie condominiali (con spunti di diritto sostanziale), per passare a un panorama completo degli aspetti procedurali. Una sezione è dedicata alla gestione corretta di un conflitto mentre la parte conclusiva valorizza il ruolo (spesso trascurato) dei consulenti in mediazione. Basterebbe questa rapida rassegna a rendere l'idea della completezza del lavoro. All'accuratezza si accompagnano chiarezza, rigore espositivo e cura costante nel motivare ogni affermazione e documentarla con riferimenti normativi, dottrinali o giurisprudenziali.

Gli Autori esaminano tutti gli aspetti della procedura, sia dal punto di vista formale che sostanziale, non sottraendosi alla sfida di affrontare i temi più critici o i passaggi più impervi. Non vengono mai celati – ma anzi affrontati criticamente – i lati negativi o i nodi irrisolti; non mancano poi passaggi in cui il discorso si accompagna a un doveroso richiamo al dubbio o alla possibile pluralità di soluzioni: segno anche questo di estrema serietà nell'approccio scientifico.

Come già evidenziato, accanto a questo versante più formale e procedurale, il lettore troverà anche diffusamente affrontati gli aspetti di strategia di gestione dei conflitti. Esposizione questa che è forse possibile trovare ampiamente sviluppata in testi specialistici sulla comunicazione, ma che è qui opportunamente *virata* nello specifico alla gestione di quel particolare universo che è il condominio. Il legame tra teoria e prassi è in molti passaggi rafforzato da un corredo di esempi, casi concreti, dati e analisi quantitative che permettono di valutare il percorso sinora seguito dalla mediazione e al tempo stesso di ricavarne pronostici per gli sviluppi futuri.

Con queste sommarie impressioni di lettura si spera di esser riusciti a mostrare come il testo si presti a diversi livelli di utilizzo. Il lettore sistematico vi troverà infatti un panorama completo ed aggiornato della mediazione in campo condominiale; allo stesso tempo il manuale potrà essere consultato (o riletto) in parti specifiche ogniqualvolta si abbia necessità di trovare risposte e soluzioni concrete a problemi emersi nel corso del singolo procedimento.

Roberto Raffaele Addamo

ISDACI (a cura di). **La mediazione nelle successioni ereditarie e nelle divisioni. Quadro normativo, tecniche e strategie di gestione delle controversie.** Il Sole 24 Ore, 2014. ISBN: 9788832484465, pagg. XXVI-210, € 30,00.



Il volume curato da Isdaci, recentemente pubblicato nell'ambito della Colana *Professione mediatore*, affronta e approfondisce le peculiarità della mediazione nell'ambito complesso, e di frequente assai delicato, delle divisioni e delle successioni ereditarie.

Ad avviso di chi scrive i pregi più evidenti dell'opera sono la sua completezza (poiché offre una panoramica esaustiva della mediazione nei settori considerati), il taglio teorico-pratico degli scritti (in cui il lettore viene guidato in un percorso che muove dai principi generali per pervenire alle soluzioni pratiche, sovente mediante l'utilizzo di esempi e analisi di casi) e la chiarezza dello stile espositivo degli autori, che riescono a trasporre sulla carta l'esperienza acquisita negli anni in materia di mediazione rendendola di comprensione immediata per il lettore.

La struttura del testo consta di tre parti, la prima delle quali è dedicata alla disamina, sia pur nelle linee essenziali, della complessa tematica dei conflitti nelle successioni e nelle divisioni.

Viene dato ragionevolmente spazio alla disciplina sostanziale applicabile alle successioni e a quella relativa alle divisioni. In entrambi i casi si tratta di materie in cui i profili giuridici non possono essere trascurati ed è utile che il mediatore ne abbia quantomeno una conoscenza di base. Per questa ragione, le discipline giuridiche nel testo vengono esaminate in modo articolato ma comunque facilmente accessibile anche ai "non addetti ai lavori". Nello stesso modo vengono esplorate le tipologie più frequenti delle controversie che possono sorgere nei due settori considerati e le relative peculiarità.

Tutti gli aspetti del procedimento di mediazione con specifico riferimento alle controversie in tema di diritti ereditari e comunioni, vengono analizzati approfonditamente nella seconda parte del volume. Nel testo è dedicato alle problematiche legate all'accordo uno spazio particolare, nel quale vengono indagati i punti salienti delle diverse questioni e indicati i principali indirizzi operativi. Non vengono nondimeno tralasciate le questioni connesse ai profili della competenza territoriale dell'organismo di mediazione e del centro unico di interessi, che spesso mettono a dura prova le forze degli addetti ai lavori.

L'ultima sezione dell'opera è specificamente dedicata alle tecniche più efficaci per la gestione delle controversie di tipo successorio e inerenti le divisioni.

Poiché in questi casi è assai frequente che le parti della controversia siano più di due, a ragion veduta il capitolo si apre con un approfondimento su la mediazione multiparte, a cui segue una efficace esposizione relativa alle tecniche più valide per la gestione del conflitto nei settori considerati, in cui il carico psicologico di coloro che arrivano in mediazione è forte e spesso costituisce l'elemento più delicato e importante da esplorare e conoscere per poter essere adeguatamente gestito dal mediatore.

Chiudono quest'ultima sezione dell'opera una sessione dedicata alla conduzione efficace della negoziazione delle controversie unitamente ad una serie di indicazioni e consigli pratici rivolti ai professionisti che assistono le parti in mediazione.

In definitiva, ci si sente di poter affermare che *La mediazione nelle successioni ereditarie e nelle divisioni* costituisce un testo-guida davvero utile sia a chi intende avvicinarsi all'istituto della mediazione nei due settori esaminati, poiché introduce il lettore anche inesperto ai diversi argomenti trattati, sia per chi è già esperto ed intende acquisire una maggiore conoscenza della materia, perché ne analizza le questioni irrisolte.

Roberto Raffaele Addamo

Nota informativa de la MEDIAZIONE per le recensioni di libri

PER RECENSIONI A CURA DELLA REDAZIONE, inviare una copia del volume a: la MEDIAZIONE - Redazione - Via Dardanelli, 33 - 00195 Roma, segnalando a redazione@rivistalamediazione.it la richiesta e l'avvenuta spedizione.

PER RECENSIONI INEDITE ELABORATE E FIRMATE, spedire una copia del volume a: la MEDIAZIONE - Redazione - Via Dardanelli, 33 - 00195 Roma. Il testo (in Word o RTF, max 2800 battute, autore, titolo e firma esclusi) e l'immagine della prima di copertina (in TIFF o JPEG) dovranno essere inviati a redazione@rivistalamediazione.it

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

MODULO
ABBONAMENTO

la MEDIAZIONE

MODULO
ABBONAMENTO

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

M
O
D
U
L
O

A
B
B
O
N
A
M
E
N
T
O

Il/la sottoscritto/a

Nome Cognome

Professione Ditta/Ente/Organismo

Via

Cap Città Prov.

Telefono/cellulare Fax

e-mail

C.F. P.IVA

desidera sottoscrivere l'abbonamento alla rivista

la **MEDIAZIONE: UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO**

☐ 1 Abbonamento annuale (4 numeri) € 80,00

☐ 5 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 300,00

☐ 10 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 500,00

☐ ACQUISTO DI SINGOLI NUMERI ARRETRATI

N. Anno..... € 25,00 (spese di spedizione incluse)

Modalità di pagamento:

☐ Versamento sul c/c postale n. 1011481825 (allegare la ricevuta)

☐ Bonifico bancario. IBAN IT35Q0760103000001011481825 (allegare la ricevuta)

☐ Assegno Bancario (allegato) ☐ Assegno circolare (allegato)

N. del di € Banca

Intestazione: LOMBARDO EDITORE sas

Come sottoscrivere l'abbonamento:

- Inviare questo modulo (o fotocopia) in busta chiusa a Lombardo Editore - Ufficio Abbonamenti - Via Centrale, 89 - 06016 San Giustino Pg
- per e-mail: abbonamenti@rivistalamediazione.it
- dal sito internet **www.rivistalamediazione.it** compilando il modulo online

In caso di disdetta dell'abbonamento, verrà rimborsata la differenza dei numeri non spediti; in caso contrario, verrà automaticamente rinnovato per l'anno successivo.

INFORMATIVA SUL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI (D.LGS. 196/2003 - ART. 13)

Lombardo Editore garantisce la riservatezza dei dati da Lei comunicati e La informa che potrà richiedere la loro cancellazione o rettifica scrivendo a: Lombardo Editore, Ufficio Dati, via Centrale 89, 06016 San Giustino Pg.

I Suoi dati saranno utilizzati per scopi amministrativi e logistici relativi alla sottoscrizione dell'abbonamento nonché per informarLa di ulteriori iniziative editoriali, culturali, di ricerca, eventi e manifestazioni.

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

la MEDIAZIONE, la prima rivista di cultura della risoluzione e prevenzione dei conflitti, è uno strumento di consultazione unico nel suo genere per autorevolezza, contenuti, approccio scientifico.

L'AUTOREVOLEZZA

la MEDIAZIONE nasce con l'intento di assolvere un duplice compito di ricerca e di incontro, dove liberi professionisti, accademici, ed addetti ai lavori propongono pubblicamente le proprie opinioni, esperienze ed elaborazioni.

I CONTENUTI

Ogni tre mesi, sulle pagine della nuova rivista troveranno ampio spazio: dibattiti, commenti e contributi sui temi di attualità nel settore; approfondite analisi sulle modalità di risoluzione dei conflitti; studi comparati sull'evoluzione della mediazione nei diversi ordinamenti, con particolare riferimento all'Unione Europea; informazioni su quanto viene prodotto all'estero, in sedi accademiche e professionali, che riguardano la pacificazione dei rapporti in ogni suo aspetto.

L'APPROCCIO SCIENTIFICO

su *la* MEDIAZIONE lo studio della materia viene svolto sia da un punto di vista giuridico-economico e di mercato che delle tecniche di comunicazione e di negoziazione. Un esclusivo taglio interdisciplinare che offre nuovi elementi di informazione e di documentazione ed apre quindi nuove frontiere di pensiero e di manovra.

la MEDIAZIONE si rivolge a chi vede nella pacificazione dei rapporti un vantaggio sociale e competitivo e il mondo in cui si muove il proprio business.