

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

Diamo una mano alla riforma



delle ADR

I NUMERI della MEDIAZIONE

Organismi di mediazione	909*
Enti di formazione	384**
Costo mediazione	3,4%**
Costo giudizio	29,9%***
Numero mediazioni	379.931***
Accordi/procedimenti	11,25%***
Procedimento mediazione con accordo raggiunto	76 gg****
Successo al tavolo	25%****
Mancata partecipazione	60,2%****

(*) Ministero della giustizia (al 22.02.2015 al netto degli organismi ed enti cancellati)
 (**) Unioncamere (dati al 30.09.2012)
 (***) Nostra elaborazione su dati Ministero della giustizia dal 21.03.2011 al 30.09.2014
 (****) Ministero della giustizia (dati 2014 al 3° trimestre)

...ultima ora

Osservazioni, a prima lettura, sulla sentenza del 23 gennaio 2015, n. 1351, della prima sezione del T.A.R. per il Lazio
 di Piero Sandulli

Crisi da sovra indebitamento: pubblicato il tanto atteso Decreto Ministeriale
 di Andrea Giorgi

In questo numero anche

il Punto su la MEDIAZIONE di Giancarlo Triscari

Le novità introdotte dalla legge di conversione al decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132

la MEDIAZIONE

& Mercato di Piero Sandulli

& Normativa di Cesare Vaccà, Paola Vitali, Cristina Ceci

& Conflitto di Paolo Pelino

I comportamenti costruttivi consigliati da la "Consensuologia"

di Mario Quinto

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

Il X Congresso Mondiale di Mediazione	4
A Palermo con Jacqueline Morineau	6
CNDCEC - <i>Fondazione Adr Commercialisti: non solo mediazione</i>	7
AEMeF - <i>La mediazione familiare alternativa alla lite giudiziaria</i>	7
Ministero della Giustizia/1 - <i>Giacenza e arretrato della Giustizia Civile</i>	8
Ministero della Giustizia/2 - <i>40.000 cause di meno con la Mediazione</i>	9

la MEDIAZIONE ...ultima ora

Osservazioni, a prima lettura, sulla sentenza del 23 gennaio 2015, n. 1351, della prima sezione del T.A.R. per il Lazio di Piero Sandulli	10
Crisi da sovra indebitamento: pubblicato il tanto atteso Decreto Ministeriale di Andrea Giorgi	13

il Punto su la MEDIAZIONE di Giancarlo Triscari

Le novità introdotte dalla legge di conversione al decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132	15
---	----

la MEDIAZIONE & Mercato

Esame e valutazione dei dati statistici sulla mediazione di Piero Sandulli	21
--	----

la MEDIAZIONE & Normativa

Luci (non molte) ed ombre (non poche) della procedura di negoziazione assistita dagli avvocati di Cesare Vaccà	24
L'esecuzione degli accordi di mediazione nelle controversie transfrontaliere tra Italia e Spagna di Paola Vitali	29
Il ruolo sociale dell'avvocatura di Cristina Ceci	31

la MEDIAZIONE & Conflitto

L'equa rinuncia di Paolo Pelino	36
---------------------------------	----

la MEDIAZIONE & Consenso

I comportamenti costruttivi consigliati da la "Consensuologia" di Mario Quinto	37
--	----

la MEDIAZIONE & Documenti

Decreto 24 settembre 2014, n. 202	47
TAR Lazio: <i>testo della sentenza 23/1/2015 R.G. 11235/2010</i>	52
Tribunale di Cassino ord. 08/10/2014 - <i>Le parti devono aderire personalmente alla mediazione: sanzioni a favore dell'Erario</i>	63
Nota Ministero giustizia - <i>Sentenza TAR Lazio 23/1/2015</i>	63

la MEDIAZIONE & Libreria

B. Lomaglio e F. Scandale (a cura di). <i>La mediazione civile e commerciale: teoria e pratica.</i>	64
---	----



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

Alessandra Cagnazzo, Cristina Ceci, Elena Cuppini, Andrea Giorgi, Paolo Pelino, Mario Quinto, Piero Sandulli, Giancarlo Triscari, Cesare Vaccà, Paola Vitali

REDAZIONE

Via Dardanelli, 33
00195 Roma

Copyright © 2015
e 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

Lombardo Editore

Stampa: *Tipografia l'Artistica* Pg

EDITORIALE

Diamo una mano alla riforma delle ADR

La mediazione civile e commerciale, la negoziazione assistita, il trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti dinanzi all'autorità giudiziaria e le ulteriori disposizioni dei procedimenti di separazione personale e di divorzio recentemente introdotte meritano tre riflessioni.

La prima riflessione è l'esigenza di raccogliere e organizzare le disposizioni in materia. Un testo normativo unico sugli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (le cosiddette ADR) ne faciliterebbe l'utilizzo, la diffusione e la comprensione.

La seconda riflessione è che gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie stragiudiziali devono essere articolati e monitorati costantemente. A tal fine, il Ministero della giustizia, come nelle intenzioni del Libro Verde sulla mediazione civile e commerciale, dovrebbe prevedere una cabina di regia per garantire l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dei provvedimenti normativi.

La terza riflessione perviene dalla necessità di una stabilità normativa. Stabilità normativa che deve guardare l'attività degli organismi di mediazione, dei mediatori e degli assistenti professionali delle parti nell'ambito della consulenza stragiudiziale.

Gli organismi di mediazione sono chiamati a svolgere la propria attività in un contesto che inevitabilmente è quello della legge di mercato regolato dalla competitività sempre più serrata e che per poter essere affrontata con possibilità di successo richiede un'attenta analisi delle risorse impiegate e dei risultati ottenuti in termini di ricavi. La recente sentenza del TAR del Lazio R.G. 11235/2010 del 23 gennaio 2015 ha abrogato la norma che prevede le spese di avvio del procedimento di mediazione che, assommate al primo incontro gratuito, destabilizzano il sistema previsto dal decreto legislativo 28/2010 fondato sul ruolo degli organismi di mediazione. Il sistema dovrebbe verificare le condizioni affinché gli organismi di mediazione possano ben operare.

Inoltre la previsione del primo incontro gratuito determina per il mediatore, professionista formato, il dover svolgere prestazioni gratuite. Tutto ciò contravviene con il disposto costituzionale che all'articolo 35 detta "la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni" e all'articolo 36 "il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro...".

Ed infine il balletto normativo a cui stiamo assistendo nella consulenza stragiudiziale. L'assistenza in mediazione è nata con il decreto legislativo 28/2010 come attività professionale libera e volontaria per le parti. Molti professionisti si sono formati con impegno alla materia. Successivamente il decreto del fare ha introdotto l'assistenza obbligatoria tecnico legale in mediazione e il decreto legge 132/2014 ha previsto esclusivamente attività svolte dagli avvocati nella negoziazione assistita e in questo arbitrato. Adesso il contraddittorio è lontano dagli obiettivi di semplificazione del disegno di legge sulla concorrenza che, come ha rilevato il Presidente del Consiglio nazionale dei commercialisti Gerardo Longobardi "penalizzano alcune categorie professionali e ne avvantaggiano altre, senza perseguire, a parer nostro, l'obiettivo della semplificazione. È quindi una semplificazione a somma zero. Per contro, nonostante la dichiarata volontà di favorire il consumatore, il disegno di legge lo priva di qualsiasi effettiva tutela circa la garanzia del rispetto delle condizioni minime imposte dalla legge". A tale proposito è utile ricordare la direttiva 2013/11/UE (sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori attraverso l'intervento di organismi ADR) che all'art. 8, lettera b), recita "le parti hanno accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere ad un avvocato o un consulente legale". La Direttiva dev'essere recepita dagli Stati membri entro il 9 luglio 2015. Sottolinea Longobardi, "se l'obiettivo dell'esecutivo era quello di liberalizzare taluni servizi professionali, non si comprende come mai, rispetto ad alcune anticipazioni della vigilia, sia 'saltata' la soppressione dall'ordinamento forense dell'esclusiva agli avvocati dell'assistenza, della rappresentanza e della difesa nelle procedure arbitrali rituali".

In attesa di conoscere il testo definitivo del ddl, auspico una previsione della carta costituzionale che introduca la tutela stragiudiziale degli interessi delle parti.

MARCO CEINO

Il X Congresso Mondiale di Mediazione

Una via verso la cultura della pace e della partecipazione comunitaria che passa anche attraverso l'Italia

Il X Congresso Mondiale di Mediazione tenuto a Genova dal 24 al 27 settembre scorsi si è aperto con una lettera di Papa Francesco che incoraggiava i presenti manifestando la sua stima per chi sceglie il dialogo e cerca di costruire soluzioni condivise e quindi di pace.

Subito dopo è stato proiettato un video prodotto dai detenuti/mediatori appartenenti alla "Unidad de Mediacion de Pares" costituita all'interno del carcere di Hermosillo nello stato di Sonora (Messico) per mediare i conflitti.

La loro è stata una testimonianza diretta, semplice e sincera! La mediazione ha cambiato il loro approccio con gli altri, dentro e fuori dal carcere. I detenuti hanno imparato a gestire meglio i loro conflitti e hanno migliorato le relazioni con le loro famiglie anche fuori dalle mura carcerarie.

Il Congresso Mondiale della Mediazione è stata un'occasione di confronto importante perché in Italia chi fa mediazione, soprattutto se appartiene anche alla classe forense, è visto come un "alternativo" se non addirittura, in alcuni contesti, come una sorta di "traditore".

La mediazione è un luogo (lo spazio e il tempo direbbe qualcuno) in cui tutti ci possiamo incontrare come esseri umani, fuori dai nostri ruoli e a prescindere dai vissuti, dalla cultura e dal sistema giuridico.

Il Congresso Mondiale è approdato a Genova, dopo due anni di preparativi, portandosi dietro un pezzo di mondo, 27 le nazioni presenti; molte le personalità presenti all'evento; Jorge Pesqueira Leal (Messico) fra gli organizzatori, Juan Carlos Vezulla (Argentina), Fadhila Mammar (Tunisia), Jacqueline Morineau (Francia) insignita anche di un riconoscimento in occasione del Congresso, Lisa Parkinson (Regno Unito), Silvia Sallard (Messico), Myriam Barrientos (Cile) e Laura Quiroz (Messico) sono solo alcuni degli esperti che hanno portato la loro esperienza con lezioni magistrali,

workshop e momenti di confronto nei forum di discussione.

A mano a mano che i lavori procedevano diventava sempre più evidente che la mediazione non è solo una moda, come alcuni sostengono e altri vorrebbero, ma c'è di più, la mediazione è un movimento, un approccio alla vita e al conflitto che della vita fa inesorabilmente parte.

Il susseguirsi degli appuntamenti ha portato ad esplorare la Mediazione in tutti i suoi mondi, attraverso un viaggio che ha indotto a confrontarsi con il significato di una "pratica" che ha una capacità trasformativa della società a partire dal singolo.

La domanda è quindi: "Sono disposto a mettermi in gioco e confrontarmi con me stesso, con il mio desiderio di rivalsa e vendetta? Sono disposto a passare dalla logica del gioco a somma zero (io vinco/tu perdi) ad un gioco a somma positiva perché troviamo un modo per ottenere tutti e due qualcosa che vogliamo?"

Le parole "sentimento" ed "emozione" non possono allora essere lasciate fuori dalla stanza di mediazione, e se da un lato tutti dichiarano che "l'uomo forte è quello che sa mostrare anche i suoi sentimenti", quando è il nostro momento facciamo di tutto per tenerli nascosti, perché i sentimenti, soprattutto i nostri, un po' spaventano.

Quello che accomuna tutti i modelli di mediazione, tutti i Paesi e tutti i mediatori, anche nei diversi contesti della mediazione, come per esempio in quella civile e commerciale, è che le emozioni devono essere prese in seria considerazione.

Del resto pensiamoci un attimo, se una persona entra nella nostra stanza urlando ci limitiamo ad osservarla o la prima reazione, istintiva, è quanto meno di disagio?

In una frazione di secondo il cervello valuta se l'urlo è di gioia o di panico, di chi si tratta, amico o nemico, e decide se sia meglio scappare o andare incontro (di-

pende se è vostra suocera o vostro figlio). Tutto questo perché siamo "esseri umani" e il nostro istinto si regge sulle nostre emozioni. Allora perché negare che anche durante una mediazione in materia bancaria le emozioni sono importanti?

È così strano pensare che il cliente di una banca possa provare rabbia, paura, tristezza? Se dall'esito della mediazione dipenderà la chiusura della sua attività proverà tutto questo e allora il mediatore dovrà essere in grado di decodificare e gestire anche i suoi sentimenti per aiutarlo a definire la vertenza.

Abbassando il livello dell'emozione la mente sarà libera di pensare diversamente, non più fuga o attacco ma, perché no, collaborazione? Soluzioni alternative? Chi può dirlo; quello che si sa è che quanto meno dalla mediazione si esce sempre con più informazioni e la consapevolezza di avere fatto il massimo per risolvere il problema.

Alle volte anche sapere che non ci sono alternative al giudizio (così come ad una separazione) è fondamentale perché il dubbio venga fugato e la coscienza si acquieti.

I relatori hanno portato all'attenzione dell'uditorio, se ancora ve fosse stato bisogno, che la mediazione è uno strumento per accrescere il livello di civiltà e lo si può fare insegnando e praticando la mediazione nelle famiglie, a partire dalla coppia, nel rapporto con i figli, nelle scuole e nelle comunità.

Quando parliamo di "comunità" immediatamente pensiamo alla vita di ognuno di noi, dal condominio ai rapporti commerciali e di lavoro, al senso di appartenenza alla società civile, al rapporto di fiducia tra cittadini e istituzioni, pazienti e medici o strutture sanitarie.

In Italia la mediazione civile e commerciale è diventata obbligatoria da pochissimo tempo e solo in alcune materie che sono, tra le altre, quelle che regolano la vita in condominio, tra le persone nelle successioni e in ambito sanitario.

Il legislatore ha dovuto utilizzare la via dell'obbligatorietà, che tanto fa innervosire i puristi della mediazione, perché diversamente nessuno avrebbe cominciato a sperimentarla.

L'obbligatorietà, effettivamente, non è lo strumento ottimale perché non favorisce l'atteggiamento mentale giusto per affrontare l'incontro; questo è e sarà un problema in più per il mediatore, ma il "buon mediatore" dovrà accettare il compromesso...e la sfida.

Anche in altri Stati la mediazione è stata introdotta attraverso un periodo di obbligatorietà e successivamente, con l'uso, è diventata uno strumento quotidiano e volontario per la risoluzione dei conflitti.

Dal Forum sulla mediazione civile e commerciale è emerso che anche all'estero questo approccio di risoluzione alternativa delle controversie è relativamente giovane se paragonato alla mediazione familiare e penale, e la politica stessa è fortemente impegnata nella sua promozione.

Alcuni Paesi stanno inserendo la mediazione fra le materie curriculari dei giovani studenti di legge, sociologia ed economia e commercio, pertanto le nuove generazioni avranno maggiore dimestichezza con il suo linguaggio; capiranno al volo cosa c'entrano i profitti con le emozioni, sapranno che la buona reputazione si perde in un batter d'occhio e che la riservatezza di un accordo raggiunto in mediazione ha un valore, quantificabile anche sul piano monetario.

In Italia forse questo passaggio va ancora fatto perché la mediazione viene insegnata solo da alcuni docenti formati all'estero, mentre nei Tribunali è talvolta incoraggiata altre volte ignorata; gli avvocati tendenzialmente non l'approvano, anche se ora alcuni si sono uniti per sostenerne la difesa.

In Paesi come la Catalogna, i mediatori fanno ancora un vero e proprio lavoro di orientamento alla mediazione, mentre in Argentina la pratica è ormai consolidata, come si diceva prima anche a livello universitario, oltre che a Giurisprudenza anche ad Economia e Commercio, perché si è capito che la gestione dei passaggi

generazionali nelle aziende familiari necessita un approccio di tipo diverso per gestire dinamiche che sono influenzate dalle relazioni esistenti fra i soci, quali quelle tra genitori e figli che, con vissuti ed emozioni diverse, devono gestire un conflitto da cui dipendono le sorti economiche di intere famiglie.

In Italia questa consapevolezza parrebbe ancora lontana, ma eventi come questo di Genova contribuiscono certamente a demistificare e chiarire ambiti e pregi di una disciplina appena nata.

Su questo, per esempio, il Procuratore Generale presso la Procura della Repubblica di Genova ha fatto un intervento molto interessante che ha evidenziato come le finalità della mediazione e del sistema giustizia, apparentemente distanti, in realtà mirino ad un obiettivo condiviso, la riduzione del "reo" tesa al suo reinserimento nella società, dopo un percorso di consapevolezza e assunzione di responsabilità.

Tutto questo ha un positivo impatto sulla probabilità di recidiva e sul ripristino della sicurezza sociale.

Riflettendoci il concetto può essere esteso a tutti gli ambiti della mediazione perché se questo è vero in ambito penale è altrettanto vero in ambito civile e commerciale o familiare.

Una persona che comprende l'impatto delle proprie azioni sugli altri adegua i suoi comportamenti; questo è significativo anche nelle piccole cose: risolvere una lite tra condomini equivale a creare o recuperare una cultura di convivenza e di rispetto reciproco, che migliorerà i rapporti tra i protagonisti del singolo conflitto e sarà di esempio per gli altri.

Queste non sono pie illusioni, ma considerazioni supportate da ricerche effettuate in ambito economico-giuridico e sociologico, che hanno evidenziato il riflesso positivo di questa modalità sull'economia ed il benessere sociale.

Non a caso le grandi società commerciali ricorrono frequentemente alla mediazione,

ben conscie che la lite depaupererà le risorse umane ed economiche dell'azienda. La rinuncia a qualcosa, di cui si potrebbe avere diritto, alle volte, conviene molto di più che l'ottenimento di un pagamento integrale, che interrompe definitivamente i rapporti commerciali e mina la fiducia degli altri clienti.

Dov'è quindi la rinuncia se il compromesso è il prezzo che paghiamo per assicurarci la prosecuzione del nostro commercio? Questo costo non è forse assimilabile a quello della pubblicità che, come sappiamo, è l'anima del commercio?

C'è ancora molta strada da fare! La pratica della mediazione presuppone un diverso approccio culturale al conflitto, ma è altrettanto certo che le generazioni future vivranno la mediazione come un'opportunità, così come accade da anni negli Stati Uniti, dove la professione legale è sinonimo di profitto e gli avvocati praticano la mediazione tanto quanto frequentano i tribunali.

Dicono che ogni viaggio, anche il più lungo, inizia con il primo passo e questo è stato compiuto anche in Italia dove, a causa forse dell'importante tradizione giuridica, si sono verificate maggiori resistenze che altrove; tuttavia, credo che sapremo integrare la mediazione nelle nostre abitudini così come stiamo facendo per tante altre novità che investono la professione forense.

Silvia Sallard, mediatrice e formatrice messicana che Bologna ha avuto il piacere di ospitare in occasione del workshop pre-congresso sulla "mediazione come strumento di armonizzazione delle relazioni familiari e come fattore di prevenzione della violenza familiare", a chiusura del suo intervento ha dichiarato di inseguire il sogno che "in ogni cucina del mondo ci sia una mediatrice".

Questa immagine rimanda alla semplicità del focolare domestico e ricorda che la mediazione è uno strumento semplice, al servizio di tutti, fruibile da tutti, occorre solo il desiderio di vivere in pace e la convinzione che questa si costruisce partendo da noi stessi.

Elena Cuppini

Mediatore civile accreditato
CONCILIA

A Palermo con Jacqueline Morineau

Jacqueline Morineau a Palermo, lo scorso 16 gennaio, davanti ad una platea affollatissima e raccolta nella cornice magnifica della Sala Magna di Palazzo Chiaramonte Steri – attualmente sede del Rettorato dell'Università degli Studi di Palermo – parte dalla recente strage terroristica di Parigi e da un'immagine, quella del popolo francese, che da questi fatti dolorosi trae la nuova energica spinta per ritrovare al suo interno la forza di ricreare una coalizione umanitaria ed una coesione tali da commuovere il mondo intero.

Il fiore di loto, simbolo della purezza, del rinnovamento e della creatività, nasce dalla fanghiglia, affonda le sue radici nelle acque torbide e stagnanti ed in queste trova l'humus e l'energia per crescere e rinascere a nuova vita. In questa immagine suggestiva è racchiuso il pensiero di Jacqueline Morineau. La nuova vita che nasce dal dolore, i cambiamenti che seguono il conflitto. Conosciamo tutti Jacqueline Morineau, colei che ha realizzato l'idea di mediazione umanistica come metodo per risolvere i conflitti in un tempo in cui parlare di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie era cosa tutt'altro che consueta. Fonda il *Centre de Médiation et de Formation à la Médiation* che si propone di formare mediatori che operino nella società, diffondendone la relativa cultura.

Il Ministro della giustizia francese accoglie la sfida e crea un ponte di collaborazione fra il Centro di mediazione fondato e diretto da Jacqueline Morineau ed il Tribunale di Parigi. Qui il metodo di mediazione umanistico viene applicato ai conflitti interpersonali generati da casi di violenza verbale o fisica sortendo risultati tanto positivi quanto insperati. Parte un processo inarrestabile che porta alla diffusione di questo metodo assolutamente rivoluzionario per la realizzazione di progetti patrocinati dall'Unesco, dal Consiglio d'Europa e volti a perseguire la pace nel mondo ed in particolare nei Balcani, finendo con il formare mediatori in molte parti del mondo: dalla Francia alle vicine Spagna ed Italia, ma anche Belgio,

Portogallo, Lussemburgo, Macedonia, Kosovo. *"Quando c'è un conflitto, c'è sofferenza e se vogliamo che questo si risolva, dobbiamo arrivare al cuore di questa sofferenza, solo allora la ricostruzione sarà possibile... La vera richiesta non è solo al livello della risoluzione del conflitto, ma ad un livello superiore, quello della dignità umana e quello della riparazione morale che non esclude la riparazione materiale, ma, che sola può rendere all'individuo il suo posto nella società".*

Jacqueline Morineau c'insegna che *"La mediazione accoglie il disordine. È un momento, un luogo, in cui è possibile esprimere le nostre differenze e riconoscere quelle degli altri. È un incontro nel quale si scopre che i nostri conflitti non sono necessariamente distruttivi, ma possono essere anche generatori di un rapporto"*.

Il metodo della mediazione umanistica non conosce limiti di applicazione, rivolgendosi a tutte le forme di conflitto: nell'uomo, fra gli uomini. Possiamo definirlo un processo o un dialogo guidati, ciò che conta è lo spirito che la anima e che parte dal momento di sofferenza, di conflitto, di oscurità in cui l'uomo versa in alcune fasi della sua vita per accompagnarlo nella scoperta di nuove energie e risorse interiori che lo indirizzino verso altre scelte o direzioni. Esso può essere certamente adottato per la risoluzione di ogni tipo di conflitto: da quello penale a quello civile, al familiare allo scolastico o culturale.

Jacqueline Morineau a Palermo ha ricondotto tutti noi all'origine di tutto, accogliendo con entusiasmo operatori e divulgatori della mediazione a vario titolo, per sollecitare una necessaria attività di riduzione ad unum, per la ricerca e la riscoperta dell'essenziale.

Alla radice di tutte le mediazioni vi è proprio quella magnifica immagine del fiore di loto, che nasce e cresce nel fango e da questo trae energia per crescere e riaffermarsi nella sua purezza. A partire da questa, la tavola rotonda ha preso il via in un'alternanza d'interventi intensi e rappresentativi ciascuno di un



settore, di una materia e di un insieme di evoluzioni di cui, con l'occasione, si è potuto dare conto e fare il punto.

Fra le diverse esperienze portate al cospetto del nutrito consenso, quella di Maria Pia Giuffrida, responsabile del Progetto "Casa del Diritto e della Mediazione", già presidente per oltre 12 anni della Commissione sulla Giustizia Riparativa e la Mediazione Penale del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, oltre che Provveditore regionale per l'Amministrazione Penitenziaria. Maria Pia Giuffrida parte dai tre modelli sanzionatori: quello retributivo, il rieducativo-trattamentale e quello riparativo per affermare che, se attraverso il modello retributivo lo Stato ristabilisce un equilibrio fra il reo ed il sistema delle norme violato, comminando una pena, il riparativo mira alla responsabilizzazione del reo, cui è richiesto di ritornare e concentrarsi sulla relazione con la vittima. In questa prospettiva s'inserisce il ruolo fondamentale del mediatore penale, facilitatore neutrale dell'apertura di un canale di comunicazione fra il reo e la vittima, sempre più bisognosa di riconoscimento ed assistenza professionale. Così ci conferma Paolo Grillo, Dottore di Ricerca in diritto processuale penale presso l'Università di Palermo e fervido sostenitore della centralità del rapporto fra il reo e la vittima nell'ottica di un progetto di mediazione fra gli stessi.

Dalla mediazione penale a quella scolastica, di cui riferisce Anna Maria Crescente, docente e mediatrice familiare, dal cui intervento emerge chiaramente il ruolo centrale dell'istituzione scolastica nella divulgazione dello

spirito della mediazione dei conflitti, anche fra i giovani.

Ad arricchire la tavola rotonda, Maria Antonietta Catania, Avvocato del Foro di Palermo e Mediatrice Familiare, Antonella D'Arpa, psicologa, impegnate ad evidenziare la necessità e l'urgenza che lo strumento della mediazione nel conflitto familiare assurga a procedimento elettivo nella gestione del conflitto stesso in un'ottica di tutela dei soggetti coinvolti nella crisi e in una prospettiva di conservazione dei legami familiari travolti dalla crisi.

Alla Sottoscritta l'ingrato compito d'illustrare l'attuale situazione italiana con particolare riferimento allo stato della mediazione familiare nella gestione della crisi. Bilancio negativo; probabili cause di quest'ultimo; interventi da discutere e proporre al nostro Legislatore in un'ottica *de jure condendo* volta alla rimozione degli svariati ostacoli di cui si è dato conto nel corso dei Lavori.

Sostengo da molto tempo la necessità che il ricorso ad un percorso di mediazione familiare sia posto come condizione di procedibilità all'azione, da intraprendere dunque in una fase preventiva al processo di separazione o divorzio, in concomitanza con la garanzia, per le parti coinvolte, di un percorso di assistenza psicologica e di sostegno alla genitorialità.

Alessandra Cagnazzo

Avvocato Matrimonialista
Mediatrice Familiare
Pres. Naz. di Officina Familia

CNDCEC

Fondazione ADR Commercialisti: non solo mediazione

Dopo uno stop di due anni, dovuto al lungo commissariamento dell'Ente, riparte la Fondazione ADR Commercialisti del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili. La Fondazione, nata negli scorsi anni per favorire la diffusione tra i commercialisti della cultura della risoluzione alternativa delle controversie, è il punto di riferimento per gli oltre 80 organismi di mediazione della categoria diffusi su tutto il territorio nazionale, ai quali ADR fornisce assistenza, consulenza e aggiornamenti sulla normativa di settore. Presidente della Fondazione è stato confermato il Consigliere nazionale della categoria Felice Ruscetta mentre fanno parte del Consiglio direttivo Marcella Caradonna, Alfio Pulvirenti, Gianluca Bandini, Sergio Ceccotti, Giovanni Casartelli, Fausto Bertozzi, Roberto De Rossi, Mauro Antonio Albrizio, Ciro Di Vuolo e Domenico Arcuri. Il nuovo Collegio dei revisori è invece composto da Massimiliano Castagna (Presidente), Paolo Tracanna e Francesco De Filippis (componenti effettivi). Tutte le nomine sono state decise dal Consiglio superiore della Fondazione, presieduto da Gerardo Longobardi e composto anche da Davide Di Russo, Achille Coppola, Maria Luisa Campise, Vito Jacono, Giovanni Gerardo Parente e Maria Rachele Vigani.

"Dopo un lungo stop forzato - afferma Ruscetta - finalmente la Fondazione ADR può ripartire. D'ora in avanti non ci concentreremo più sulla sola mediazione, ma amplieremo il nostro raggio d'azione anche ad arbitrato, negoziazione assistita e crisi da sovraindebitamento".

"La legge sul sovraindebitamento - spiega Ruscetta - è uno strumento molto importante per le piccole aziende non fallibili e per i privati. La crisi economica ha portato tante persone ad indebitarsi e, a volte, ad esporsi in modo eccessivo nei confronti di banche e finanziarie. Questa legge dà la possibilità a queste persone e alle piccole attività di concordare, con l'aiuto degli organismi di composizione delle crisi presso gli Ordini dei commercialisti, la sistemazione della posizione debitoria. A questo dramma sociale, che purtroppo interessa tante famiglie italiane - conclude Ruscetta - i commercialisti sono particolarmente sensibili. Per questo ADR metterà a disposizione della società le proprie specifiche competenze in materia, favorendo una maggiore conoscenza di questa legge, al momento ancora sottoutilizzata, e supportando gli Ordini territoriali della categoria che vorranno costituire ulteriori organismi di composizione delle crisi".

AEMeF

La mediazione familiare alternativa alla lite giudiziaria

Diffondere nella società la conoscenza della Mediazione familiare come sistema alternativo alla lite giudiziaria per la soluzione dei conflitti nel contesto familiare, ridurre drasticamente il carico dei tribunali a partire da quella notevole quota che proviene dalle controversie familiari e consolidare la collaborazione tra le figure professionali coinvolte nei procedimenti, *in primis* avvocati, magistrati e mediatori familiari, sono state le tematiche del convegno "Mediazione fami-

liare - Per una separazione non conflittuale nell'interesse dei figli" promosso dall'A.E.Me.F. presso il Tribunale di Bologna.

La mediazione familiare è un intervento professionale rivolto alle coppie e finalizzato a riorganizzare le relazioni familiari in presenza di una volontà di separazione e/o divorzio. Obiettivo centrale della mediazione familiare è il raggiungimento della bigenitorialità, con particolare attenzione nei confronti dei figli minori. A tale scopo è importante

consolidare la collaborazione tra le diverse figure coinvolte con i mediatori familiari.

Al convegno hanno partecipato esperti nella materia che hanno affrontato temi quali l'importanza e ruolo della Mediazione familiare (Avv. Raffaele Condemi), lo stato dell'arte degli interventi in materia di separazione e affidamento dei figli (Prof. Marino Maglietta) e la negoziazione assistita nel diritto di famiglia e mediazione familiare (Avv. Emanuela Palamà). Il convegno si è concluso con un intervento sul delicato aspetto della formazione del mediatore familiare curato da Gabriella Vigliar Presidente dell'AEMeF.

Ministero della Giustizia/1

Giacenza e arretrato della Giustizia Civile

Il Ministero della giustizia ha reso noti i risultati di un primo elaborato su "Analisi delle pendenze e dell'anzianità d'iscrizione degli affari civili Ottobre 2014" a seguito del più ampio progetto avviato dallo stesso ministero denominato Data-Warehouse della Giustizia Civile (DWGC). Tramite il DWGC è stato pertanto possibile redigere prospetti statistici selettivi (per anni e materie) di tutti gli Uffici giudiziari divisi per distretto come è stato illustrato dal Direttore Generale di Statistica del Ministero di giustizia Fabio Bartolomeo. Il rapporto presentato dal Capo del Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria,

Presidente Mario Barbuto, ha l'obiettivo, per lo stesso autore, di concorrere a realizzare i seguenti obiettivi: la scomparsa della voce cause ultratriennali dalle schede statistiche che rappresentano l'arretrato in senso stretto e la presenza in dette schede statistiche della sola voce cause infra-triennali (per gli uffici di primo grado) e cause infra-biennali (per quelli di secondo grado), cioè della giacenza che a sua volta è suddivisa in tre sottovoci: cause triennali (giacenza a rischio), cause biennali (giacenza di routine) e cause annuali (giacenza virtuosa). Riportiamo qui di seguito 2 prospetti significativi

riportati nel documento presentato. Nella Tabella 1 sono riportati i dati sui quali si fonda lo slogan "giustizia incivile: arretrato di 5,2 milioni di cause", diventa superflua la giustificazione che il c.d. arretrato negli ultimi tre anni è in calo costante.

Nella Tabella 2 è riportata la rilevazione selettiva per anzianità dove sono riportati in nero i dati relativi ai procedimenti pendenti a data anteriore al 2011 (pari ad un totale di 835.190) che rappresentano per lo studio una mina vagante e finché vi sarà una sola di queste pratiche vetuste, la giustizia civile non potrà ritenersi degna di un Paese normale.

TOTALITÀ DEGLI UFFICI: Corte di cassazione, Corti d'Appello, Tribunali, Uffici del Giudice di pace, Tribunali per i minorenni		VARIAZIONI RISPETTO ALL'ANNO PRECEDENTE
Anno giudiziario 1.7.2010-30.6.2011		
Iscritti	4.475.419	
Definiti	4.527.574	
Pendenti finali	5.738.673	
Anno giudiziario 1.7.2011-30.6.2012		
Iscritti	4.329.262	-3,3%
Definiti	4.532.930	+0,1%
Pendenti finali	5.488.102	-4,4%
Anno giudiziario 1.7.2012-30.6.2013		
Iscritti	4.348.902	+0,5%
Definiti	4.554.038	+0,5%
Pendenti finali	5.257.693	-4,2%

Tabella 1

	TARGATURA DELLE CAUSE IN TUTTI I TRIBUNALI ORDINARI (affari di primo grado)	TARGATURA DELLE CAUSE IN TUTTE LE CORTI D'APPELLO (affari di secondo grado)	TOTALI
Affari iscritti a ruolo fino all'anno 2000	86.022	261	86.263
Affari iscritti a ruolo negli anni 2001-2005	122.611	4.435	127.146
Affari iscritti a ruolo negli anni 2006-2010	709.847	125.343	835.190
Affari iscritti a ruolo negli anni 2010-2013	2.409.945	282.559	2.692.504
TOTALI	3.328.425	412.698	3.741.123

Tabella 2

Ministero della Giustizia/2

40.000 cause di meno con la Mediazione

In tre anni e mezzo (da marzo 2011 al 30 settembre 2014) sono state presentate 379.931 istanze di mediazione, 354.410 sono state le procedure concluse di cui 39.871 con l'accordo pari all'11,25% del totale delle procedure. Dalla tabella che segue i risultati sono stati suddivisi in tre periodi: dall'entrata in vigore della condizione di procedibilità alla sentenza della Corte Costituzionale con cui veniva abrogata 2011-2012), il periodo che la condizione di procedibilità non era prevista normativamente (2013) e il terzo periodo da quando si sono avuti gli effetti della reintroduzione della condizione di procedibilità attraverso il decreto del fare (2014 sino a settembre).

Dalla Tabella 1 possiamo rilevare che la percentuale degli accordi sulle procedure di mediazione definite con il cosiddetto decreto del fare rispetto al decreto legislativo 28/2010 così come era previsto prima della sentenza della Corte Costituzionale è passata dall'11,85% al 9,98%. L'andamento trimestrale delle istanze presentate è rappresentato nel primo grafico. I dati forniti dal Ministero segnalano anche un interessante incremento dei risultati dei procedimenti avuti dalla mediazione demandata dal giudice che passa da un risultato percentuale pari all'1,7 del 2011 al 4,9% dei primi nove mesi del 2014 come da Tabella 2. Particolarmente interessante è rilevare i risultati suddivisi per tipologia di organismo come da Tabella 3.

	PROCEDURE DEFINITE	ACCORDI RAGGIUNTI	%
Da marzo 2011 a dicembre 2012 (d.lgs. 28/2010)	192.793	22.846	11,85
2013 (effetti sentenza n. 272/2012 della C. Costituzionale)	24.019	3.300	13,74
2014 sino al 30.09.2014 (effetti del cosiddetto decreto del fare)	137.598	13.725	9,98
TOTALE	354.410	39.871	11,25

Tabella 1

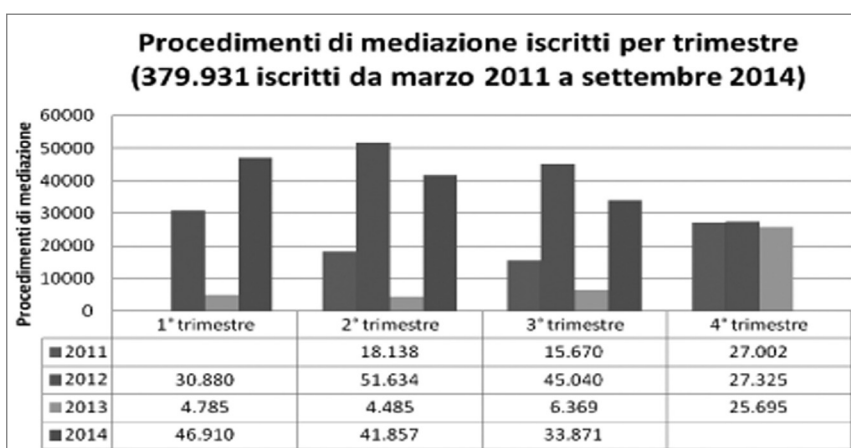


Grafico 1

	2011 %	2012 %	2013 %	2014 %
Demandata dal giudice	1,7	3,3	2,0	4,9
Obbligatoria (condizione di procedibilità)	77,9	84,9	57,5	84,2
Clausole contrattuale	0,5	0,3	1,5	0,7
Volontaria	19,9	11,6	39,0	10,2

Tabella 2

TIPOLOGIA ORGANISMO	ORGANISMI AL 30.09.2014	DEFINITI	DEFINITI PER ORGANISMO*	% ACCORDO RAGGIUNTO sul numero totale delle volte che l'aderente è comparso	% ACCORDI RAGGIUNTI sul numero totale delle volte che si supera il primo incontro
Camere di commercio	87	13.235	152	23,3%	57,2%
Privati	642	74.947	116	27,9%	52,2%
Ordine avvocati	114	48.169	422	21,4%	38,1%
Altri ordini	90	1.247	14	41,1%	65,6%
TOTALE	933	137.598	147	25%	48%

(*) Nostra elaborazione su dati del Ministero.

Tabella 3

Osservazioni, a prima lettura, sulla sentenza del 23 gennaio 2015, n. 1351, della prima sezione del T.A.R. per il Lazio

Posizione del problema

La decisione con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio è tornato sul tema della mediazione, finalizzata alla conciliazione delle liti, prende le mosse da un ricorso proposto nel 2010, con numero di registro generale 11.235, dalla associazione non riconosciuta, denominata Unione Nazionale Camere Civili, sedente in Parma, con cui la ricorrente ha proposto tre censure avverso le disposizioni del decreto ministeriale del 18 ottobre 2010, n. 180, alle quali sono state aggiunte, nel tempo, altre due doglianze, formulate con i motivi aggiunti, sempre promosse avverso il D.M. del 2010, riferite agli articoli 4 e 16 di esso. Queste ultime prospettazioni sono state legittimate dalla normativa *medio tempore* intervenuta e dettata dalla legge n. 98, del 9 agosto 2013, che ha convertito il decreto legge n. 79 del 21 giugno 2013, cosiddetto "decreto del fare" il quale, dopo l'intervento della decisione n. 272 del dicembre 2012 della Corte Costituzionale, ha ribadito la obbligatorietà della mediazione in relazione alle materie indicate dal comma 1 *bis*, dell'articolo 5, del decreto legislativo n. 28, del 2010.

Evoluzione del quadro normativo

La premessa che precede è necessaria, al fine di collocare correttamente le doglianze proposte, nell'ambito temporale e normativo in cui sono state poste in essere.

Tuttavia, come è stato ampiamente motivato dalla sentenza del TAR per il Lazio, molte delle censure, a suo tempo proposte, sono ormai superate sia dai chiarimenti operati dalla Corte Costituzionale, con la decisione numero 272 del 2012, che dalla legge del 9 agosto 2013, n. 98; ormai non può esservi alcun dubbio circa la costituzionalità del procedimento di mediazione finalizzato alla conciliazione delle liti, neppure quando esso costituisce "filtro" all'azione ed è considerato condizione di perseguibilità del giudizio (del resto il tema della degiurisdizionalizzazione ha costituito l'idea ispiratrice della legge n. 162 del novembre 2014).

Ampiamente, al riguardo, motiva la decisione del TAR che richiama la raccomanda-

zione del Consiglio Europeo, del 29 maggio 2013, nella quale si può leggere, nell'undicesimo "considerando", come "*per migliorare il contesto in cui operano le imprese occorre completare la riforma della Giustizia Civile dando rapidamente attuazione alla riorganizzazione dei Tribunali, abbreviando la durata eccessiva dei procedimenti e riducendo il volume dell'arretrato e il livello del contenzioso*" ricordando come "*a seguito della sentenza della Corte Costituzionale dell'ottobre 2012 sulla mediazione è necessario intervenire per promuovere il ricorso a meccanismi extragiudiziali di risoluzione delle controversie*"; inoltre, gli stessi giudici del TAR ricordano che il Consiglio Europeo ha rivolto all'Italia l'invito ad abbreviare la durata dei procedimenti civili e ridurre il livello del contenzioso civile, anche promuovendo il ricorso a procedure extra giudiziali di risoluzione delle controversie (vedi al riguardo il punto 11 della sentenza del TAR).

In questo contesto, dunque, i giudici amministrativi, di prime cure, hanno dichiarato improcedibili tutte le censure di costituzionalità sollevate con l'originario ricorso, essendo queste ormai superate dal dettato della legge n. 98 del 2013.

Le legittimazione attiva

In sostanza, la decisione del TAR del 23 gennaio 2015 n. 1351 si è limitata a prendere in esame le sole due doglianze avanzate con i motivi aggiunti dall'Unione Nazionale delle Camere Civili con sede a Parma.

Riguardo alla associazione ricorrente, prima di entrare nel merito delle ECCEZIONI da essa avanzate con i due motivi di doglianza accolti dal TAR per il Lazio, occorre operare alcune riflessioni circa la sua legittimazione ad agire.

Invero, il TAR ha respinto, al punto 5, della sua decisione, la questione di natura pregiudiziale proposta dall'Avvocatura dello Stato, circa la legittimazione della ricorrente, sul presupposto che la stessa abbia "*un apprezzabile grado di rappresentatività*"; tale rappresentatività il TAR la misura alla luce dello Statuto della Unione Nazionale Camere Civili e sul numero degli iscritti, riferiti dalla ricorrente e quantificati in circa 7000 (sette-

mila), senza, però, considerare che l'azione è stata promossa da una sezione dell'UNCC, avente sede a Parma, la quale non può essere, in alcun modo, definita come rappresentativa. né a supporto di essa sono intervenute le altre Sezioni dell'Unione o gli organi dell'avvocatura, a ciò deputati, che sono: i singoli ordini professionali, il consiglio nazionale forense e l'organismo unitario dell'avvocatura (O.U.A.), pertanto, è quanto meno dubbia la legittimazione ad agire dell'associazione ricorrente.

Esame dei motivi aggiunti

Venendo, ora, al merito della decisione è necessario ricordare le doglianze avanzate con i motivi aggiunti dalla Associazione ricorrente.

La prima ipotesi è legata al contenuto dell'art. 16 del D.M. n. 180 del 2010 che, a seguito della modificazione intervenuta, sull'articolo 17, quinto comma *ter*, del Decreto Legislativo n. 28 del 2010, nel suo attuale testo prescrive che *"nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione"* mentre il secondo comma dell'art. 16 del D.M. 180, del 2010, nel suo testo vigente prevede che *"per le spese di avvio, a valere sulla indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte per lo svolgimento del primo incontro un importo di euro 40 (quaranta) per le liti di valore fino a 250.000 euro e di euro 80 (ottanta), per quelle di valore superiore, oltre alle spese vive documentate che è versato dall'istante al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento. L'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo"*. Proprio l'ultima puntualizzazione è quella che, a detta dell'Associazione ricorrente, appare in contrasto con la gratuità oggi contenuta nell'art. 17 del D. lg. n. 28/2010, ciò anche considerando che il nono comma dell'articolo 16, del D.M. n. 180/2010, prescrive che le spese di mediazione vanno corrisposte, per la metà, prima dell'effettuazione del primo incontro.

Al riguardo, nell'accogliere la doglianza, il TAR del Lazio, al punto 15 della sua decisione, così motiva: *"è evidente che entrambe le disposizioni regolamentari si pongono in contrasto con la gratuità del primo incontro del procedimento di conciliazione, previsto dalla legge laddove le parti non dichiarino la loro disponibilità ad aderire al tentativo"*.

Accogliendo questo motivo di doglianza, la prima sezione del TAR ha disposto l'annullamento dei commi secondo e nono dell'art. 16 del D.M. n. 180 del 2010.

La gratuità della mediazione

In merito a questa parte della decisione possono formularsi alcune prime considerazioni. È innegabile che la modifica normativa intervenuta chiarisce che non è dovuto alcun compenso all'organismo di mediazione, nelle ipotesi in cui all'esito del primo incontro non si giunga ad alcun accordo, né si decida di differire ad una successiva data l'incontro delle parti protagoniste della vertenza.

La *ratio* di tale modifica normativa appare in linea con la stessa decisione del giudice della legittimità delle leggi che, sia pure incidentalmente, ha specificato che nella mediazione obbligatoria non possono aversi, per le parti, costi aggiuntivi; tuttavia è da considerare che proprio la funzione di filtro all'azione, derivante dalla obbligatorietà della procedura di media-conciliazione, comporta l'attivazione di procedimenti che hanno un costo. Questo, ove non rimborsato dalle parti, incide sugli organismi di conciliazione i quali sono, comunque, tenuti a farsi carico delle spese per il mediatore.

Del resto, come la stessa sentenza n. 1351/2015 del TAR ricorda, al punto numero due della parte in diritto, agli organismi sono state, nel tempo, richieste numerose e costose garanzie di autonomia ed organizzazione che li hanno notevolmente vessati, pertanto, non è pensabile che questi ulteriori costi incidano su di un privato, investito di un servizio funzionale all'accesso al processo, in quanto, come è noto, l'esperimento della procedura conciliativa costituisce condizione di perseguibilità della lite.

Al riguardo, un organismo di mediazione, con sede ad Udine, ha indirizzato, in data primo febbraio 2015, al Ministro di Giustizia, una lettera aperta con la quale ha suggerito che sia il Ministero a farsi carico di tali costi, istituendo un apposito capitolo di spesa.

Al di là dell'analisi di soluzioni più o meno estemporanee, che non è in questa sede opportuno esaminare, è innegabile che questo ulteriore costo gravante sugli organismi di mediazione rende impossibile, per molti di essi, la prosecuzione dell'attività con intuitivo nocumento per il sistema giustizia.

Un tale stato di cose renderebbe, inoltre, l'Esecutivo inadempiente nei confronti dei tanti organismi di cui ha stimolato l'istituzione, promettendo, in particolare ai giovani, la realizzazione di nuove opportunità di lavoro, anche con messaggi pubblicitari affidati ai media.

L'obbligo di formazione

L'ultima parte della decisione del TAR del Lazio (punto 15.2.) si occupa del contrasto, segnalato dalla ricorrente, con i motivi ag-

giunti, tra il novellato articolo 16, comma quarto *bis*, del decreto legislativo n. 28 del 2010 ed il contenuto dell'articolo 4, comma 3, lettera b) del D.M. n. 180 del 2010.

Invero, avendo assegnato "di diritto" a tutti gli avvocati iscritti all'albo professionale, la qualifica di mediatore, il novellato dettato del decreto legislativo n. 28/2010 non ha tenuto conto che non sarebbe più necessario per i mediatori-avvocati il possesso di uno specifico aggiornamento.

Alla luce di ciò il TAR adito si è limitato, prendendo atto del contrasto tra le due norme, ad annullare l'art. 4, comma 3, lett. h) del D.M. n. 180 del 2010.

La decisione resa suscita, sul punto, non poche perplessità.

Invero, i giudici amministrativi del Lazio non sembrano essersi resi conto che la norma, che hanno ritenuto di dover annullare, non era diretta ai soli avvocati, ma a tutti i mediatori. Per quelli che hanno conseguito il titolo di mediatori, ma che non sono iscritti all'Ordine forense, l'obbligo di una scrupolosa preparazione iniziale e del successivo aggiornamento resta in vita, ciò doveva far propendere il TAR per una sorta di "sentenza *additiva*" e non di annullamento. Per gli iscritti all'ordine degli avvocati in ogni caso, permane l'obbligo costante di formarsi, ribadito anche dagli articoli 14 e 15 del recente Codice deontologico, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 241, del 16 ottobre 2014, in vigore dal 16 dicembre 2014.

Inoltre, circa la mediazione il codice deontologico, con l'art. 62, ulteriormente chiarisce: "1. *L'avvocato che svolga la funzione di mediatore deve rispettare gli obblighi dettati dalla normativa in materia e le previsioni del regolamento dell'organismo di mediazione, nei limiti in cui queste ultime previsioni non contrastino con quelle del presente codice*; 2. *L'avvocato non deve assumere la funzione di mediatore in difetto di adeguata competenza*; 3. *Non deve assumere la funzione di mediatore l'avvocato: a) che abbia in corso o abbia avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti; b) se una delle parti sia assistita o sia stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che eserciti negli stessi locali*. In ogni caso costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di ricusazione degli arbitri previste dal codice di rito; 4. *L'avvocato che ha svolto l'incarico di mediatore non deve intrattenere rapporti decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento; a) se non siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento;*

b) se l'oggetto dell'attività non sia diverso da quello del procedimento stesso. Il divieto di estendere ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino negli stessi locali; 5. L'avvocato non deve consentire che l'organismo di mediazione abbia sede, a qualsiasi titolo, o svolga attività presso il suo studio o che quest'ultimo abbia sede presso l'organismo di mediazione; 6. La violazione dei doveri e divieti di cui ai commi 1 e 2 comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura; la violazione dei divieti di cui ai commi 3, 4 e 5 comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione all'esercizio dell'attività professionale da due a sei mesi".

Di tutto questo, però, non è possibile riscontrare alcuna traccia nella sentenza che si annota.

Conclusioni

In conclusione, come è dimostrato anche dalla decisione n. 1351/2015 del TAR del Lazio, in merito al procedimento di mediazione, finalizzato alla conciliazione delle liti, è ancora necessaria una ampia opera di razionalizzazione del nostro legislatore, anche al fine di evitare le ipotesi di interferenza che attualmente vengono in rilievo tra il procedimento di media-conciliazione ed il successivo, eventuale, giudizio civile.

Anche nelle università, come più volte ho avuto modo di affermare, è necessario dar vita ad una virtuosa cultura della conciliazione, piuttosto che perseguire il solo insegnamento del processo, in quanto non sempre il contenzioso, anche a causa dei tempi eccessivamente lunghi dei giudizi, rappresenta la soluzione migliore per la tutela dei diritti.

PIERO SANDULLI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Crisi da sovra indebitamento: pubblicato il tanto atteso Decreto Ministeriale

Lo scorso 27 Gennaio 2015 nella Gazzetta Ufficiale n. 21 è stato pubblicato il tanto atteso Decreto Ministeriale n. 202 del 24 settembre 2014. Il Regolamento giunge con quasi tre anni di ritardo rispetto a quanto previsto nell'art. 15 comma 3 della Legge n. 3 del 2012 e detta le norme fondamentali riguardanti i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovra indebitamento, oltre a definire i compensi ed i rimborsi spese spettanti agli organismi. Il provvedimento è entrato in vigore lo scorso 28 Gennaio 2015.

Premessa

È importante ricordare, in via preliminare e brevemente, cosa sia la disciplina della crisi da sovra indebitamento prevista nel nostro ordinamento dalla Legge n. 3 del 2012.

Il legislatore ha voluto colmare una lacuna legislativa, anche sotto la spinta comunitaria, offrendo un nuovo strumento di risanamento economico finanziario a tutte quelle fattispecie escluse dalla disciplina fallimentare. Gli interessati sono i privati e le imprese di piccole dimensioni. La congiuntura economica di recessione perdurante nel nostro Paese ha quindi conferito a questa normativa oltre che un interesse di natura procedurale anche una estrema rilevanza di natura sociale. Ricordiamo che la normativa comprende tre distinte procedure (accordo del debitore, piano del consumatore e liquidazione del patrimonio) attivate dal sovra indebitato o tramite il tribunale territorialmente competente o tramite i costituenti Organismi di Composizione delle Crisi (OCC). Il concetto di sovra indebitamento è stato chiaramente definito dalla norma come la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile. Ai sensi dell'art. 15 della già più volte citata Legge n. 3/2012 la procedura viene gestita dagli OCC iscritti nell'apposito registro istituito presso il Ministero di Giustizia, anche se occorre precisare che sino alla pubblicazione del Decreto che stiamo analizzando, le funzioni di "gestore" della procedura, per quelle poche attivate sinora in Italia, sono state gestite ai sensi del comma 9 dell'art. 15, ossia da professionisti aventi i requisiti per l'iscrizione all'elenco dei curatori fallimentari (ex art. 28 RD 267/1942).

* Commercialista. Presidente della Commissione Crisi da sovra indebitamento presso l'ODCEC di Roma.

L'istituzione del Registro e le sue sezioni

Il regolamento Ministeriale ha previsto che il registro degli Organismi, avente esclusivamente natura pubblica, sia articolato in due distinte sezioni contrassegnate con le lettere A e B. Nella sezione A sono iscritti gli organismi costituiti presso le Camere di Commercio, presso il Segretariato Sociale e presso gli Ordini professionali degli Avvocati, Commercialisti ed Esperti Contabili e dei Notai, anche se associati tra loro. Tali Organismi sono iscritti di diritto su semplice domanda. Secondo chi scrive il legislatore ha voluto inserire una importantissima novità prevedendo la possibilità non solo di associare tra loro Ordini delle stesse professioni ma anche Ordini diversi, creando così la possibilità di costituire strutture multidisciplinari fondamentali per l'ottimale gestione delle procedure in oggetto. Nella sezione B sono iscritti gli Organismi costituiti presso i Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e le istituzioni universitarie pubbliche. Ogni sezione del registro vede iscritti i rispettivi elenchi dei gestori delle crisi.

Verifiche per l'iscrizione nel Registro degli OCC

Il registro è tenuto presso il Ministero di Giustizia e ne è responsabile il Direttore Generale della giustizia civile che, però, può delegare una persona con adeguata qualifica dirigenziale o un Magistrato. La norma prevede che il responsabile effettui, ai fini dell'iscrizione, tutta una serie di verifiche per gli organismi di cui alla Sezione A:

- Esistenza di un referente dell'organismo con garanzia di adeguato grado di indipendenza.
- Polizza assicurativa con massimale non inferiore a un milione di euro per le conseguenze patrimoniali derivanti dallo svolgimento del servizio di gestione della crisi.
- Conformità del regolamento dell'organismo alle disposizioni del DM 202/2014.

Mentre per gli Organismi della Sezione B:

- L'organismo deve essere articolazione interna di uno degli enti pubblici di cui al comma 1 dell'art. 4 del DM (enti locali e università pubbliche).
- Esistenza di un referente dell'organismo con adeguato grado di indipendenza.
- Polizza assicurativa con massimale non inferiore a un milione di euro per le conseguenze patrimoniali derivanti dallo svolgimento del servizio di gestione della crisi.

- Numero di gestori non inferiori a cinque che abbiano dichiarato di svolgere le funzioni di gestione della crisi in via esclusiva per l'organismo.
- Conformità del regolamento dell'organismo alla disposizioni del DM 202/2014.
- Sede dell'organismo.

Requisiti richiesti per i gestori della crisi e formazione

Il Decreto Ministeriale al comma 5 dell'art. 4 mette in evidenza i requisiti di qualificazione per i gestori della crisi iscritti negli elenchi di cui alle sezioni A e B e che sono:

- Possesso di *laurea magistrale* o di titolo equipollente in materie economiche o giuridiche.
- Possesso di specifica *formazione* acquisita attraverso corsi di durata non inferiore a duecento ore nell'ambito disciplinare della crisi di impresa e del sovra indebitamento
- Svolgimento di un periodo di *tirocinio* di almeno sei mesi presso più organismi, curatori fallimentari, commissari giudiziali, professionisti indipendenti di cui al RD 267/1942, professionisti delegati alle vendite nelle procedure esecutive ovvero nominati per svolgere le funzioni dell'organismo o del liquidatore.
- Acquisizione di uno specifico *aggiornamento* biennale di durata complessiva non inferiore a quaranta ore, nell'ambito disciplinare della crisi di impresa e di sovra indebitamento.

La norma prevede, inoltre, che per l'iscrizione nell'elenco dei gestori della crisi sia richiesto anche il rispetto degli specifici *requisiti di onorabilità*. È resa possibile l'iscrizione anche ai soggetti non iscritti agli ordini professionali purché in possesso dei requisiti su esposti. Il comma 6 del Regolamento precisa che i professionisti iscritti agli ordini si vedono ridotte a 40 le ore per i corsi di formazione mentre gli ordini possono individuare specifici casi di esenzione per la formazione e l'aggiornamento ovvero fissare criteri di equipollenza tra i corsi formazione e aggiornamento e i corsi di formazione professionale. Sono comunque esclusi per i professionisti i mesi di tirocinio. Sempre in riferimento alla formazione si precisa che con la norma transitoria di cui all'art. 19 del DM per i tre anni successivi all'entrata in vigore i professionisti iscritti agli ordini degli avvocati, commercialisti ed esperti contabili e notai sono esentati dalla formazione e dall'aggiornamento biennale di 40 ore.

Procedimento di iscrizione

La domanda di iscrizione dell'OCC sarà presentata su apposito modello che il Ministero sta predisponendo e che pubblicherà sul sito internet. Il procedimento di iscrizione deve essere concluso entro 30 giorni e decor-

rare dalla data di ricevimento della domanda. La mancata emanazione del provvedimento di iscrizione nei termini di cui sopra comporterà il diniego di iscrizione. Mentre il provvedimento di iscrizione verrà comunicato al richiedente col numero d'ordine attribuito nel registro.

Obblighi dell'OCC e del suo referente

Con l'iscrizione al registro, l'OCC si impegna a tutta una serie di obblighi che vanno dalla comunicazione al responsabile del registro di ogni tipologia di modificazione dei requisiti dei dati e degli elenchi comunicati compreso ogni provvedimento preso in capo ai gestori della crisi. L'OCC può essere sospeso per 90 giorni se perde i requisiti e cancellato se trascorsi tali giorni non si è provveduto a rimuovere gli impedimenti sopravvenuti. La cancellazione dal registro è anche prevista se nel biennio dall'iscrizione non ha svolto almeno tre procedimenti di gestione della crisi. Altro importante obbligo riguarda la necessità che il referente dell'OCC distribuisca equamente gli incarichi tra i gestori della crisi tenuto conto della materia e dell'importanza dell'affare.

Compensi

I compensi per l'attività di composizione della crisi saranno determinati e liquidati all'OCC innanzitutto prevedendo un rimborso forfettario di spese generali tra il 10% e il 15% sull'importo dei compensi determinati, oltre al rimborso delle spese sostenute e documentate. I compensi poi saranno determinati in percentuale sull'attivo realizzato e sul passivo risultante dall'accordo o dal piano omologato in riferimento a quanto previsto per i compensi dei curatori fallimentari ex DM 30/2012. Tali regole valgono anche per la procedura della liquidazione. Infine è importante ricordare che i compensi dovranno poi essere abbattuti in una misura compresa tra il 15% ed il 40%.

Considerazioni conclusive

Il Decreto Ministeriale che abbiamo succintamente esposto ha ormai sancito la definitiva operatività della normativa sul sovra indebitamento confermando la condizione di attori principali per i professionisti chiamati a svolgere le funzioni di gestore delle crisi o di referente dell'OCC. Si sono poi affermati alcuni importanti principi che potranno dare spinta alla procedura come la possibilità di costituire OCC in associazione tra ordini diversi o la possibilità di nominare un collegio di gestori della crisi e la modulazione delle riduzioni dei compensi. Nel contempo certo non mancano i difetti e le perplessità. Alcune modifiche o integrazioni sono già previste e si attendono a conclusione di questo articolato e travagliato iter legislativo.

ANDREA GIORGI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Le novità introdotte dalla legge di conversione al decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132

Premessa

Diversi sono gli interventi che, in sede di approvazione della legge di conversione, hanno apportato delle modifiche al testo del decreto-legge in materia di degiurisdizionalizzazione; comunque, l'impianto di fondo è stato sostanzialmente mantenuto, salvo per alcuni interventi integrativi su cui si avrà modo di soffermare l'attenzione in seguito.

Vediamo dunque di esaminare quali sono le principali modifiche che sono state introdotte dalla legge di conversione in esame.

I profili di maggiore criticità della normativa introdotta col decreto legge

a) Il trasferimento in sede arbitrale del processo.

Diversi erano i profili di criticità che, sul piano strettamente tecnico, erano stati rilevati da più parti in sede di analisi e commento della disciplina introdotta dal decreto legge.

Circa la disciplina relativa alla *translatio iudicii* in sede arbitrale, si era più che altro posto in evidenza non solo la possibile non efficacia di essa sul piano della finalità deflattiva, ma anche il rischio dell'inquinamento dell'immagine di trasparenza della designazione dei componenti del collegio arbitrale nonché dell'assoluta terzietà ed imparzialità della scelta degli stessi, tenuto conto che l'art. 1, comma 2, del decreto-legge prevedeva che, in caso di mancato accordo, il potere di nomina spettava al Presidente del Consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il Tribunale, cioè proprio al soggetto cui compete la rappresentanza dell'ordine circondariale cui devono essere iscritti i soggetti che potenzialmente possono essere designati arbitri, al quale spetta, per il tramite del consiglio, la vigilanza sulla condotta degli iscritti e, quindi, degli arbitri.

Sotto il primo profilo, non ritengo che si possa esprimere, oggi, un giudizio di non efficacia delle disposizioni normative in esame introdotte in materia di trasferimento in sede arbitrale del processo.

Se guardiamo in termini generali alla questione, si tratta di uno strumento che consente alle parti di potere scegliere di spostare il momento definitorio della controversia dal giudice all'arbitro: si tratta, allora, di capire se nel futuro le parti di un processo già in

corso possano scegliere di spostare la rotta della risoluzione della controversia, seguendo la diversa strada del procedimento arbitrale.

Ora, tale scelta può essere compiuta senza che essa comporti ricadute negative per i diritti oggetto della controversia: quale, in particolare, il venire meno del diritto a conservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta davanti al giudice.

Dunque, credo che una delle motivazioni che potrà indurre le parti ad optare per tale soluzione sarà essenzialmente quella della ragionevole previsione di una maggiore celerità di definizione della controversia: dovrà, a tal proposito, essere cura delle parti indicare, ai sensi dell'art. 820 c.p.c., entro quanto tempo dovrà essere pronunciato il lodo (in difetto, questo dovrà essere emesso nel termine di 240 giorni dall'accettazione della nomina); fermo restando che, qualora il procedimento sia pendente in grado di appello e le parti abbiano concordato di trasferire in sede arbitrale la decisione, l'art. 1, comma 4, prevede che il lodo dovrà essere pronunciato entro il termine di giorni 120 dall'accettazione.

È stata tuttavia introdotta al comma 4 dell'articolo 1, la previsione secondo cui è *facoltà degli arbitri, previo accordo tra le parti, richiedere che il termine per il deposito del lodo sia prorogato di ulteriori trenta giorni*.

La norma mi pare che debba essere letta nel senso che gli arbitri possono richiedere di prorogare il termine per il deposito del lodo di trenta giorni e che, tuttavia, solo il consenso di entrambe le parti (*accordo tra le parti*) può consentire questo ulteriore spostamento del termine.

Certo, da più voci era stato chiesto di procedere all'accentuazione del sistema degli incentivi o di vantaggi economici, al fine di rendere maggiormente suggestiva la scelta di trasferire in sede arbitrale la decisione della controversia.

Concretamente, questo profilo è stato tenuto presente sotto due aspetti:

- si è prevista la possibilità che, per le controversie di valore inferiore ad € 100.000,00, le parti concordino nel nominare un solo arbitro, piuttosto che un collegio arbitrale (art. 1, comma 2), il che

incide nel senso di una riduzione complessiva del costo della procedura;

- si è previsto un limite temporale di novanta giorni, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge, per l'adozione di un decreto regolamentare del Ministro della Giustizia diretto a stabilire riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri (art. 1, comma 5).

Questi interventi normativi evidenziano come l'attenzione al profilo degli incentivi per le parti per la scelta dello strumento in esame si sia tradotta concretamente solo in una determinazione di un minor costo a loro carico per l'attivazione della procedura arbitrale.

D'altro lato, credo che si ponga sulla medesima linea, diretta a rendere più percorribile la strada in esame, la scelta del legislatore di prevedere, con le modifiche introdotte al comma primo dell'art. 1, una sorta di consenso tacito della pubblica amministrazione, parte di un giudizio, di concordare con la richiesta della parte privata di promuovere il procedimento arbitrale.

È stato infatti previsto che, per le controversie di valore superiore a € 50.000,00 in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto pagamento di somme di denaro, nei casi in cui sia parte una pubblica amministrazione, il consenso di questa alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla sola parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la pubblica amministrazione esprima il dissenso entro trenta giorni dalla richiesta.

Qui, a rigore, non si tratta di una previsione incentivante, quanto, piuttosto, di una misura diretta a spostare quanto più possibile in sede arbitrale la definizione di controversie, aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, in cui è parte la pubblica amministrazione.

Ritengo che, verosimilmente, la scelta normativa sia dipesa dalla consapevolezza che difficilmente la pubblica amministrazione si attiva (ed in tempo) nell'esprimere il consenso alla eventuale istanza di trasferimento in sede arbitrale del giudizio proveniente dalla parte privata; con la modifica in esame, dunque, si impone alla pubblica amministrazione di prendere necessariamente posizione sulla istanza ad essa rivolta, posto che l'eventuale silenzio implicherà uno spostamento del giudizio nella sede arbitrale.

Non è questa, peraltro, l'unica previsione normativa introdotta con la legge di conversione in esame che abbia diretta destinataria la pubblica amministrazione, essendo stato previsto, all'art. 2 (in materia di negoziazione assistita da uno o più avvocati) un comma 1 bis, secondo cui è obbligo per le ammi-

nistrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, di affidare la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura, ove presente.

Qui sembra evidente la finalità di risparmio di spesa che si è voluta perseguire, essendo stata esclusa la possibilità di fare ricorso ad attività di consulenza legale esterna.

Sempre in questo contesto, mi sembra necessario evidenziare due ulteriori novità introdotte dalla legge di conversione e che attengono al profilo:

- della competenza ed onorabilità degli arbitri;
- della incompatibilità degli arbitri.

Con riferimento al primo argomento, intervenendo su quanto previsto dall'art. 1, comma secondo, periodo secondo, si è ritenuto di elevare da tre a cinque anni di iscrizione all'albo dell'ordine circondariale il requisito temporale minimo per la nomina ad arbitro; di converso, si è ritenuto di dovere precisare, in tal modo allentando la precedente previsione di maggiore rigore, che è ostativa alla designazione quale arbitro la sola condanna (disciplinare) definitiva subita nei cinque anni precedenti comportante la sospensione dall'albo.

Preme evidenziare che il Consiglio Superiore della Magistratura, nel suo parere del 9 ottobre 2014, aveva manifestato la necessità di intervenire in modo da assicurare quanto più possibile l'immagine di trasparenza della designazione dell'arbitro, nonché di assoluta terzietà ed imparzialità della procedura di scelta.

È nel senso indicato la modifica introdotta con l'inserimento dei commi 2 bis e 5 bis all'art. 1.

Con la prima previsione si stabilisce che la funzione di consigliere dell'ordine e l'incarico arbitrale sono incompatibili; tale incompatibilità si estende anche ai consiglieri uscenti per una intera consiliatura successiva alla conclusione del loro mandato.

Con la seconda previsione si stabilisce che il Ministero della Giustizia dovrà adottare un regolamento con cui stabilire i criteri per l'assegnazione dell'incarico arbitrale, tra cui dovrà essere tenuta in considerazione:

- la competenza professionale dell'arbitro in relazione alla controversia, alla sua natura ed alle ragioni del contendere;
- il principio della rotazione dell'assegnazione degli incarichi.

Infine, per completezza, si segnala l'integrazione dell'art. 1, comma 1, secondo periodo, per effetto della quale si è disposta l'estensione della procedura in esame anche alle controversie vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fon-

te esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale.

L'integrazione tiene conto di quanto previsto dall'art. 806, comma secondo, c.p.c., secondo cui le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge ovvero da contratti o accordi collettivi di lavoro.

b) La disciplina in materia di procedimenti di separazione personale e divorzio.

I. Gli interventi modificativi sulla procedura di negoziazione assistita dei coniugi.

Con riferimento alla disciplina di cui agli artt. da 2 a 11 in materia di convenzione di negoziazione assistita non pare che gli interventi correttivi introdotti in sede di legge di conversione abbiano portato significative modificazioni rispetto alla impostazione generale di cui al decreto-legge, salvo per quanto concerne, questo sì, relativamente alle modifiche introdotte in materia di convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio, modifica delle condizioni della separazione o di divorzio di cui all'art. 6 del decreto legge, nonché in materia di ulteriori disposizioni per la semplificazione dei procedimenti di separazione personale e di divorzio, contemplate nell'art. 12.

Procedo, dunque, proprio per la particolare importanza delle modifiche introdotte ad illustrare i suddetti profili di significativa novità legislativa.

L'art. 6, comma 2, del decreto-legge escludeva dalla applicazione della procedura di negoziazione assistita finalizzata alla soluzione consensuale non giurisdizionale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, le ipotesi in cui vi è la presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti.

In generale, la previsione contenuta nell'art. 6 del citato decreto-legge era stata vista con favore dai commentatori sotto il profilo del conferimento ai coniugi di un agile strumento giuridico che consentisse agli stessi di potere, concordemente, addivenire ad accordi, aventi ad oggetto la propria condizione personale ed economica, senza la necessità di un vaglio dell'autorità giudiziaria.

Si era però evidenziato che, opportunamente, si era ritenuto di escludere dall'applicabilità della previsione in esame i casi in cui vi fossero esigenze di tutela della prole, stante la natura indisponibile dei diritti: in

tali ipotesi, la finalità deflattiva che si intendeva perseguire con la previsione normativa in esame arretrava dinanzi al preminente interesse dei figli minori o non economicamente indipendenti.

Questa ultima considerazione, quindi, era stata alla base della scelta del legislatore di escludere dall'ambito di applicazione della previsione di cui all'art. 6 tutte le ipotesi in cui i coniugi avessero figli che, per la propria posizione di vulnerabilità e di debolezza fisio-psichica, sono posti dall'ordinamento in una condizione di particolare tutela.

Tuttavia, anche questa scelta non era stata esente da critiche.

Si era, infatti, posto il problema della concreta tutela dei figli economicamente indipendenti posto che, in questo caso, non trattasi di circostanza oggettivamente valutabile, ma conseguente ad un accertamento in concreto di diversi fattori incidenti sulla determinazione della misura del contributo per il mantenimento, quali: il tenore di vita goduto in costanza di convivenza, le risorse economiche dei genitori, le attuali esigenze ed aspirazioni dei figli, i tempi di permanenza presso l'uno e l'altro genitore.

Il punto delicato della questione, dunque, risiedeva nella assoluta mancanza di contraddittorio del figlio maggiorenne e di vaglio dell'autorità giudiziaria in ordine all'accertamento della situazione di effettiva autosufficienza economica dei figli.

La modifica normativa introdotta tende verosimilmente a superare la difficoltà riscontrata.

Si è previsto, in particolare, nel comma 2 dell'art. 6, che l'accordo raggiunto dai coniugi a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente.

La legge, in particolare, distingue a seconda che l'accordo sia inviato:

- in mancanza di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave (ai sensi della legge 104/92) ovvero economicamente non autosufficienti;
- in presenza dei suddetti soggetti.

Nel primo caso, il procuratore della Repubblica compie un controllo sulla regolarità della convenzione e, in caso di esito positivo, comunica il nulla osta.

Il riferimento alla mera irregolarità quale oggetto della verifica induce a ritenere che il legislatore abbia voluto escludere una valutazione di merito da parte del procuratore della Repubblica, quindi sul contenuto dell'accordo. Verosimilmente, dunque, il controllo è limitato al rispetto dei requisiti procedurali indicati dagli artt. 2 e ssgg. del decreto-legge, quindi:

- stipula della convenzione in forma scritta (art. 2, comma 4);
- sottoscrizione della convenzione dalle parti (art. 2, comma 6);
- certificazione da parte degli avvocati di entrambe le parti dell'autografia delle sottoscrizioni dei loro assistiti (art. 2, comma 6);
- rispetto del termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo delle parti (art. 2, comma 2, lett. a);
- inserimento nell'accordo della presa d'atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare (art. 6, comma 3);
- assenza di figli minori: riterrei che tale verifica (riscontrabile sulla base dello stato di famiglia dei coniugi) costituisca condizione necessaria per limitare l'attività di controllo alla mera regolarità formale dell'accordo.

Nel caso in cui, invece, vi sia la presenza dei soggetti sopra indicati, per i quali si rende necessaria una verifica del rispetto dei loro interessi in conseguenza della regolamentazione derivante dall'assetto concordato dai coniugi al momento della stipula della convenzione, si è previsto che il procuratore della Repubblica, cui l'accordo deve essere trasmesso entro dieci giorni, dovrà compiere una verifica di merito, valutando se la regolamentazione pattizia stabilita dalle parti in ordine alla misura del contributo patrimoniale di un coniuge in favore dell'altro coniuge ai fini del mantenimento dei figli ovvero al regime di affidamento stabilito, alle modalità di collocazione, al regime di visita del coniuge non coassegnatario o presso cui il figlio non coabita, ed altri aspetti di natura non patrimoniale che riguardino comunque i figli, sia pur sempre rispondente all'interesse dei medesimi.

Nel caso in cui il riscontro del procuratore della Repubblica non dovesse essere positivo, si attiverà l'ordinario procedimento di separazione o di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, con comparizione delle parti dinanzi al presidente del Tribunale.

II. Gli interventi modificativi in materia di richiesta congiunta dei coniugi.

Come sopra cennato, altra previsione normativa particolarmente complessa ed oggetto di dibattito è stata quella di cui all'art. 12 che prevede ulteriori disposizioni per la semplificazione dei procedimenti di separazione e divorzio.

È noto che, secondo il testo di cui al decreto-legge, le parti possono comparire dinanzi all'ufficiale di stato civile del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio per concludere un accordo di separazione personale ovvero di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

La esperibilità del procedimento in esame era, e continua ad essere, sottoposto a due precise condizioni:

- 1) che non vi sia la presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap ai sensi della legge 104/92, ovvero economicamente non autosufficienti;
- 2) che l'accordo non contenga patti di trasferimento patrimoniale.

Incidentalmente, preme precisare come in ordine a quest'ultimo profilo si sia discusso in ordine alla esatta portata della condizione negativa di cui al punto 2).

Ritengo che la norma, nonostante il termine "trasferimento patrimoniale" possa condurre ad incertezze interpretative, sia diretta ad escludere che con l'accordo in esame le parti possano procedere al trasferimento di diritti reali, mentre non ha riguardo, evidentemente, agli obblighi di natura patrimoniale che per natura derivano proprio dal verificare di una situazione di patologia del rapporto coniugale.

D'altro lato, deve segnalarsi che analoga norma non è presente nella disciplina della negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio che, mantenendo i caratteri dello schema contrattuale, può consentire l'inserimento di tutte le ulteriori pattuizioni derivanti dall'autonomia delle parti in sede di predisposizione del contenuto patrimoniale del proprio accordo.

In ogni caso, va comunque considerato che, in materia di negoziazione assistita, ai sensi dell'art. 5, comma 3, se le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per potere procedere alla trascrizione del processo verbale dell'accordo la sottoscrizione in essa riportata dovrà essere comunque autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, non essendo sufficiente, a tal fine, la certificazione dell'autografia delle firme da parte degli avvocati che hanno assistito le parti alla stipula dell'accordo di negoziazione assistita.

Con la legge di conversione in esame, si introducono due modifiche nell'ambito della disciplina in esame e in particolare:

- 1) si focalizza unicamente nella persona del sindaco l'autorità competente a ricevere dalle parti la volontà di separarsi o di far

cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento;

- 2) si introduce la previsione che, fermo restando il principio secondo cui in questo procedimento non è obbligatoria la presenza del difensore, è comunque consentita la sua assistenza facoltativa.

Per la verità, il riferimento alla figura del sindaco, quale unico soggetto competente, non viene ripetuto nel successivo comma 3, ove si fa generico riferimento all'ufficiale di stato civile, senza alcuna ulteriore specificazione; ma si tratta, evidentemente, di un difetto di coordinamento, posto che la volontà del legislatore è stata quella di accentrare unicamente sulla figura del sindaco la competenza in materia.

Ritengo, peraltro, che la previsione di cui sopra non faccia venire meno la delegabilità della funzione di ufficiale di stato civile attribuita al sindaco, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 1 comma 3 del decreto del presidente della Repubblica 3 novembre 2000 n. 396.

È, peraltro, previsto un particolare procedimento nel caso in cui l'accordo non riguardi la modifica delle condizioni di separazione o divorzio, ma abbia ad oggetto la separazione personale, la cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio.

Il procedimento può così essere schematizzato:

- 1) le parti fanno pervenire la richiesta al sindaco di volere procedere alla stipula dinanzi al medesimo di un accordo avente uno degli effetti di cui sopra. La circostanza che il comma 3 dell'art. 12 prevede che la richiesta deve essere fatta personalmente induce a ritenere che le stesse devono comunque comparire dinanzi al sindaco anche al solo fine di rendere la suddetta dichiarazione;
- 2) le parti provvedono a compilare e sottoscrivere immediatamente dinanzi al sindaco l'atto contenente l'accordo;
- 3) il sindaco invita le parti a comparire dinanzi a sé un'ulteriore volta (in un termine non minore di trenta giorni) per la conferma dell'accordo;
- 4) nel caso in cui le parti non compaiano, l'accordo non trova conferma e non potrà, dunque, acquistare efficacia;
- 5) se le parti compaiono, le stesse esprimono la volontà di confermare l'accordo, già sottoscritto.

Preme porre attenzione al fatto che, nonostante sia stato previsto un successivo momento di conferma della volontà delle parti, il legislatore ha comunque voluto dare rilevanza al momento della prima comparizione delle stesse dinanzi al sindaco ove

le stesse hanno provveduto a sottoscrivere l'atto contenente l'accordo.

Infatti, con la previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 12 si è allineata la disciplina semplificata dei procedimenti di separazione personale e di divorzio con le previsioni contenute nell'art. 3, secondo capoverso della lettera b) del numero 2 del primo comma della legge 1 dicembre 1970 n. 898.

Sicché, il termine di tre anni per potere procedere allo scioglimento del matrimonio decorre, nel caso di attivazione della procedura semplificata, *dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale di stato civile*.

Stando al tenore della previsione, dunque, il momento da cui far decorrere il termine triennale è quello della sottoscrizione dell'atto dinanzi al sindaco; ciò, sebbene ai fini del completamento della procedura, anche per gli adempimenti di cui al successivo comma 5, si deve invece attendere il momento successivo della conferma della volontà dinanzi al medesimo pubblico ufficiale.

III. Gli interventi modificativi in materia di negoziazione assistita.

Le modifiche introdotte nella legge di conversione in materia di negoziazione assistita non hanno in alcun modo inciso sull'impianto generale strutturato in sede di decreto-legge.

Di alcune integrazioni si è già fatto più sopra cenno, quale quella di cui al comma 1 bis dell'art. 2 (che fa obbligo alle pubbliche amministrazioni di affidare la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura, ove esistente).

Alcune modifiche risultano, peraltro, pleonastiche, quale quelle che tendono alla precisazione che la procedura di negoziazione può essere assistita anche da più di un avvocato (vd., a tal proposito, la rubrica del Capo II, i commi 1, 5, dell'art. 2, la rubrica dell'art. 6, commi 1 e 5): non si era posta in discussione la circostanza che, pur facendo il legislatore riferimento alla negoziazione assistita da un avvocato, la procedura poteva svolgersi anche in presenza di più difensori.

La precisazione, comunque, consente di chiarire che le parti potrebbero stipulare una convenzione di negoziazione anche solo in presenza di un avvocato che, assistendo entrambe le parti, proceda alla certificazione della sottoscrizione, conferendo in tal modo all'accordo la valenza di titolo esecutivo.

Altre modifiche, poi, riguardano:

- a) la esclusione della materia di lavoro tra quelle che possono costituire oggetto di controversia (art. 2, comma 2, lett. b). Qui va segnalato, come già detto, che, sempre per la materia del lavoro, si è in-

vece apportata una modifica in tema di *translatio iudicii* in sede arbitrale, prevedendosi la suddetta facoltà nelle cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva (vd. art. 1, comma 1, secondo periodo).

Pertanto, sempre in relazione alla materia del lavoro, deve darsi atto della soppressione dell'art. 7 del decreto-legge che prevedeva una integrazione all'art. 2113, quarto comma, del codice civile in materia di rinunce e transazioni aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.

- b) La previsione di un termine (non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni) entro cui la procedura di negoziazione assistita deve comunque concludersi (art. 2, comma 2, lett. a). La mancata indicazione, nel testo del decreto-legge, di un termine finale di conclusione della procedura derivava verosimilmente dalla considerazione che lo stesso poteva essere opportunamente lasciato alla libera scelta delle parti (vd. art. 2, comma 3) che avrebbero definito liberamente, in tal modo, le modalità concrete mediante cui portare avanti il negoziato. Verosimilmente, a condurre ad una diversa soluzione è stata l'esigenza di fissare comunque per legge un limite temporale, evitando che possano prevalere, nel gioco di forza delle parti in lite, posizioni estremamente dilatorie, in contrasto con la finalità di una celere definizione della controversia.

Problematica, infine, appare la modifica introdotta al comma 5 dell'art. 3.

Nell'ambito della disciplina della improcedibilità configurata dall'art. 3, comma 1 per talune materie, la norma introduce una regolamentazione specifica e di raccordo tra la suddetta previsione e le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati.

Si prevede, infatti, che, pur restando ferme le suddette disposizioni, il termine di cui ai commi 1 e 2, per materie soggette ad altri termini di procedibilità, decorre unitamente ai medesimi.

La prima parte della previsione normativa in esame tende a regolamentare il rapporto tra la procedura obbligatoria di negoziazione assistita ed altre procedure obbligatorie di conciliazione o mediazione previste da leggi speciali; essa era stata già inserita nel testo del decreto-legge.

Da più parti si era palesata la necessità

che il legislatore, per esigenza di coerenza di sistema, regolamentasse in modo unitario la procedura stragiudiziale da seguire piuttosto che procedere ad una diversificazione non solo per materie ma, soprattutto, di procedimenti.

Si era, ad esempio, proposto, di configurare la procedura di negoziazione assistita in termini di alternatività rispetto ad altre procedure obbligatorie, quali quella prevista dall'art. 5, comma 1 bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28.

La soluzione scelta dal legislatore è stata quella di lasciare ferma l'applicazione delle disposizioni speciali che prevedono forme stragiudiziali obbligatorie di conciliazione o mediazione: le stesse, dunque, prevalgono rispetto alla previsione introdotta con l'art. 3 in materia di obbligatorietà della procedura di negoziazione assistita.

Proprio in considerazione della non contestuale applicazione di previsioni normative che comportino obblighi di attivazione di procedure stragiudiziali, dovendo quelle speciali (cioè previste da altre previsioni di legge) prevalere su quella in esame, riesce difficile trovare un preciso ambito di applicazione della previsione contenuta nel secondo periodo del comma in esame, inserita in sede di conversione, laddove si prevede un contemporaneo decorso del termine di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 3.

I quali, sembra di potere ritenere, riguardano:

- a) il termine in relazione al quale il giudice deve fissare nuova udienza nel caso in cui la negoziazione assistita, pur iniziata, non si sia conclusa;
- b) il termine decorso il quale può considerarsi avverata la condizione di procedibilità.

L'intento, in realtà, sembra essere stato quello di prevedere uniformità di termini, secondo i casi sopra precisati, nell'ipotesi di contemporanea osservanza di procedure stragiudiziali obbligatorie.

Ma, come si è anticipato, lascia perplessi questa impostazione, in quanto il primo periodo del comma 5 dovrebbe condurre a ritenere che non debba operare mai siffatta coesistenza di procedure stragiudiziali obbligatorie, posto che quella in esame si applica solo quando, per una determinata materia, non sia prevista da altra legge una diversa condizione di procedibilità.

Del resto, con riferimento proprio ai rapporti con la procedura di mediazione obbligatoria, è lo stesso art. 3, comma 1, che prevede espressamente che la procedura di negoziazione assistita operi fuori dei casi previsti dall'art. 5, comma 1 bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28.

Esame e valutazione dei dati statistici sulla mediazione*

Posizione del tema

Qualche giorno fa la Direzione Generale di Statistica, del Ministero della Giustizia, ha pubblicato la prima rilevazione statistica, inerente tutto il Paese, relativa alla mediazione finalizzata alla conciliazione, nel periodo primo gennaio 2013-trenta giugno 2014; i risultati resi noti impongono alcune riflessioni.

Il primo dato da valutare, ai fini della presente analisi, è costituito dal diagramma relativo al *trend* di successo dal quale, chiaramente, emerge che le conclusioni positive delle conciliazioni in percentuale (al di là dei numeri complessivi) sono intervenute nel periodo nel quale la mediazione obbligatoria era venuta meno, a seguito della decisione resa dalla Corte Costituzionale n. 272, del dicembre 2012; invero, nel secondo trimestre del 2013 si tocca la percentuale più alta di accordi raggiunti pari al 63,9%; successivamente, con la reintroduzione dell'obbligatorietà della mediazione, a seguito del cosiddetto "decreto del fare" (n. 69/2013), nel secondo trimestre del 2014 la percentuale crolla al 23,5% a dimostrazione che se la mediazione è considerata una opportunità ha uno sbocco positivo rilevante quando, invece, dà vita ad un ingombrante obbligo, per la parte attrice, le possibilità di successo divengono assai limitate.

Da questo primo dato è possibile affermare che la finalità deflattiva riposta dal legislatore nella mediazione, obbligatoria, almeno allo stato del rilevamento statistico, deve considerarsi fallita.

Esame critico dei dati statistici

Altro rilevante dato di riflessione è costituito dalla circostanza che dopo la reintroduzione, con il decreto legge n. 69 del 2013, dell'obbligatorietà della mediazione, quale filtro di procedibilità dell'azione, il 92,7% delle mediazioni (dati relativi all'intero periodo) riguarda i casi in cui la procedura "filtro" è relativa a materie per cui la stessa è obbligatoria. Del residuo, limitato, numero del

7,3%, lo 0,5% riguarda le mediazioni in cui la procedura è prevista da clausole contrattuali stipulate dalle parti; il 5,1% sono ipotesi di procedure volontariamente istaurate (quelle in cui – come si è visto – le possibilità di successo sono le più elevate); infine, l'1,7 % è costituita dalle mediazioni demandate dal giudice, in base al dettato dell'art. 185 *bis* c.p.c.

Come si nota l'unico dato di rilievo, tra quelli pubblicati, è quello inerente alle mediazioni obbligatorie, ma per esse le possibilità di successo sono assai scarse.

Al riguardo è ulteriormente sintomatico quanto emerge dai dati oggetto di studio, da cui si rileva che, in oltre la metà delle fattispecie esaminate, la parte convenuta in mediazione non compare, mentre nel 10,5% dei casi è lo stesso proponente che rinuncia prima dell'esito della procedura. Infine, nel restante 39,1%, in cui le parti compaiono entrambe, in molti casi non si va oltre il primo incontro, mentre per quelle che proseguono oltre la prima riunione innanzi al mediatore la percentuale finale di successo è interessante da valutare (anche se si tratta di un dato molto ridotto dalle cernite precedenti).

Invero, questo dato positivo (l'unico, fin qui, riscontrato) è il prodotto della contemporanea presenza, nella procedura, della convinzione delle parti e dei loro difensori, che credono nell'opportunità offerta e della autorevole competenza e capacità del mediatore, in grado di svolgere le sue funzioni di terzo in grado di interpretare il ruolo di compositore che eroga alle parti il *consilium*, sulla base del quale costruire la soluzione della lite.

Ed è su questa considerazione che occorre riflettere.

La specializzazione

Come si è visto la possibilità di successo della procedura di mediazione, finalizzata alla conciliazione della lite, si basa su due essenziali presupposti: A) il convincimento delle parti (parti sostanziali e loro difensori) dell'utilità dell'istituto, che deve essere considerato non come un inutile appesan-

* Intervento svolto al primo Congresso Nazionale sui servizi A.D.R., tenutosi a Roma il 17 dicembre 2014.

timento ed allungamento del giudizio, ma come una valida opportunità di razionalizzazione di una vertenza la quale non necessariamente deve sfociare in un processo, ma può trovare anche utili (spesso più utili) soluzioni in procedure che non determinano né un vinto, né un vincitore; B) la competenza del terzo, autorevole compositore, con funzioni di conciliatore chiamato a rafforzare con la propria scienza, cultura ed autorevolezza il convincimento delle parti portate a comprendere che si è in presenza di un procedimento utile per un adeguato esercizio della tutela. In sostanza, tutto ciò deve far capire che la cultura della pacificazione, in alcune circostanze, può produrre risultati migliori di quelli che discendono da un giudizio nel quale vi sono, necessariamente, un vinto ed un vincitore.

Appare evidente che per giungere a questi risultati occorre ottimizzare le facoltà concesse dalla procedura di media-conciliazione, utilizzando le sessioni separate di ascolto delle parti ad opera di un mediatore chiamato a comprendere (talvolta ad interpretare) quali sono le loro concrete esigenze; avendo, poi, la "fantasia" di offrire alle parti soluzioni in grado di valorizzare le differenti esigenze che, se razionalizzate, potrebbero anche non essere contrapposte.

Certo si chiede al mediatore di essere competente e padrone della materia posta alla sua attenzione. Invero, non tutti i mediatori possono essere indifferentemente utilizzati per dirimere qualsiasi vertenza, ma è necessario che essi inizino a specializzarsi, formandosi specificamente su alcune delle materie interessate alla conciliazione obbligatoria non solo padroneggiando la tecnica della mediazione, ma anche e soprattutto sotto il profilo sostanziale di tali materie.

Così come non tutti gli avvocati, divenuti dopo il decreto del fare (tutti) automaticamente mediatori, sono in grado di svolgere funzioni che sono improntate sulla terzietà del ruolo e sull'autorevolezza con cui lo si esercita.

Alla luce di queste considerazioni occorre che gli organismi di mediazione ancora esistenti ed operativi (926 secondo la rilevazione statistica) tralascino le scelte generalistiche che li hanno, in prevalenza, fino ad ora, orientati perseguendo, invece, una scelta per materia che consenta loro di offrire, riguardo alla tematica prescelta, la miglior procedura di mediazione possibile, sia sotto l'aspetto procedimentale che sostanziale.

Invero, sembra questa l'unica possibilità di sopravvivere ai tanti oneri imposti

(in particolare dal regolamento n. 180 del 2010) ed agli scarsi introiti dovuti a scelte di eccessiva calmierizzazione dei costi operate dall'Esecutivo.

Del resto anche i recenti orientamenti (legge n. 162, del 10 novembre 2014) del legislatore in favore di altre ipotesi di A.D.R., quali quelle della negoziazione e dell'arbitrato, non lasciano agli Organismi privati altra alternativa di sopravvivenza, poiché nel presente stato di cose gli unici organismi destinati a sopravvivere sono quelli sviluppati dagli Ordini forensi, ai quali non sono imposti gli obblighi burocratici ed economici che, invece, vengono richiesti agli Organismi privati.

Le materie

Dalla statistica in esame è possibile anche rilevare le materie che sono state oggetto di un procedimento di mediazione. Essa, purtroppo, non offre alcun dato circa l'esito di tali procedure rendendo impossibile, in tal modo, una valutazione utile, che sarebbe stata possibile solo se si fossero potute riscontrare aree (*rectius*: materie) nelle quali sono intervenute conciliazioni in misura maggiore. Invero, l'analisi del dato così come pubblicato, conduce solo ad un rilevamento che conferma, a distanza di 4 anni dall'entrata in vigore del D. Lg. 28/2010, che le scelte del legislatore sono state dettate esclusivamente dalla maggiore frequenza di giudizi relativi alle materie per le quali è stata imposta l'obbligatorietà della procedura prima dell'esperimento dell'azione, facendo chiaramente intravedere che l'unica preoccupazione del legislatore è stata quella deflattiva e non quella di dare maggiore funzionalità alla tutela delle parti.

L'esempio paradigmatico di tale rilievo è legato alla ipotesi del risarcimento dei danni da responsabilità medica per la quale, nel periodo monitorato, si sono verificati ben 4.727 procedimenti, ma non si è voluto estendere detta procedura, anche dopo l'intervento della Consulta, a tutte le altre ipotesi di responsabilità professionale che pure avrebbero, in un rapporto trilatero con la presenza della società assicuratrice del professionista, necessità di essere razionalizzate e risolte in tempi brevi, anche se le altre ipotesi di responsabilità di professionisti, iscritti ad un albo professionale, sono meno frequenti dei casi di responsabilità medica.

Anche in relazione alle altre materie relative alla mediazione obbligatoria appare utile una rimediazione delle stesse alla luce della sopravvenuta normativa (D.L. 132/2014),

sulla negoziazione assistita, nell'ambito della quale è stata individuata una nuova ulteriore ipotesi di "filtro" all'azione in relazione a materie specificamente individuate dal legislatore.

La negoziazione assistita

La legge n. 162, del 10 novembre 2014, che ha convertito il decreto legge n. 132, del 12 settembre 2014, ha ritenuto di dover dettare alcune norme definite di "degiurisdizionalizzazione" finalizzate ad eliminare o almeno a ridurre l'arretrato delle cause che costituisce uno dei mali endemici della nostra giustizia civile.

L'articolo 3 della legge inserisce – come ricordato in precedenza – una nuova condizione di procedibilità della domanda inerente: 1) alle controversie in tema di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e natanti, qualsiasi sia l'importo di esso; 2) alle domande di pagamento di somme fino al limite di 50.000 (cinquantamila) euro, indipendentemente dal titolo per il quale tali somme sono richieste.

Chiarisce, inoltre, la normativa in esame, che tale nuovo filtro della negoziazione opera facendo, comunque, salvi i casi già previsti dall'articolo 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, così come modificato (dopo l'intervento della Consulta) dalla legge n. 98 del 2013 la quale convertendo in legge il decreto del fare (n. 69/2013) ha riscritto il primo comma di esso.

In base alla normativa transitoria, prevista dalla legge n. 162/2014, il nuovo filtro all'azione, costituito – come detto – dalla negoziazione assistita, entrerà in vigore novanta giorni dopo la pubblicazione delle norme sulla "degiurisdizionalizzazione" sulla Gazzetta Ufficiale (pubblicazione avvenuta il 10 novembre 2014, sul numero 261, della G.U.); quindi, il filtro della negoziazione assistita sarà obbligatorio a far data dal 9 febbraio 2015.

Anche per la negoziazione assistita, analogamente a quanto già accade per la mediazione finalizzata alla conciliazione delle liti, è necessario porre in essere una procedura, istaurata dal legale di una parte, il cui atto di impulso deve contenere la descrizione delle doglianze vantate e la materia oggetto della negoziazione o comunque della eventuale azione giudiziaria che verrà posta in essere se dovesse fallire la procedura transattiva. Su tale atto di impulso il giudice (dell'eventuale giudizio) dovrà operare la valutazione circa l'adempimento della condizione di perseguibilità, o se, invece, il giudizio

dovrà restare sospeso in attesa dello svolgimento della fase di negoziazione.

Anche in questa circostanza l'inserimento della obbligatorietà della alternativa al giudizio, nonché il mancato coordinamento con le altre A.D.R., già esistenti, costituiscono – a mio avviso – il *vulnus* di questa procedura.

Invero, è assai difficoltoso realizzare la prassi virtuosa della "conciliazione", regolata dall'intervento degli avvocati, senza aver prima formato la classe forense alla pratica della pacificazione; circostanza questa cui deve pervenirsi passando per una adeguata formazione, in materia, da realizzarsi ad opera delle università (in particolare nelle scuole di specializzazione) e delle scuole forensi.

Inoltre, come già ricordato, non è stato operato alcun tipo di coordinamento tra i diversi filtri all'azione imposti dalle normative succedutesi nel tempo. Con la conseguenza che tutte le ipotesi di ADR, comunque e dovunque normate, sono vissute dalle parti e dai loro legali come strumenti di appesantimento dei giudizi e non come utili e celeri opportunità di soluzione delle liti.

Conclusioni

Alla luce delle osservazioni precedenti è possibile concludere che per poter giungere ad una reale alternativa, nell'ambito della tutela, occorre trovarsi in presenza di strutture (quella processuale e quella alternativa) pienamente funzionanti che consentano alle parti (sostanziali e tecniche) una ponderata decisione tra una via e l'altra, nella consapevolezza che l'alternativa al giudizio deve essere considerata una opportunità e non un obbligo. Per far ciò è necessario che gli operatori del diritto (magistrati, avvocati e mediatori) acquisiscano la necessaria cultura della pacificazione e che il legislatore eviti, per il futuro, di considerare la mediazione e le altre alternative al processo solo dal punto di vista deflattivo del contenzioso.

PIERO SANDULLI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Luci (non molte) ed ombre (non poche) della procedura di negoziazione assistita dagli avvocati

Negoziazione e mediazione

Con la l. 10 novembre 2014, n. 162 il legislatore attribuisce alla negoziazione il ruolo di strumento, forse primario, per la riduzione della mole di contenzioso presso gli organi giudiziari, sostanzialmente il medesimo fine che, nel 2010, volle – con una visione alquanto restrittiva – assegnare alla mediazione.

Mediazione e negoziazione, quindi si affiancano, senza – peraltro – che ne siano state debitamente evidenziate le rispettive fisionomie, tanto che agli occhi degli utenti meno esperti ben potrebbe prospettarsi una situazione confusa ed antagonistica: se si escludono le aree di obbligatoria esclusiva dell'una e dell'altra procedura, la scelta compete infatti alle parti o, più verosimilmente, ai legali che le assistono.

Scelta non facile, considerata anche l'analoga durata, tre mesi, nonché l'efficacia esecutiva dell'accordo che, se pur con modalità differenti, in entrambi i casi è riconosciuta.

Mediazione e negoziazione, pur condividendo alcuni profili, hanno però natura e funzioni assai diverse.

La negoziazione si svolge, di regola, fra due soggetti che hanno in comune un obiettivo, tipicamente la stipulazione di un contratto, e la loro contrapposizione concerne essenzialmente le condizioni economiche: nell'epoca che ha preceduto la produzione di serie e la grande distribuzione commerciale non vi era, praticamente, contratto che non fosse oggetto di trattativa.

Alla produzione artigianale facevano riscontro rapporti personali fra produttore/venditore ed acquirente, così come, di regola, i prodotti erano personalizzati: non è un caso che con la produzione di beni su larga scala abbiano origine anche i contratti 'di serie', o per adesione, che vedono tramontare l'autonomia negoziale del contraente 'debole', al quale rimane soltanto la scelta fra contrarre o non contrarre, essendo venuta meno la reale possibilità di incidere sulle condizioni dello scambio.

Il radicamento della grande distribuzione, che pur ha avuto luogo con tempi e modalità diverse nel territorio del nostro Paese, ha definitivamente relegato la negoziazione ad ambiti marginali, un'eccezione, non più la regola.

La trattativa rimane oggi la norma nei rapporti commerciali fra operatori, nelle compravendite immobiliari, e poco più: forse non è fuori luogo affermare che si è persa un'attitudine, fors'anche una capacità, un'abilità che a lungo ha fatto parte della comune cultura.

Una 'cultura' che trova estrinsecazioni diverse in differenti contesti: non v'è chi non abbia esperienza della innata capacità negoziale dei venditori ambulanti dei Paesi dell'Africa mediterranea che propongono in vendita nelle nostre strade oggetti d'ogni tipo, e molti hanno altresì potuto constatare come, in quei Paesi, anche i bambini che offrono *souvenir* ai turisti possano considerarsi negoziatori nati.

Il negoziato fra le parti che si fronteggiano ha i suoi ritmi, i suoi tempi: conferma di ciò si ha nel negoziato sindacale, in quello fra Stati od organizzazioni sovranazionali, che accentuano i tratti del cerimoniale, della codificazione dei riti.

Nella mediazione, invece, si è in presenza di una lite, di una contrapposizione profonda fra la parti, a fianco delle quali interviene un soggetto terzo, il mediatore, che non rappresenta interessi propri, ma agisce all'unico fine di consentire alle parti stesse di raggiungere proficuamente la sintesi delle rispettive posizioni superando le barriere che il conflitto ha eretto fra loro.

La differenza è evidente, anche sul piano procedurale, basti pensare agli incontri separati del mediatore con ciascuna parte ed ai riflessi di ciò sulle sessioni congiunte, guidate dal mediatore sulla base di quanto ha potuto comprendere discutendo separatamente con i configgenti in modo assai più pacato di quanto possa risultare possibile in presenza di esasperate tensioni.

L'influsso francese

Il legislatore d'Oltralpe, che sempre si è mostrato sensibile verso la mediazione – tanto che il modello francese di mediazio-

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

ne delegata dal giudice¹ è stato fatto proprio dalla Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 sulla mediazione delle controversie – nel 2010 ha introdotto nel *code civil* la *procédure participative*, negoziazione fra le parti in lite assistite dai rispettivi legali che, nel caso di composizione del contrasto, consente di sottoporre al giudice l'accordo per ottenerne l'omologazione² e nel 2012 ha adottato le relative norme procedurali³.

La proposta di legge n. 4376 della XVI legislatura⁴ è ispirata a questo modello, del quale sono espressione gli artt. 2062-2067 del *code civil* e l'art. 1542 del *code de procédure civile*.⁵, ed un procedimento che ricalca questa proposta di legge è stato incluso nel D.l. 12 settembre 2014, n. 132⁶, *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile* definitivamente convertito in legge con modificazioni dalla Camera il 6 novembre 2014, e divenuto la l. 10 novembre 2014, n. 162⁷.

La negoziazione assistita

L'intento di alleggerire il carico degli organi giudiziali è – già nel titolo – l'obiettivo della l. 10 novembre 2014, n. 162, e viene perseguito dal legislatore a colpi d'ascia, valga per tutti l'esempio del trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti pendenti (in primo grado o in appello) che abbiano ad oggetto diritti disponibili, riservando ai soli avvocati la capacità di essere arbitri: ciò in contrasto con l'art. 812 cod. proc. civ., a norma del quale chiunque può assumere incarichi arbitrali, ad eccezione di "*chi è privo, in tutto o in parte, della capacità legale di agire*".

Opinabile, anche in rapporto alla dilatazione dei tempi, la ripartizione della competenza fra il presidente del Consiglio dell'ordine forense e la Corte di appello in merito alla nomina del collegio arbitrale, che è neces-

sario per le controversie di valore superiore a 100.000 euro, mentre, a concorde scelta delle parti, può aversi un unico arbitro per le controversie di valore inferiore⁸.

Questa opzione, totalmente priva di senso, è espressione del radicato luogo comune secondo il quale tre arbitri sono più affidabili di uno: una sciocchezza utile solo al sostanzioso incremento dei costi; si consideri che il regolamento della Camera arbitrale di Milano (art. 13) stabilisce quale regola generale l'arbitro unico, riservando – eventualmente – al collegio le sole controversie di maggior valore o complessità⁹.

Da rilevare anche che la mediazione è stata del tutto ignorata dalla legge ora approvata, avendo il legislatore scelto di trascurare i pur numerosi contributi della dottrina¹⁰ e della giurisprudenza volti a perfezionare questo innovativo strumento¹¹.

La procedura di negoziazione assistita da avvocati è resa obbligatoria prima del ricorso al giudizio in tutte le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione dei veicoli e dei natanti, oltre che in ogni domanda di pagamento, a qualsiasi titolo, di somme non eccedenti 50 mila euro¹².

È facoltativa in ogni altro caso, sempre che si tratti di diritti disponibili e non sia interessata la sfera giuslavoristica¹³.

Curioso il percorso delle controversie correlate ai sinistri stradali: incluse nel 2010 nel novero delle liti per le quali era obbligatorio il ricorso alla mediazione, su questo vincolo si concentrarono, in modo particolare, gli strali dell'avvocatura, incline forse a tutelare quella parte di sé, presumibilmente ampia, che da questi sinistri trae reddito; depennate nel 2013 dalla lista delle tipologie di controversie che è d'obbligo mediare, ricompaiono ora in uno dei due casi rispetto ai quali è vincolante seguire il procedimento della mediazione assistita.

⁸ Art. 1, secondo comma l. 10 novembre 2014, n. 162.

⁹ "In assenza di accordo delle parti sul numero degli arbitri, il Tribunale Arbitrale è composto da un arbitro unico. Tuttavia, il Consiglio Arbitrale può deferire la controversia a un collegio di tre membri, se lo ritiene opportuno per la complessità o per il valore della controversia".

¹⁰ M. Martello, *Dodici domande sulla mediazione al Ministro della giustizia*, <http://www.consumatoridirittimercato.it/category/diritti-e-giustizia/page/5/>

¹¹ Sui molteplici dubbi cui dà luogo la nuova disciplina, Marco Marinaro, *La negoziazione assistita tra dubbi di costituzionalità e di efficacia*, *Il Sole -24 Ore*, Guida al diritto, 1° ottobre 2014.

¹² Art. 3, primo comma l. 10 novembre 2014, n. 162.

¹³ Art. 2, secondo comma, lettera b l. 10 novembre 2014, n. 162.

¹ Att. 21-25 Loi n. 95-125 dell'8 febbraio 1995, e decreto di applicazione n. 96-252 del 22 luglio 1996.

² Loi n° 2010-1609 del 22 dicembre 2010.

³ Décret n° 2012-66 del 20 gennaio 2012.

⁴ Presentata alla Camera il 25 maggio 2011 reca il titolo *Disciplina della procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato*.

⁵ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=JORFARTI000023274147&cidTexte=JORFTEXT000023273986&dateTexte=29990101&categorieLien=id>

⁶ P. Martinello, *Giustizia civile: quattro proposte radicali per affrontare una crisi senza fine*, <http://www.consumatoridirittimercato.it/category/diritti-e-giustizia/page/2/>

⁷ G. Buffone, *Processo civile veloce e riduzione arretrato: la tabella delle novità del D.L. 132/2014*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=68668>

La negoziazione assistita rappresenta, poi, una svolta nei procedimenti di separazione e divorzio, in quanto l'accordo raggiunto con l'assistenza dei legali è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente affinché, non ravvisandovi irregolarità, sia rilasciato il nulla osta necessario per rendere l'accordo stesso equivalente ai provvedimenti giudiziali qualora non vi siano figli minori o portatori di *handicap* gravi, o economicamente non autosufficienti¹⁴.

In presenza, invece, di figli che versino in una di queste tre situazioni, vi è un termine di dieci giorni entro il quale l'accordo deve essere trasmesso al procuratore della Repubblica che, ritenendolo rispondente all'interesse degli stessi, lo autorizza; nel caso contrario lo trasmette entro cinque giorni al presidente del tribunale, che fissa entro i successivi trenta giorni la comparizione delle parti¹⁵.

In assenza di figli minori, o portatori di *handicap* gravi, o economicamente non autosufficienti, ed all'ulteriore condizione che l'accordo non riguardi il trasferimento di diritti patrimoniali, i coniugi possono comparire – in questo caso anche senza l'assistenza dei difensori – direttamente innanzi al sindaco (quale ufficiale di stato civile) del comune di residenza di uno di loro, o del comune ove è trascritto l'atto di matrimonio, onde concludere un accordo di separazione o di cessazione degli effetti civili, oppure di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio¹⁶.

Il trasferimento in ambito extragiudiziale delle procedure inerenti l'epilogo delle relazioni coniugali appare, nel complesso, opportuno e condivisibile – a condizione che i negoziatori siano in grado di affrontare debitamente questa delicatissima sfera – anche se appare lecito prospettare due problemi, uno di tipo organizzativo, l'altro sostanziale.

Quanto al primo, avrebbero dovuto meglio prevedersi le modalità di afflusso degli accordi alle procure della Repubblica, considerato che assai poche sono quelle che dispongono di un ufficio specializzato in materia di famiglia, ed i ritardi nell'esame degli accordi raggiunti potrebbero, pertanto, essere significativi; il secondo, invece, è di natura più consistente.

Il pubblico ministero (art. 70 cod. proc. civ.) *"deve intervenire, a pena di nullità rilevabile d'ufficio: [...] nelle cause matrimoniali,*

comprese quelle di separazione personale dei coniugi": nessuna forma di intervento è, in realtà, stata considerata in relazione agli accordi perfezionati davanti al sindaco, e ciò – pur non trattandosi, in questo caso, di 'cause' in senso tecnico – appare una lacuna di non poco conto.

L'incidenza della negoziazione assistita è resa palese, come si è anticipato, dall'obbligo di farvi ricorso in tutte le controversie di valore contenuto entro 50.000 euro, a meno che la richiesta abbia origine da un rapporto per il quale è stabilita l'obbligatorietà di percorrere la via della mediazione (condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari¹⁷) nel qual caso sarà questa seconda procedura a prevalere.

Già nel testo modificato dal Senato del D.l. 12 settembre 2014, n. 132 (e confermato dalla Camera) non solo era stato soppresso l'originario obbligo di ricorrere alla negoziazione assistita per ogni controversia riposta sul codice del consumo, ma anzi, il primo comma dell'art. 3 espressamente escludeva, come esclude nel testo definitivo, che lo stesso obbligo di negoziare le controversie di entità superiore a 50.000 euro possa trovare applicazione nei confronti dei rapporti di consumo e di utenza¹⁸.

In definitiva, un ondeggiare fra soluzioni diametralmente opposte, nel mentre la mediazione è destinata a divenire il mezzo privilegiato di composizione delle controversie di consumo e di utenza con il recepimento¹⁹ (luglio 2015) della Direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, nonché con la completa entrata in vigore (gennaio 2016) del Regolamento 524/2013/UE, anch'esso del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie dei consumatori aventi origine dai contratti stipulati *on-line*.

Un aspetto positivo è senz'altro possibile scorgere nella negoziazione assistita, anche se probabilmente estraneo alle motivazioni di un legislatore interessato soltanto ad alleggerire – costi quel che costi – il carico di lavoro delle sedi giudiziarie: l'invito alla

¹⁴ Art. 6 l. 10 novembre 2014, n. 162.

¹⁵ Art. 6, secondo comma l. 10 novembre 2014, n. 162.

¹⁶ Art. 12 l. 10 novembre 2014, n. 162.

¹⁷ Art. 5, comma 1 *bis* d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

¹⁸ Art. 3, primo comma l. 10 novembre 2014, n. 162.

¹⁹ C. Vaccà, *ADR: recenti prospettive per la mediazione dei conflitti*, <http://www.consumatoridirittimercato.it/diritti-e-giustizia/adr-recenti-prospettive-per-la-mediazione-dei-conflitti-2/>

trattativa, nei casi in cui essendo questa obbligatoria costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, dovrebbe sortire, di fatto, il non disprezzabile effetto di evitare almeno le citazioni 'a bruciapelo' – ad esempio a fronte di un semplice ritardo nei pagamenti – al solo fine di radicare cause volte a consentire al difensore di lucrare le spese.

Se, infatti, deve essere, prima, inviato l'invito alla negoziazione assistita, di fatto al debitore moroso è concessa la possibilità di sanare entro trenta giorni la propria posizione senza costi ulteriori.

La *negoziazione assistita* ha fatto propria in non esigua parte la disciplina dalla mediazione, in quanto all'atto del conferimento della procura alle liti, l'avvocato deve informare il cliente della possibilità di ricorrere a questo strumento e la mancata informativa rileva sul piano disciplinare; lo stesso dicasi per la riservatezza, l'efficacia esecutiva dell'accordo, l'interruzione della prescrizione.

Identica, poi, in relazione ad entrambe le figure, la norma secondo la quale il giudice quando rileva che la procedura è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine per il l'espletamento della procedura stessa, e nel medesimo modo procede quando la procedura non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito.

Analoga anche l'elencazione dei procedimenti speciali rispetto ai quali è escluso il ricorso alla mediazione²⁰ ed altresì alla negoziazione²¹, con una sola eccezione: l'esclusione rispetto ai procedimenti di convalida di sfratto figura soltanto con attinenza alla mediazione.

Il procedimento – che analogamente alla mediazione può essere volontario od obbligatorio – ha inizio con l'invito a stipulare la convenzione di negoziazione, indicando l'oggetto della controversia vertente su *diritti disponibili* ed avvisando che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione, od il suo rifiuto, potranno essere valutati dal giudice ai fini delle spese del giudizio; il legale che assiste la parte certifica l'autografia della firma di quest'ultima e l'invito stesso interrompe la prescrizione.

Se entro trenta giorni dall'invito vi è l'accettazione della controparte viene redatta – in forma scritta a pena di nullità – la

convenzione di negoziazione, mediante la quale le parti si accordano per "cooperare in buona fede e con lealtà" onde superare in via amichevole il conflitto con l'assistenza di avvocati iscritti all'albo (le amministrazioni pubbliche si avvalgono dell'avvocatura dello Stato); avviata la negoziazione, che è interamente lasciata allo stile, all'esperienza ed alla capacità dei legali, essa deve concludersi entro il termine concordato fra le parti (non inferiore ad un mese e non superiore a tre mesi, con un eventuale proroga di trenta giorni).

L'accordo eventualmente raggiunto, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce, come si è detto, *titolo esecutivo* e per l'*iscrizione di ipoteca giudiziale*, mentre la dichiarazione di mancato accordo è certificata dagli avvocati intervenuti.

Una sensibile differenza si riscontra, tuttavia, quanto alla natura esecutiva dell'accordo, che nel caso della mediazione dopo essere stato sottoscritto dai 'difensori' è omologato con decreto del presidente del tribunale, il quale, previo accertamento della regolarità formale, verifica altresì che il contenuto non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative; con riferimento alla negoziazione, invece, l'accordo sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce per sé titolo esecutivo, e sono gli stessi avvocati a certificare l'autografia delle firme nonché la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

L'abbandono della cautela considerata in tema di mediazione non può che apparire un ulteriore segno della volontà di privilegiare la negoziazione a scapito della mediazione.

La legge nulla dispone circa il compenso spettante ai legali, pertanto è da ritenersi che trovi integrale applicazione il tariffario forense relativamente al corrispettivo per l'assistenza agli accordi transattivi extragiudiziali: non poco, e non facilmente conoscibile dalle parti al momento dell'avvio della procedura.

Oltretutto, come già è accaduto per la mediazione, aver resa obbligatoria l'assistenza dei legali in un procedimento privo di natura giurisdizionale rappresenta una forzatura priva di ogni giustificazione, come totalmente avulso da ogni fondamento è l'obbligo stesso di percorrere la strada della negoziazione assistita: come tutti gli avvocati sanno, è raro che un'azione in giudizio non sia stata preceduta dallo sforzo – sovente anche prolungato ed impegnativo, di raggiungere un accordo.

²⁰ Art. 5, quarto comma d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

²¹ Art. 3, terzo comma 10 novembre 2014, n. 162.

Conclusioni

Se si esclude la sfera dei rapporti di famiglia, cosa aggiunge, quindi, il nuovo strumento se non il rischio di affossamento della mediazione volontaria, quella – peraltro – che riscontra maggiori *chances* di successo, anche se “restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati”?²²

È difficile sfuggire al sospetto che uno strumento quale la negoziazione assistita possa, infatti, essere utilizzato per depauperare le potenzialità della mediazione – che, lentamente, prendeva piede, grazie anche ai promettenti indirizzi giurisprudenziali in tema di mediazione delegata dal giudice²³ – e, fors’anche, neutralizzarla: si consideri, *in primis*, la concorrenza fra i due procedimenti nel caso di scelta volontaria, fuori dalle rispettive sfere d’obbligo.

In altri termini, può ritenersi che l’avvocatura – il cui complessivo influsso sul D.l. 12 settembre 2014, n. 132 appare innegabile – disponga ora di uno strumento del quale avvalersi per avviare la mediazione ad arenarsi nelle secche della desuetudine, con buona pace di chi, confidando nell’innovatività del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 che, recependo la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008, la disciplinò, ha investito nella propria formazione quale mediatore, nella costituzione di enti di formazione dei mediatori, o nell’organizzazione di organismi di mediazione²⁴.

Perché mai professionisti che terzi non sono dovrebbero riuscire a condurre le parti oltre il conflitto meglio di un mediatore imparziale e, se non altro, dovrebbe essere un poco preparato ad affrontare il difficile compito, se ha seguito almeno il corso di 50 ore obbligatorio per chi non è avvocato?

Inoltre la norma francese, della quale quella italiana è – sostanzialmente – la traduzione, è assai chiara nell’affermare (art. 2062 cod. civ.) che “*Toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition*”, non trova, però, riscontro nell’art. 2 del testo

approvato dalla Camera il 5 novembre, ove invece si legge “*La convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati è un accordo [...]*”: la differenza è evidente, in quanto la norma nazionale, nella sua ambiguità, alimenta l’equivoco che il negoziatore – al pari del mediatore – possa essere uno soltanto, non comprendendosi, peraltro, né in qual modo possa essere individuato ed incaricato, né a quali principi di imparzialità debba rispondere.

Ma ciò che più conta è che ben diverso è il *background* delle due scelte legislative: in Francia è radicata l’esperienza del ‘*droit collaboratif*’, espressione dell’avversione degli avvocati – specie di quelli che praticano il diritto di famiglia – a ricorrere agli strumenti giudiziari: non a caso questo vero e proprio movimento culturale si è sviluppato parallelamente alla mediazione, e la prestigiosa *École professionnelle de la médiation et de la négociation* forma entrambe le figure, garantendo così l’adeguata professionalità degli avvocati che operano sia quali mediatori, sia in veste di negoziatori.

Nessuna preoccupazione circa l’adeguatezza dei negoziatori ha sfiorato il nostro legislatore, che ha fatto proprio il pernicioso luogo comune secondo il quale ogni legale è un negoziatore nato, come confermato dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che ha convertito il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (cosiddetto ‘decreto del fare’)²⁵ promuovendo *ex lege* mediatori tutti gli avvocati iscritti ad un albo ed esonerandoli così dal pur blando percorso formativo necessario ad ogni altro profilo professionale²⁶.

Infine una vera e propria chicca: differentemente dalla mediazione, ove tale obbligo vige per il mediatore e, forse, anche per altri soggetti partecipanti al procedimento²⁷, la nuova legge esclude per l’avvocato l’obbligo di segnalare operazioni sospette *ai fini dell’antiriciclaggio*²⁸.

CESARE VACCÀ

© RIPRODUZIONE RISERVATA

²² Art. 3, quinto comma, l. 10 novembre 2014, n. 162.

²³ C. Vaccà, *Primi indirizzi giurisprudenziali sulla mediazione delegata dal giudice*, in questa Rivista, n. 6/2014, p. 13 ss.

²⁴ M. Martello, *La mediazione delle controversie: da tanti inganni gli stimoli per azioni proficue*, <http://www.consumatoridirittimercato.it/diritti-e-giustizia/la-mediazione-delle-controversie-da-tanti-inganni-gli-stimoli-per-azioni-proficue/>

²⁵ C. Vaccà, *Un colpo al cerchio ed uno alla botte: le nuove regole della mediazione*, <http://www.consumatoridirittimercato.it/diritti-e-giustizia/un-colpo-al-cerchio-ed-uno-alla-botte-le-nuove-regole-della-mediazione/>

²⁶ Approfonditamente, M. Martello, *La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni*, Utet Giuridica, 2013.

²⁷ Art. 22 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

²⁸ Art. 10 l. 10 novembre 2014, n. 162.

L'esecuzione degli accordi di mediazione nelle controversie transfrontaliere tra Italia e Spagna

Nell'attuale contesto internazionale la mediazione costituisce senza dubbio un metodo efficace per la risoluzione delle controversie transfrontaliere.

In detta cornice, anche la previsione di un meccanismo di "rinforzo" che consenta l'esecuzione degli accordi raggiunti dalle parti costituisce un elemento importante per permettere l'applicazione di questo metodo alternativo di risoluzione delle controversie.

Nel presente articolo si fa riferimento al "rinforzo" come titolo esecutivo degli accordi di mediazione raggiunti in controversie transfrontaliere (Spagna-Italia), in materia civile e commerciale (con esclusione delle materie di famiglia e consumo), e alla loro esecuzione.

La necessità di detto "rinforzo" viene riconosciuta dalla stessa *Direttiva CE*¹ la quale prevede che:

- considerazione 19) "La mediazione non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa deteriore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti";
- considerazione 20) "Il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione reso esecutivo in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri in conformità della normativa comunitaria o nazionale applicabile".

Ciò premesso, è quindi necessario determinare quando un accordo di mediazione, raggiunto in Italia o in Spagna, acquisisce carattere esecutivo, in virtù di quanto previsto dalle rispettive leggi nazionali.

Italia

a) *Accordi omologati dal Presidente del Tri-*

bunale. L'articolo 12 della Legge italiana² prevede che un accordo di mediazione in una controversia transfrontaliera acquisisce efficacia esecutiva quando viene omologato dal Presidente del Tribunale, su richiesta di ciascuna delle parti.

- b) *Accordi di Mediazione sottoscritti dagli Avvocati delle parti che sono intervenuti nel Procedimento.* Il menzionato articolo 12 prevede inoltre che l'accordo diventi titolo esecutivo quando viene sottoscritto da tutti gli Avvocati delle parti che ne attestano e certificano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Spagna

- a) *Accordo di mediazione redatto in Atto Pubblico.* L'articolo 25 della legge spagnola³ prevede che l'accordo di mediazione acquisti il valore di titolo esecutivo quando viene elevato ad Atto Pubblico Notarile.

- b) *Accordo di Mediazione raggiunto nell'ambito di un procedimento giudiziario.* Le parti ne possono richiedere l'omologa al Giudice in base a quanto previsto dal Codice di Procedura Civile spagnolo (art. 25.4).

Una volta ottenuti i titoli esecutivi nelle forme su menzionate, per quanto concerne la loro esecuzione potrebbero verificarsi le due seguenti situazioni:

A) *L'accordo deve essere messo in esecuzione nello stesso Stato nel quale è stato raggiunto, quindi per quanto concerne le norme di esecuzione ed il Tribunale competente sarà necessario far riferimento alla normativa interna di detto Stato.*

L'art. 26 della Legge spagnola stabilisce che:

- a) l'esecuzione di un accordo di mediazione comincia quando era già in corso un procedimento giudiziario si inizierà davanti al Tribunale che omologò l'accordo;
- b) nel caso di accordi di mediazione raggiun-

¹ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

* Avvocata e Mediatrice (Barcellona - Spagna).

² Decreto legislativo italiano n° 28 del 4 marzo 2010, modificato dal Decreto Legislativo n° 69, del 21 giugno 2013, GU del 5 marzo 2010, n° 53.

³ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles BOE de 7 de julio de 2012.

ti a seguito di un procedimento di mediazione sarà competente il Tribunale di 1° grado del luogo nel quale sia stato firmato l'accordo, in base a quanto previsto nel 2° comma dell'articolo 454 del Codice di Procedura Civile spagnolo.

Sarà poi necessario far riferimento alle norme sulla competenza oggettiva per determinare la competenza del Tribunale Civile o del Tribunale di Commercio;

L'articolo 12 della legge italiana prevede che: nelle controversie transfrontaliere l'accordo venga omologato dal Presidente del Tribunale nella cui circoscrizione deve essere iniziata l'esecuzione. Per poter determinare detta circoscrizione si renderà quindi necessario far riferimento alle norme di procedura relative alla competenza territoriale ed oggettiva.

B) L'accordo deve essere reso esecutivo nello Stato diverso da quello nel quale è stato raggiunto. La Direttiva CE 52/2008 non ha stabilito un nuovo meccanismo per l'esecuzione di detti accordi, anche se nella sua considerazione 20) garantisce che l'accordo di mediazione che abbia acquisito forza esecutiva in uno Stato Membro debba essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati Membri.

Si rende quindi necessario determinare quali sono gli strumenti legislativi europei che permettono la circolazione di un titolo esecutivo nello spazio giudiziario europeo:

- 1) *Regolamento CE 44/2001⁴, rifiuto dal Regolamento CE 1215/2012*, che entrerà in vigore a partire dal mese di gennaio 2015. Prevedono i presupposti, requisiti e formalità grazie alle quali una risoluzione giudiziaria, un documento pubblico con forza esecutiva o una transazione giudiziaria, adottati o formalizzati in uno Stato Membro, possono essere riconosciuti o resi esecutivi in un altro Stato Membro.
- 2) *Regolamento CE n° 805/2004⁵*. Fa riferimento alle risoluzioni giudiziarie, transazioni giudiziarie e documenti pubblici con forza esecutiva relativi a crediti non impugnati e che vengono certificati come titoli esecutivi europei.

⁴ Regolamento del Consiglio del 22 dicembre del 2000 relativo alla competenza giudiziaria, riconoscimento ed esecuzione delle risoluzioni giudiziarie in materia civile e commerciale.

⁵ Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 di aprile 2004, per il quale si stabilisce un titolo esecutivo europeo per i crediti non impugnati.

La mia opinione personale è che i suddetti regolamenti non troverebbero applicazione nel caso in cui l'accordo di mediazione avesse acquisito forza esecutiva in Italia mediante la firma degli Avvocati delle parti, in quanto:

- 1) l'atto non riunisce i requisiti oggettivi di risoluzione giudiziaria, di atto pubblico o di transazione giudiziaria, unici presupposti in virtù dei quali i regolamenti in questione riconoscono la circolazione di un titolo esecutivo da uno Stato Membro all'altro;
- 2) gli Avvocati non riuniscono i requisiti soggettivi di organo giurisdizionale o autorità competente che deve emanare l'atto (art. 6.2. della Direttiva CE).

Se, come nel presente caso, facciamo riferimento ad accordi di mediazione raggiunti in Italia che devono essere resi esecutivi in Spagna, l'opinione di cui sopra viene altresì sostenuta dal fatto che l'art. 27, comma 1°, della legge spagnola prevede che: "(sic) ... un accordo di mediazione che avesse già acquisito forza esecutiva in uno Stato Membro solo potrà essere reso esecutivo in Spagna quando detta forza esecutiva deriva dall'intervento di un'autorità competente che svolge funzioni equivalenti a quelle svolte della autorità spagnole".

PAOLA VITALI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Il ruolo sociale dell'avvocatura

La sfida della classe forense: la negoziazione assistita in ambito familiare

La ragionevole durata del processo

Con la conversione nella legge 162/2014, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi, sono state introdotte nell'ordinamento disposizioni idonee a consentire, da un lato, la riduzione del contenzioso civile, attraverso la possibilità del trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziarie e, dall'altro, la promozione in sede stragiudiziale, di procedure alternative alla ordinaria risoluzione delle controversie nel processo.

In particolare, la risoluzione dei conflitti e delle controversie in via stragiudiziale viene favorita dall'introduzione di un nuovo istituto che si aggiunge a quelli già esistenti nell'ordinamento con finalità analoghe: la procedura di negoziazione assistita da un avvocato.

I presupposti di necessità e urgenza posti alla base del decreto-legge sono stati individuati nel rilevantissimo contenzioso pendente, soprattutto in appello, e nella sistematica violazione del termine di ragionevole durata del processo di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificate ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848.

Il Governo, nell'attuale grave contesto economico ha sentito come indilazionabile la risoluzione del problema della giustizia civile e, a tal fine, ha previsto l'adozione di misure finalizzate ad attuare un'inversione di tendenza nella durata dei procedimenti, così trasformando quello che è attualmente un fattore di appesantimento della crisi in un possibile volano per la crescita economica.

L'intervento proposto, con l'obiettivo di superare le criticità sopra indicate, prende le mosse dalla scelta di valorizzare quanto più possibile la professionalità e le competenze del mondo dell'Avvocatura, quale attore

primario dell'amministrazione della Giustizia, chiamato alla responsabilità di un fattivo concorso alla deflazione preventiva del contenzioso civile mediante gli strumenti allo scopo introdotti¹.

Al fine di verificare i risultati dell'introduzione della negoziazione assistita, quale strumento deflattivo del contenzioso ordinario, il Governo ha introdotto all'art. 11 della citata legge, rubricato *Raccolta dei dati*, il monitoraggio nazionale annuale, per il tramite del Consiglio Nazionale Forense, delle procedure di negoziazione assistita.

Il rapporto avvocato-cliente

La legge 10 novembre 2014, n. 162, lancia una sfida alla classe forense, alla quale viene attribuito un ruolo strategico nella scelta dello strumento stragiudiziale in luogo di quello giudiziale.

Per poter accedere a questi strumenti alternativi di composizione della lite, dovrà mutare il rapporto avvocato-cliente, e il "modello tradizionale", che considera l'avvocato come colui a cui fa capo la responsabilità totale della vertenza e nel quale il cliente ha un ruolo passivo e il suo comportamento è diretto dall'avvocato, dovrà lasciare il passo al "modello partecipatorio", che assegna al cliente un ruolo attivo nell'ambito di qualunque decisione e l'avvocato gliene mostra tutta la problematicità.

In questa nuova ottica legislativa gli Studi legali diventano sempre più luoghi dove ottenere una consulenza ad ampio spettro, per regolamentare aspetti civili, patrimoniali e nel caso di Studi multiprofessionali, anche per ottenere consulenza pedagogica e psicologica.

L'avvocato, nell'ambito del diritto di famiglia, è un professionista che fornisce consigli e suggerimenti alla luce del quadro legislativo vigente e riveste un ruolo sociale che gli impone, ai sensi dell'art. 6 della legge 162/2014, di dar atto nell'accordo di convenzione di negoziazione assistita di aver tentato di conciliare le parti, di averle informate della possibilità di esperire la

*Avvocato, Patrocinante in Cassazione, Giudice Onorario di Tribunale, Mediatore Familiare Sistemico, Civile e Commerciale.

¹ Relazione del senato al DDL 1612 www.senato.it

mediazione familiare e di aver informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori.

La negoziazione assistita in ambito familiare: un'ottima occasione per fare del nostro meglio

Il capo II della legge 162/2014 regola la procedura di negoziazione assistita da un avvocato, rifacendosi all'esperienza di un istituto noto e in vigore in Francia fin dal settembre del 2011, in base alla legge 1609 del 22 dicembre 2010 che ha inserito la "procedura partecipativa" agli articoli dal 2062 al 2067².

Si tratta di una procedura cogestita dagli avvocati delle parti e volta al raggiungimento di un accordo conciliativo che, da un lato, eviti il giudizio e che, dall'altro, consenta la rapida formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale.

L'art. 2 della legge 162/2014 definisce la convenzione di negoziazione assistita da un avvocato come un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei propri avvocati.

L'art. 6 della legge 162/2014 regola le convenzioni di negoziazione assistita da un avvocato per le soluzioni consensuali in tema di separazione personale, di cessazione degli effetti civili e di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione e divorzio, anche in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti.

Ai sensi dell'art. 6, comma 3, l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita da avvocati, sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati, nonché certificato quanto all'autografia della firme e alla conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, è equiparato ai provvedimenti giudiziali che definiscono i menzionati procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

In ragione dell'equiparazione dell'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita al provvedimento giudiziale, l'art. 6, comma

2, richiede che, in caso di *presenza di figli minori*, l'accordo venga trasmesso entro dieci giorni al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, il quale quando ritiene l'accordo rispondente all'interesse dei figli, lo autorizza. Quando ritiene che l'accordo non risponda all'interesse dei figli, il Procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo.

L'art. 6, comma 2, prevede che in *manca di figli minori*, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita sia trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per i successivi adempimenti.

La procedura negoziale

Qualsiasi negoziato può concretarsi soltanto in presenza di quattro condizioni:

- a) le parti riconoscono di essere in contrasto;
- b) le parti riconoscono la necessità di pervenire ad una composizione del contrasto (obiettivo);
- c) le parti si accordano sulla scelta di un "teatro" in cui portare la rappresentazione dei loro tentativi di soluzione (selezione del contesto);
- d) le parti operano con dinamismo per raggiungere l'obiettivo (attuazione del processo).

La negoziazione può aver luogo solo quando le parti ammettono di avere una lite in corso, sono d'accordo sulla necessità di risolverla e partecipano attivamente ad un procedimento per ricomporre questa lite.

Accade, infatti, a volte, che una parte non avverte un urgente bisogno di risolvere la controversia, mentre l'altra lo ritiene impellente, per questo motivo è necessario che entrambe le parti si accordino sul fatto che esiste una disputa, oppure che uno dei due contendenti abbia il potere di costringere l'altro a riconoscere e ad affrontare il problema.

Una volta che le parti in lite convengono sulla necessità di dover risolvere il loro problema, è necessario che decidano quali siano i metodi più appropriati, devono scegliere un campo di azione in cui riordinare il problema, un contesto, un luogo che facciano da sfondo e, che nello stesso momento influiscano sull'organizzazione del loro confronto.

² G. Facchini - A. Fissore - M. Naggar (2014), *Negoziazione assistita e conflitti familiari. Istruzioni per l'uso*, Key Editore, Vicalvi.

A differenza della composizione giudiziaria del conflitto, in cui le parti si vedono obbligate a partecipare all'iter processuale, la negoziazione mediata comporta alla base la scelta libera e volontaria dei contendenti in relazione al contesto entro il quale necessita risolvere la controversia.

Tale scelta viene attuata tenendo presente una costellazione di motivi, quali: la convinzione che, portando la disputa in altri contesti, se ne possa vedere estinto il carattere privato, facendo divenire di pubblico dominio certi aspetti e comportamenti che si preferirebbe, invece, mantenere riservati; il convincimento che, ricorrendo ad un processo di negoziazione mediata si otterranno più vantaggi concreti all'atto della stipulazione dell'accordo, in quanto si è avuta la possibilità di dimostrare le proprie reciproche necessità.

Fondamentale quando si procede ad un negoziato cogliere subito le basilari motivazioni delle persone, perché nel corso del processo si dovrà far leva proprio su di esse per superare gli eventuali ostacoli.

Identificato il conflitto, avvertita la necessità di risolverlo, scelto il contesto entro il quale condurre i negoziati, le parti devono aver concordato, inoltre, un attivo impegno alla conduzione del processo di negoziato³.

Metodi competitivi e cooperativi di negoziato

Le negoziazioni competitive appaiono come la strategia più saggia per condurre la trattativa all'interno di un sistema imperniato sulla logica antagonista, i teorici utilizzano l'espressione della "contrattazione distributiva" per indicare l'orientamento generale a condurre una negoziazione all'interno di una situazione competitiva.

I conflitti in cui gli interessi di ciascuna parte sono in diretto contrasto con quelli dell'altra parte sono definiti come conflitti "a somma zero", dove, tanto più una parte vince, tanto più perde l'altra.

Ad esempio nelle controversie di natura economica nelle cause di separazione e divorzio, l'ammontare dell'assegno di mantenimento che uno dei due coniugi è tenuto a versare all'ex coniuge, coincide, infatti, con quanto l'altro incassa e la somma algebrica di ciò che una parte guadagna e di ciò che una parte perde è pari a zero.

In questo tipo di situazioni spesso i contendenti utilizzano la contrattazione distribu-

tiva per difendere i propri interessi, e ognuna delle parti comincia facendo un'offerta iniziale, presentandola alla controparte come una soluzione accettabile del conflitto e l'altra parte formulerà a sua volta un'offerta che la favorisca, cioè, che contenga richieste superiori a quello che è "l'ultimo prezzo", ossia il risultato minimo accettabile da parte di ciascuno.

Nella contrattazione distributiva adottare posizioni estreme reca un vantaggio solo entro determinati limiti, i cui contorni sono incerti. Questo tipo di contrattazione, con la sua sequenza rituale di mosse, se è da preferire come strumento per negoziare accordi squisitamente economici, di converso può creare dei problemi se applicata al contesto dell'affidamento e del collocamento dei figli.

Infatti, radicalizzare le proprie posizioni rispetto a ciò che si vorrebbe ottenere, rifiutarsi di discutere soluzioni di compromesso e prendere tempo prima di raggiungere l'accordo sono tattiche che possono deteriorare il rapporto tra i genitori e nel contempo recare danno ai figli.

La contrattazione distributiva è il mezzo più efficace per massimizzare il guadagno individuale quando la trattativa si svolge in una situazione competitiva.

Nell'ambito dei conflitti familiari, invece, il "metodo cooperativo" di negoziazione è particolarmente benefico quando le parti sono in un rapporto destinato a continuare nel tempo. Il metodo scelto per dirimere la controversia, infatti, può avere degli effetti sul futuro della relazione, e in questo caso nessun conflitto è un gioco a somma zero quando tutte le parti continueranno ad interagire nel futuro.

Presupposto essenziale alla base dei metodi cooperativi per la risoluzione della controversia è che il conflitto sia a somma positiva, piuttosto che "a somma zero", nel quale non è necessario che alla fine della contrattazione ci siano un vincitore e un vinto, ma la possibilità di concludere la contesa con un esito favorevole per entrambe le parti.

I conflitti a somma positiva, si concludono con delle soluzioni di compromesso che, in termini di benefici complessivi per le due parti, hanno un valore più alto dei benefici complessivi che risulterebbero da soluzioni che privilegiano uno solo dei due. Infatti, sommando quello che riceve una parte con quello che riceve l'altra, si ottiene, un numero maggiore di zero, da qui l'espressione "a somma positiva".

In questo tipo di contrattazioni imperniate nell'ottica di cooperazione, è possibile trova-

³ G. Gulotta - G. Santi (1988), *Dal conflitto al consenso. Utilizzazione di strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari*, Giuffrè, Milano.

re soluzioni che consentano a entrambe di vincere, avendo le parti hanno alcuni obiettivi e interessi in comune.

I presupposti teorici dei conflitti a somma positiva e della contrattazione integrata sono illustrati dai teorici dei giochi nel "dilemma dei prigionieri".

Il dilemma dei prigionieri deve il suo nome a un dilemma che potrebbe presentarsi a due prigionieri nell'ipotesi che due uomini abbiano commesso una rapina a mano armata in banca e che poi vengano arrestati.

Entrambi hanno la sicura prospettiva di essere accusati e condannati per detenzione abusiva di armi, dal momento che entrambi erano illegalmente in possesso di una pistola. Tuttavia il giudice che conduce le indagini non ha prove sufficienti per addossare ai due sospetti la responsabilità di aver commesso la rapina. Per poter avere almeno un colpevole da condannare per la rapina, il pubblico ministero propone a ciascuno dei prigionieri il seguente patto: se confessa di aver preso parte all'azione criminosa e testimonia contro il suo compagno, egli lascerà cadere sia l'accusa per la rapina, che quella per la detenzione abusiva di armi. Il detenuto che confesserà sarà liberato, mentre l'altro riceverà 20 anni di carcere.

Tuttavia, il Pubblico Ministero precisa che non potrà accettare una confessione da parte di entrambi i prigionieri e lasciarli liberi tutti e due: perciò se entrambi confessano saranno condannati per la rapina alla banca, ma la loro pena sarà ridotta da 20 a 12 anni; se invece nessuno dei due parlerà, dovranno scontare entrambi soltanto 1 anno di prigione per detenzione abusiva di armi.

In questa situazione, è ovvio che è nel comune interesse dei prigionieri cooperare e perciò tacere, perché in questo caso ognuno di loro scontrerà solo 1 anno di carcere, mentre nell'ipotesi in cui entrambi confessassero ognuno dovrebbe scontare 12 anni e nell'ipotesi in cui uno solo di loro confessasse a sfavore dell'altro questo dovrebbe scontare 20 anni di carcere. I benefici della cooperazione sono evidenti.

Nell'ottica di massimizzare i benefici individuali, per ciascuno l'alternativa più logica sarebbe quella di confessare, ma nell'ottica di massimizzare i benefici complessivi la decisione dovrebbe essere quella di cooperare. Infatti il risultato complessivo della competizione, nel qual caso entrambi sarebbero spinti a confessare è pari 24 anni di carcere, mentre il risultato complessivo della coope-

razione, che si realizza nel caso in cui entrambi decidono di tacere, è pari a 2 anni.

Nei conflitti familiari, come nel dilemma dei prigionieri, è necessario cooperare, e per procedere in questo modo, è necessario sostenere dei sacrifici sia nel modo di procedere che nella sostanza degli accordi. La cooperazione richiede ad entrambi i genitori, che sono quasi sempre ostili e diffidenti, di fare uno sforzo in buona fede per comunicare tra loro, e dal punto di vista della sostanza degli accordi, la cooperazione spesso comporta che le parti accettino qualche compromesso sui propri interessi individuali, a vantaggio del bene comune.

Il ruolo dei negoziatori, che hanno a cuore la risoluzione della controversia in chiave cooperativa, sarà quello di facilitare la comunicazione e di dissolvere la diffidenza reciproca, contenendo e controllando, allo stesso tempo, la conflittualità delle due parti in lite.

Riguardo ai contenuti, i negoziatori devono cercare di portare allo scoperto quella che è la "linea incavalcabile", ovvero l'ultimo prezzo di ciascuno, per capire se c'è qualche punto di coincidenza nelle loro posizioni, e se tale convergenza esiste, i negoziatori incoraggeranno la stipulazione di compromessi in quelle aree sulle quali c'è l'accordo.

I negoziatori devono aiutare i genitori separati o divorziati a rendersi conto che, tra loro, continuerà ad esistere una qualche forma di relazione e che, per questo motivo, cooperare con l'altro è nel loro interesse sia individuale che congiunto, come nell'interesse dei loro figli ⁴.

Luci e ombre della procedura di negoziazione assistita dagli avvocati di cui alla legge 162/2014

Nella stagione delle riforme in materia di protezione dei diritti del minore che ha visto, prima, con la L. 10 dicembre 2012, n. 219 e, poi, con il D.Lgs. 28 dicembre 2013, n.154, la parificazione dello *status* di figlio, eliminando ogni discriminazione sostanziale, procedurale e lessicale tra figli naturali, legittimi e adottivi, non si comprende il vuoto normativo della legge 162/2014 relativamente alla possibilità di procedere alla negoziazione assistita dagli avvocati nel caso di coppie non unite in matrimonio, le c.d. coppie di fatto.

L'art. 6 della legge 162/2014 è, infatti, rubricato – *Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzio-*

⁴ R. Emery (1994), *Il divorzio, rinegoziare le relazioni familiari*, Franco Angeli, Milano.

ni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio – e il primo comma di detto articolo prevede che la convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte può essere conclusa tra *"coniugi"*.

In dottrina si è già esclusa la possibilità di applicazione alle unioni di fatto della categoria più generale della negoziazione assistita di cui all'art. 2 della citata legge, in ragione del limite dettato dal comma 2, dello stesso art. 2, il quale precisa che l'oggetto della controversia non debba riguardare *diritti indisponibili*, e tale indicazione normativa preclude la sua applicazione alle questioni di diritto di famiglia.

Altro punto fortemente discusso dell'intervento normativo, che potrebbe dissuadere la classe forense dall'utilizzare il nuovo istituto, riguarda i rigidi tempi procedurali imposti dalla norma e le conseguenze economiche sul piano sanzionatorio per i trasgressori.

Nel comma 3 dell'art. 6, è infatti previsto che dopo aver formato l'accordo, averlo depositato presso l'ufficio del Procuratore della Repubblica, presso il Tribunale competente, aver ottenuto il nullaosta o l'autorizzazione dell'accordo da parte del Procuratore, l'avvocato della parte è obbligato a trasmettere, entro dieci giorni, all'Ufficiale dello Stato Civile in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia dell'accordo, autenticata dallo stesso.

Nel successivo comma 4, dell'art. 6, è statuito che, all'avvocato che viola l'obbligo di trasmissione di cui al precedente punto, è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 2.000,00 ad euro 10.000,00 e all'irrogazione della sanzione è competente il Comune in cui devono essere eseguite le annotazioni previste dall'art. 69 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

A quanto sopra si aggiunga che il Ministero dell'Interno – Dipartimento per gli Affari interni e territoriali – ha precisato nella Circolare n. 19 del 2014 che, in ragione del fatto che la convenzione di negoziazione tra coniugi debba essere assistita *"da almeno un avvocato per parte"* come previsto dal comma 1 dell'art 6, discenda che l'ufficiale dello stato civile dovrà ricevere *"da ciascuno degli avvocati l'accordo autorizzato"*, ai fini dei conseguenti adempimenti e, trascorso il termine di dieci giorni, dovrà avviare l'iter di irrogazione delle sanzioni a carico del legale che abbia violato l'obbligo di trasmissione entro il predetto termine.

In un'ottica squisitamente pragmatica, si chiede, dunque, ad entrambi gli avvocati che hanno assistito la parte nella convenzione di negoziazione assistita, entro dieci giorni dalla comunicazione dell'autorizzazione o del nullaosta dell'accordo da parte del Procuratore della Repubblica, di fare richiesta di una copia autentica dell'accordo e della pedissequa autorizzazione o nullaosta, di recarsi a ritirare la copia autenticata presso la Procura, di trasmettere immediatamente il tutto, entro appunto il termine dei dieci giorni, all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune in cui il matrimonio fu trascritto o iscritto, pena, in caso di violazione di detto termine, l'irrogazione della sanzione amministrativa di Euro 2.000,00, nella migliore delle ipotesi.

Alla luce delle possibili criticità sopra evidenziate, il Governo potrà trarre conclusioni più chiare in merito ai risultati prefissati con la riforma, tra non meno di 12\24 mesi, quando si potranno apprezzare, in concreto, i risultati numerici del calo di ruolo generale dei Tribunali italiani in merito ai procedimenti di separazione e divorzio e modifiche delle condizioni.

CRISTINA CECI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

L'equa rinuncia

In tema di mediazione accade sovente che il conflitto si debba risolvere attraverso una quantificazione in denaro tra quanto dovuto e quanto richiesto. Certo per i puristi della mediazione è un concetto triste, in quanto significa ridurre il tutto ad una mera transazione in denaro, ma purtroppo è così. Ecco allora che può essere importante per il mediatore individuare quel valore che rappresenti l'equa rinuncia, vale a dire quell'importo che, in termini percentuali, possa costituire lo stesso sacrificio per ambo le parti ed agevolare il raggiungimento dell'accordo. Un esempio ci può aiutare a meglio comprendere il caso:

Topolino chiede il pagamento di € 150,

Pippo riconosce il debito per € 100.

Nella pratica comune il punto di pareggio verrebbe individuato in € 125 [cioè $(150 + 100)/2 = 125$] con una rinuncia di € 25 per ciascuno. Ma in termini percentuali non è così, in quanto Pippo darebbe il 25 % in più $(25/100)$ mentre Topolino rinuncerebbe al 16,66 % $(25/150)$. Quindi sicuramente € 125 non è un punto di pareggio equilibrato, e soprattutto il debitore, al quale è richiesto lo sforzo percentuale maggiore, porrà delle resistenze a giungere ad un accordo per € 125. Ed allora come è possibile determinare quell'importo che rappresenti per le due parti un'equa rinuncia? Mediante l'uso della seguente formula:

$$X = \frac{R - O}{R + O}$$

X= percentuale di "sacrificio"

R= importo richiesto

O= importo offerto

Applicando questa formula al suddetto caso ipotizzato avremo:

$$\frac{150 - 100}{150 + 100} = 0,2$$

Cioè la percentuale di equa rinuncia è pari al 20%. Quindi per il richiedente il risultato sarà $150 - 20\% = 120$. E per l'offerente $100 + 20\% = 120$. Ora, una volta determinato il valore, vediamo l'uso che può farne il mediatore. Nel corso della mediazione, ed in particolare negli incontri riservati, il mediatore acquisisce diverse informazioni tra cui quale sia, per ogni parte, la sua "ultima offerta", cioè quale sia lo sforzo massimo che è disposto a fare. Sforzo spesso condizionato ad un analogo comportamento da parte dell'altro. È quindi possibile per il mediatore acquisire dei va-

lori, numerici o percentuali, sui quali lavorare ed, utilizzando la formula, individuare quanto questi si discostino dal punto di equa rinuncia. In sede di analisi delle posizioni il mediatore potrà quindi trasformare i valori assoluti in percentuale e viceversa e dimostrare che, quello che apparentemente è un sacrificio maggiore per una parte, probabilmente in termini percentuali, non lo è. In base alle sue capacità il mediatore avrà quindi la possibilità di condurre la mediazione esprimendosi in termini percentuali sapendo, solo lui, quale sia la percentuale di equa rinuncia, e, approfittando della circostanza che le parti generalmente sono attente al loro sacrificio in termini assoluti, senza considerare né l'incidenza percentuale, né il valore della rinuncia dell'altra parte, cercare di condurre la mediazione su un terreno leggermente diverso da quello sul quale le parti vorrebbero ragionare.

La validità nell'uso della formula è stata riscontrata anche in quelle mediazioni in cui le basi di partenza sono molto distanti, in quanto il mediatore può far rilevare alle parti che per venirsi incontro ognuno deve rinunciare ad una parte importante delle sue pretese. Si pensi ad esempio ad un'ipotesi di partenza € 100 contro € 500 in cui l'equo sacrificio, pari al 66%, dovrebbe portare ad un accordo "matematico" di € 166 che, a priori, appare di dubbia fattibilità. Tuttavia sempre lavorando in modo alternato, tra termini assoluti e termini percentuali, il mediatore ha la possibilità di costruire intorno alla cifra di € 166 una forbice sulla quale ragionare. Ad esempio, facendo presente alle parti che, considerati i lontani punti di partenza, sia comunque necessario che, se si vuole tentare di trovare un accordo, entrambe le parti rinuncino ad almeno il 50%. Certo l'utilizzo di una formula matematica "sic et simpliciter" non può risolvere una controversia, tuttavia, in determinati casi in cui è stata applicata, è stata utile per consentire al mediatore di uscire da una posizione di stallo e far riprendere alle parti un percorso collaborativo.

In conclusione, ritengo che nel bagaglio tecnico di un bravo mediatore, oltre a tutti gli strumenti di comunicazione, la formula "dell'equa rinuncia" possa trovare un suo spazio per cercare di far "ragionare" i contendenti.

PAOLO PELINO

© RIPRODUZIONE RISERVATA

I comportamenti costruttivi consigliati da la “CONSENSUOLOGIA”

(parte seconda)

1. I comportamenti pro sociali e la convivenza pacifica, proficua e felice

In questa seconda parte riprenderemo il discorso sulla opportunità di:

1) avere un approccio scientifico ed interdisciplinare nei confronti della creazione del consenso efficiente ed efficace (EeE),

2) mantenere distinta, ma collegata, l'indagine tra validità formale del consenso (v. assenza di vizi del consenso) e il suo funzionamento efficiente ed efficace (ossia capace di migliorare la relazione e di risolvere il problema).

Nella prossima terza ed ultima parte parleremo delle sei fasi in cui si divide il processo della creazione del consenso EeE riferito sia al momento decisionale che alla seduta negoziale e alla riunione conciliativa.

Ci sembra opportuno citare un famoso pensiero di Albert Einstein: *“I problemi non possono essere risolti con lo stesso modo di pesare usato per generarli”*.

Come già affermato nel precedente articolo bisogna distinguere i due livelli di pensiero, un contratto può essere valido ma non proficuo per parti e per collettività oppure proficuo ma illegale: negoziazione dei contratti e diritto dei contratti sono due facce della stessa medaglia a patto che rimangano distinte (v. differenza tra allenatore e arbitro della prima parte dell'articolo).

Ora, venendo ad un approccio più pratico, cercheremo di fare qualche riflessione su come il concetto di consenso EeE possa aiutare ad indicare quali siano i *comportamenti* più idonei per facilitare un tipo di convivenza il più possibile pacifico, proficuo e felice per tutti, in altri termini migliorare la qualità della vita.

Il tutto in un'ottica innovativa e strettamente scientifica verificata attraverso evidenze empiriche e sperimentali incontestabili.

Purtroppo, abituati da secoli di dominazione straniera ad essere dei “furbi” contro

l'invasore, stenta a radicarsi il convincimento che ora lo Stato siamo noi stessi con l'onere consequenziale per noi di prenderci il potere e la responsabilità di decidere “strategicamente” sui fatti nostri e di dar seguito conformemente alle decisioni prese.

Ora, divenuti liberi ed indipendenti, se non facciamo così, imbrogliamo noi stessi!

Così, purtroppo, ancora stenta a diffondersi tra di noi la “cultura” della collaborazione e del senso civico insito nel *comportamento prosociale* che ci è diventato indispensabile. Esso, infatti, supera i tradizionali concetti di altruismo (tesi) e di egoismo (antitesi) per assurgere ad un coordinamento strategico dei rispettivi interessi latenti e delle risorse esistenti (sintesi).

Infatti solo agendo contemporaneamente e strategicamente a vantaggio degli altri “e” di noi stessi, si può arrivare a creare maggiore ricchezza individuale per tutti. Il comportamento prosociale prevede una forma di impegno e di iniziativa diretta che va ben al di là della regola “primo non nuocere”: tutti siamo chiamati a pensare ed agire per migliorare la situazione collettiva se vogliamo migliorare la nostra.

In altri termini, nelle nostre discussioni dovremmo tutti dare maggiore attenzione alle fonti (lecite) di arricchimento e non a quelle di impoverimento. L'effetto delle armi è sempre distruttivo dall'una e dall'altra parte.

La attuale generale corruzione dilagante, anche al di là dei suoi riflessi prettamente giuridici, è il contrario di ciò che intendo illustrare, essendo fondamentalmente un comportamento antisociale e antieconomico (v. qualità della vita intesa in senso bipolare: miglioramento delle relazioni personali e soluzione dei problemi materiali).

Purtroppo conferme significative del nostro comportamento esclusivamente distributivo (ciò che guadagno io è ciò che perdi tu) non mancano.

Ricordiamo anche come l'economia abbia già dimostrato (dai tempi di Henry Ford quando strutturò la catena di montaggio) con diverse prove ad evidenza empirica e sperimentale che il miglioramento della convivenza (per non dire la sopravvivenza) sia frutto soprattutto della interdipendenza funzionale e coordinata tra i vari individui appartenenti ad una data collettività.

*Avvocato, mediatore e formatore. Ha effettuato uno stage a Londra ed uno per avvocati stranieri presso la Harvard Law School sulla progettazione di sistemi di risoluzione dei conflitti misti attraverso procedure consensuali e contenziose. Fondatore nel 1993 del *Centro Europeo per lo Studio della Negoziazione Applicata e della Conciliazione Mediata* (CESNACOM). Docente presso la Pontificia Università Gregoriana, l'Università Roma Tre e in numerosi master.

Ciò vale anche nei confronti della natura e dell'ambiente le cui risorse ora sappiamo essere non illimitate soprattutto per quanto riguarda i suoi beni più preziosi: per questo non dobbiamo farne uno spreco irragionevole (v. acqua, petrolio, alberi, ecc) o provocare danni irreversibili (aria, ghiacci non più eterni per l'innalzamento della temperatura...).

Ne consegue che l'agire umano dovrebbe concentrarsi sul massimo utilizzo delle risorse compatibili e dei comportamenti sinergici nel gestire i bisogni confluenti.

"Allargando la torta" delle risorse disponibili messe sul tavolo, facilmente il risultato sarà che ciascuna fetta di tale torta sarà maggiore per ciascun soggetto. Solo in questo modo sarà possibile ottenere un arricchimento individuale (nelle sue varie accezioni materiali ed morali) rispetto a quanto ottenibile "vincendo" in un conflitto (d'interessi) attraverso la lotta o il litigio (tenuto conto dei relativi costi materiale e morali) connessi al tradizionale approccio distributivo e competitivo.

Nei Paesi in cui si studia negoziazione dei contratti, il risultato è stato il raddoppio delle probabilità di raggiungere l'accordo ed il miglioramento del tasso di soddisfazione (pari ai 2/3) rispetto ai risultati ottenuti nei Paesi in cui non si studia negoziazione.

Il comportamento altruistico coordinato, paradossalmente, ottiene risultati egoistici di maggiore soddisfazione dell'egoismo indiscriminato per la ovvia eliminazione degli sprechi di risorse e di energie tipicamente connessi alla lotta.

2. Quattro esempi concreti di comportamenti interrelazionali

Ecco quattro esempi di comportamenti che necessitano più di coordinamento funzionale *ex ante* che non di valutazioni formali *ex post*.

Primo. Si pensi ad un incrocio stradale: se ciascuno cerca di "forzare" la propria "posizione" si crea un ingorgo e alla fine tutti si bloccano. Se ciascuno si coordina con gli altri cedendo alternativamente il passo alle rotonde, il traffico defluisce rapidamente. Se il traffico viene regolato da un semaforo, "imponendo" alternativamente il rosso ed il verde, va controllato se la durata delle luci non crei essa stessa ingorghi o multe irragionevoli (come di recente abbiamo avuto modo di verificare).

Secondo. Si ricordi il servizio ospedaliero (v. precedente articolo): il portone dell'ospedale non è aperto a tutti ma secondo un ordine di precedenza basato sui quattro codici colore del pronto soccorso. Se non ci fosse questo "coordinamento" non si darebbe la priorità a chi ha più bisogno.

Terzo. Una sperimentazione ha dimostrato come la cultura competitiva ci venga inculcata sin da piccoli. Alcuni bambini delle elementari furono invitati ad una gara di "braccio di ferro" con la regola che avrebbe vinto "la coppia" che avesse "toccato" più volte il tavolo. Secondo tale regola la vittoria poteva essere assegnata solo alla "coppia" che avesse "cooperato" nel muovere le mani avanti ed indietro come forsennati. Invece i bambini cercarono di vincere singolarmente e sprecarono molte energie nel contrastarsi.

Un quarto esempio, che ha a che fare con la "teoria dei giochi", è dato dalla interruzione della comunicazione tra due telefonisti. Due avari, per non pagare, non si richiamano nella speranza che richiami l'altro; due chiacchieroni, invece, cercheranno contemporaneamente di richiamarsi per riprendere il *gossip* con il risultato che, per motivi opposti, in entrambi i casi non si potrà riprendere la conversazione.

In queste quattro situazioni è difficile definire il comportamento giusto e ormai ampia letteratura socioeconomica preferisce parlare di *comportamento adatto* o, meglio, di *comportamento strategico*.

3. Il ruolo prosociale che ci aspettiamo nei comportamenti di politici quali fabbricanti delle leggi

Il coordinamento complessivo deve essere facilitato, soprattutto da parte dello Stato, eliminando la burocrazia, la lentezza e i costi dei servizi e delle opere pubbliche e riesumando la meritocrazia nella scelta di funzionari pubblici e nel premiare i risultati conseguiti. L'abilità che maggiormente i cittadini si aspettano dai politici da loro eletti è la strategia decisionale e la continua creatività applicata alla strategia.

Qualunque servizio pubblico dovrebbe essere gestito secondo i sei pilastri del consenso, non solo nell'interesse degli utenti, ma anche nello stesso interesse (elettorale) dei politici e (carrieristico) dei funzionari.

Ecco dunque, un classico esempio di come si fa ad "allargare la torta" senza che nessuno ci rimetta.

Tutti noi abbiamo nel cassetto delle idee nuove per favorire il cambiamento e con esso il miglioramento: ora è il momento di organizzarle, di dimostrarne le oggettive utilità diffuse e di applicarle. Purtroppo in Italia il nuovo fa paura perché... è nuovo.

Chi di noi non ha mai avuto un'idea creativa in grado di risolvere un problema ma, per non fare brutta figura, l'ha taciuta? In molti casi la stessa idea, esposta da chi non si è preoccupato delle reazioni negative, ha ottenuto un'entusiastica approvazione.

Una iniezione di coraggio e di novità può essere utile in qualsiasi ambiente... pensiamo a quelli per noi più usuali quali la famiglia, il condominio, il quartiere, la scuola, il lavoro...

Queste considerazioni possono sembrare scontate o utopistiche: siamo arrivati ad un livello così deteriore di convivenza (sin dalla più tenera età, si pensi al bullismo nelle scuole elementari!) che un cambiamento nel modo di pensare e di agire si rende necessario. Altrimenti, in caso di persistente conservatorismo o conformismo in un mondo che cambia come non mai, la pena per tutti noi potrebbe essere quella antica dell'ostracismo.

Nelle continue diatribe in campo comunitario, la soluzione non è, come qualcuno afferma, uscire dall'Europa o dall'euro, ma adeguarsi alle regole di convivenza (mondiale) per assicurarsi la sopravvivenza.

Intanto i Paesi del BRIC (Brasile, Russia, India e Cina) già si stanno accaparrando importanti territori di caccia qui in Italia. Tutto questo in attesa delle grandi vendite all'asta delle nostre coste secondo la direttiva Bolkestein per la quale tutti gli stabilimenti balneari e relativi manufatti (ossia uno dei tesori più preziosi del nostro territorio) potrebbero cadere in mani straniere.

Quale è stata la reazione della politica italiana? Anziché organizzare gruppi/cooperative di acquisto, il governo ha deciso di prorogare le "concessioni governative" per ottanta anni con il risultato di ricevere una reprimenda dalla UE che ci ha ricordato la supremazia del sistema legislativo europeo a quello nazionale. Ennesimo esempio della nostra atavica furbizia...

L'auspicato risultato della convivenza pacifica, proficua e felice, potrà essere raggiunto solo attraverso un profondo riesame dei modelli *comportamentali* tradizionali da parte di politici e funzionari da un lato e cittadini dall'altro.

Un esempio di *cambiamento comportamentale* può essere dato dal funzionamento del nostro Parlamento comparandolo con quello del Consiglio Europeo che adotta un sistema decisionale chiamato, guarda caso, metodo del *consensus*. Quando viene presentata una proposta di legge, essa viene dalla assemblea commentata nei suoi *pro* e nei suoi *contra* per decidere la sua motivata approvazione o il suo motivato rigetto. Il punto di forza, e nel contempo di debolezza, è "saper motivare" da parte di tutti parlamentari le proprie posizioni.

Spiegare per persuadere non appartiene al nostro comportamento usuale poiché i nostri politici preferiscono gridare più forte grida populistiche. Per arrivare al metodo del

consensus dialogico e sereno c'è bisogno di competenza e di consapevolezza nel trovare nel merito la soluzione condivisa al problema che si vuol risolvere per via legislativa.

In Italia studiamo teorie che non servono nella pratica.

Innanzitutto non va dimenticato che il Legislatore, questo essere quasi divino (si pensi alla parola *sanzione* che ha la stessa radice di *sanctus*, si pensi all'uso della iniziale maiuscola...) tanto osannato all'università, in realtà non esiste.

Le leggi nascono in Parlamento attraverso l'uso della forza della maggioranza la quale impone la propria opinione alla minoranza che rimane frustrata e delusa. Tutto questo indipendentemente da qualsiasi verifica di ragionevolezza e di praticabilità del "prodotto/servizio" politico chiamata Legge partorito con il sistema "una testa, un voto".

Le coalizioni e la fedeltà al partito diventano delle mistificazioni che appartengono al "disimpegno morale selettivo" di cui parleremo qualche rigo più sotto.

Senza questo controllo di ragionevolezza, quante leggi si sono poi rivelate degli errori tecnici oppure fonti esse stesse di conflitti sociali? Che dire degli "esodati" e della sorte toccata negli ultimi tempi ad un principio giuridico fondamentale, i diritti acquisiti?

Il metodo scientifico e i sei pilastri del consenso (v. prima parte di questo) dovrebbero essere utilizzati per "verificare e misurare" ("*provando et riprovando*" diceva Galileo Galilei) la fattibilità economica e sociale dei disegni di legge.

Rimarrebbe il problema culturale del senso civico: in Italia va introdotto seriamente e sin dalla scuola elementare il modello di *comportamento collaborativo* illustrato dalle sei scienze del consenso e dalla *consensuologia*. Quest'ultima vede le relazioni interpersonali basate sull'accordo EeE quale decisione congiunta e interrelata di forze confluenti e non come lo scontro di due volontà disgiunte e unilaterali di forze contrapposte (v. votazioni in Parlamento, negozio giuridico e dogma della volontà di cui *infra*).

È significativo, per rendere evidente la visione di approccio contenzioso che abbiamo in Italia del concetto di consenso, il fatto che usiamo lo stesso termine "controparti" per designare gli attori sia del processo che del contratto, come se al tavolo negoziale si potessero adottare gli stessi comportamenti che si tengono in un'aula di tribunale: una cosa è cercare il colpevole, una cosa molto diversa è cercare la soluzione.

Una cosa è verificare la validità del contratto, un'altra è farlo diventare un affare

per tutti, parti e collettività. Non a caso nel mondo gli avvocati contrattualisti vengono chiamati avvocati d'affari in quanto dispongono di una preparazione ben diversa, di taglio più economico e sociale, rispetto a quella degli avvocati processualisti.

4. La ricerca dell'accordo vantaggioso prescinde dalla richiesta del risarcimento del danno e dalla indagine su chi abbia ragione e chi torto

Come già detto, la ricerca del consenso EeE può avvenire in due contesti: per creare un rapporto futuro (contratto) o per porre fine ad un rapporto ormai deterioratosi (conciliazione).

In quest'ultimo caso, a conferma della differenza esistente tra cultura contenziosa e cultura consensuale, la ricerca dell'accordo vantaggioso prescinde dalla colpa e dalla richiesta di risarcimento del danno.

Più esattamente da qualsiasi richiesta nonostante quanto indicato nel decreto 28 quando indica i contenuti del documento introduttivo: una qualsiasi richiesta infatti avrebbe l'effetto di bloccare la funzione creativa del conciliatore.

La conciliazione non è una specie di patteggiamento lungo una unica linea di discussione: la durata della detenzione nel penale e la quantità di danaro nel civile.

Il consenso EeE infatti non dovrebbe avere alcun collegamento con quello di transazione del primo comma dell'art. 1965 C.C. poiché non si tratta una qualche forma di una riduzione del risarcimento dovuto. Se mai possiamo vedere un maggiore accostamento con il secondo comma dello stesso articolo poiché l'aspetto creativo delle parti e dei loro legali dovrebbe produrre un accordo più "arricchente" della migliore sentenza favorevole.

La capacità arricchente del consenso EeE deve, per tutto quanto sopra detto, arrivare "per definizione" a superare il massimo ottenibile dalla migliore sentenza favorevole.

Come è stato autorevolmente detto, la pace va ricercata con mezzi pacifici (e cooperativi) mentre la vittoria ai danni della "controparte" con mezzi litigiosi (e distruttivi). Non possiamo ancora oggi pensare, dopo 2000 anni, come facevano gli antichi romani quando parlavano di "*pax romana*" (imposta con il gladio) o esortavano ad affilare le armi poiché "*si vis pacem para bellum*".

Infatti con la forza si ottiene ben poco: al pari di qualsiasi imposizione, anche nel caso del raggiungimento di "accordi imposti" dalla parte economicamente più forte, il risultato sarà invariabilmente la loro in-

stabilità e inaffidabilità (v. consenso inefficiente e inefficace) poiché la parte che si dovesse accorgere, prima o poi, di essere stata "forzata", reagirà sempre in due modi ormai ben noti: o tenderà a non eseguire la imposizione subita oppure eseguirà, in quanto obbligata, ma cercherà di vendicarsi in altro modo... imprevedibile e punitivo ... per "rimettere le cose a posto".

Quest'ultima modalità è la razionalizzazione della vendetta, uno dei tanti aspetti del disimpegno morale selettivo di cui al prossimo paragrafo.

5. Otto comportamenti tipici del disimpegno morale selettivo

Quest'ultimo comportamento meriterebbe un articolo a parte poiché è una materia ancora non molto esplorata al pari della violenza strutturale con la quale ha diversi punti di contatto. In estrema sintesi si tratta di una forma di scorretta manipolazione dell'interlocutore quando questi si rivelasse vulnerabile e di sfruttamento abusivo di relazioni personali distorte.

Esempio classico di ciò sono molte dichiarazioni pubbliche che non resistono alla prova del contrario e che impongono una certa realtà "indiscutibile" tanto da non essere necessaria alcuna motivazione.

Il libro "Psicologia delle folle" fu letto e riletto ogni giorno da Hitler e da Mussolini proprio per imporre verità assolute.

Queste affermazioni perentorie e non illustrate perché "evidenti" di per sé disattivano momentaneamente e selettivamente parte del sistema di autoregolazione morale esistente in ogni persona più o meno velatamente.

Purtroppo l'aspetto più rilevante di tale manipolazione è che è difficile scoprirla, e così si spiega la obbedienza ad ordini di massacrati cui nessuno - singolarmente - avrebbe mai obbedito.

Ecco otto esempi classici del comportamento basato sul disimpegno morale selettivo.

- Giustificazione morale: è bene reagire con la forza contro chi intacca il tuo onore.
- Etichettamento eufemistico: la violenza viene denominata in modo da non farla apparire tale (pulizia etnica anziché sterminio).
- Confronto vantaggioso: in fondo si tratta di piccola cosa rispetto a ben altri comportamenti pure molto diffusi.
- Dislocamento delle responsabilità: mettere sotto accusa i superiori, i genitori...
- Diffusione delle responsabilità: così fanno tutti e sarei uno stupido a...
- Distorsione delle conseguenze: fare sesso

con bambini in quel contesto non provoca danni...

- Deumanizzazione della vittima: considerarla come essere inferiore.
- Colpevolizzazione della vittima: è lei che lo ha provocato, se lo è cercata...

È difficile ipotizzare quale delle due reazioni sopra indicate, inadempimento e vendetta, sia la peggiore: questi sono i risultati illustrati dal c.d. *comportamentismo* che tutti noi dovremmo conoscere per prevedere il tasso di propensione all'adempimento altrui ma anche nostro: l'assunto di partenza sta nella indagine su quanto ciascuna parte abbia reso attraente l'adempimento all'altra.

Un ragionamento a parte va fatto su noi italiani poiché il nostro comportamento tipico purtroppo non è "prosociale". Spesso, anzi, esageriamo nel tenere un comportamento antisociale escludendo dal contesto associativo coloro che i giudici intendono "punire". La pena ossia l'allontanamento e la reclusione è il massimo esempio contrario al primo pilastro della consensuologia: la relazione.

6. La pena modifica veramente i comportamenti?

Il pensiero giuridico tradizionale giustifica la irrogazione della pena sulla base di tre principali teorie:

- *Teoria della retribuzione*: essa è il corrispettivo del male commesso verso la società quasi come corrispettivo di esso.
- *Teoria dell'emenda*: essa è protesa verso la redenzione morale e il ravvedimento spirituale del reo.
- *Teoria della prevenzione*: la minaccia e la visibile concreta applicazione di sanzioni afflittive hanno un potere dissuasivo verso chi fosse tentato di commettere un reato.

Le tre teorie convivono in dottrina: la funzione della pena è infatti considerata *triplice* dalla dottrina maggioritaria.

L'approccio della consensuologia basato sul metodo scientifico richiede una verifica sperimentale sulla veridicità di tali tre teorie (in genere il fenomeno in esame è unico poiché già nell'organizzare l'esperimento in laboratorio sono stati eliminati i principi ritenuti meno realistici).

1. Quanto è vantaggioso o svantaggioso dal punto di vista economico e sociale rispondere alla sofferenza provocata attraverso l'atto criminale con provocare una simile sofferenza al suo autore?
2. Come si verificano e si misurano la redenzione ed il ravvedimento? Quali parametri contemplare: quelli oggettivi della media

della popolazione oppure quelli soggettivi e proporzionali del soggetto in esame?

3. Come si verifica e si misura il potere dissuasivo preventivo? Quanti sono state le persone che si sentivano in animo di compiere un determinato reato e non lo hanno commesso sapendo delle conseguenze? Qual'è la percentuale di coloro che si sono ravveduti?

Come già detto, il focus andrebbe spostato sulla ingiustizia sociale e sulla cultura della violenza quali più logiche premesse dei comportamenti devianti (o, meglio, devianti): "rubare una mela al mercato è la stessa cosa a seconda che il ladro sia sazio o affamato?". Solo applicando la scala dei bisogni di Maslow si dimostra facilmente che soddisfare la fame per assicurarsi la sopravvivenza è un bisogno molto più forte di quello del rispetto delle leggi.

E se considerassimo il delinquente una persona socialmente (ed economicamente) disadattata da dover "sostenere" ed aiutare nel suo reinserimento sociale per essere utile alla collettività? Se prima di arrivare alla sua estromissione, previo accordo, si fissasse un programma di riadattamento e di reinserimento?

Il metodo scientifico dimostra facilmente che i risultati per il reinserimento sociale sarebbero superiori e i costi inferiori rispetto a quelli ottenuti con l'attuale sistema della estromissione attraverso la reclusione.

Un primo passo significativo in tal senso è stato già fatto con il lavoro in carcere che ha notevolmente abbassato il tasso di recidiva.

Del resto tutto questo concetto non rassomiglia a quanto già avviene nella scuola con le maestre di sostegno?

Colpire il degrado sociale è compito dello Stato e non si cambia la situazione aggiungendo degrado a degrado. Il povero assoluto potrebbe vedere la prigione come una pensione gratuita.

Si pensi all'esempio dello "schiavo felice" fatto da Amarthia Sen (premio Nobel per l'economia parlando di felicità a Roma l'anno scorso al Parco della Musica).

C'è perfino chi sostiene, come appena accennato, che la *scienza del comportamento*, al pari delle neuroscienze applicate al diritto, metta in dubbio gran parte del concetto di libero arbitrio poiché viviamo in un mondo di scelte automatiche, quasi obbligate dal contesto in cui si vive.

Tutte queste conclusioni scientifiche hanno notevoli ripercussioni pratiche: la natura giuridica o antiggiuridica di un comportamento non può prescindere dalle cause che lo hanno determinato, compreso l'ambiente in

cui è vissuta la persona che ha tenuto tale comportamento.

Un esempio classico è dato dalla terribile domanda "Chi ha cominciato per primo ad usare violenza?" Non a caso un noto matematico e sociologo norvegese (Johan Galtung) ha affermato che esistono tre tipi di *comportamenti violenti* che egli "misura" con il metodo scientifico in modo inverso al senso comune:

- la violenza "esplicita" (es. schiaffo) è quella meno allarmante poiché l'effetto dannoso è limitato al compimento dell'atto ed il suo autore è individuabile;
- la violenza "strutturale" (es. burocrazia) è più dannosa poiché il suo effetto è più ampio, più duraturo, meno visibile ed i suoi autori meno individuabili;
- la violenza "culturale" (distorsione dei valori, le ideologie estreme) è massimamente dannosa poiché l'effetto è addirittura giustificato e i suoi autori spesso idealizzati. La storia è piena di queste distorsioni cognitive che a distanza di tempo appaiono talmente irrealistiche da apparire incomprensibile il loro diffondersi.

Chi provoca più allarme sociale e danni economici tra il violento esplicito, strutturale o culturale?

Tutto ciò che è imposizione è in un certo qual modo violenza culturale e gli studi più recenti sui bambini affermano che noi adulti abbiamo molto da apprendere da loro anche nel campo della consensualogia (v. la loro assertività innata che viene "distorta" dalla successiva c.d. "buona educazione" che trasforma i bambini in anassertivi e condizionati).

Ci rendiamo conto che con queste pagine stiamo proponendo una rivoluzione culturale: del resto ci sia riconosciuta almeno l'onestà intellettuale e scientifica. Di ogni idea nuova cerco di dare sempre la spiegazione, la motivazione, la verifica e la misurazione in termini sperimentali.

D'altro canto vi è una super verifica generale ed immediata:

- Viviamo in pace reciproca o no? (relazioni - tesi)
- Siamo soddisfatti dei nostri guadagni o no? (problemi - antitesi)
- Ci sentiamo felici e realizzati o no? (consenso - sintesi quale somma delle due percezioni precedenti se positive).

Oggi la scuola dovrebbe in primo luogo insegnare sin dalle elementari tale modello comportamentale basato sul consenso per imparare ad avere relazioni costruttive con tutti.

Da esso dipenderà il loro futuro ed il loro inserimento in un mondo lavorativo dominato dalla globalizzazione e da internet. Viceversa se i bambini non verranno educati alla convivenza pacifica, proficua e felice attraverso il consenso è probabile che diverranno vittime della globalizzazione e di internet: lo spettro della violenza che attualmente già dilaga alle elementari è dato, come ho detto, dal diffondersi del bullismo e dalla emulazione del bullismo via internet.

Tale impegno servirà inoltre a migliorare la qualità della vita della nostra Nazione, come previsto dai Principi Fondamentali della nostra Costituzione che per ben tre volte evidenzia che è compito dello Stato promuovere congiuntamente lo sviluppo politico, economico e sociale.

Questo ragionamento va al di là del rispetto delle norme vigenti poiché ha un suo fondamento morale, economico e sociale. Oggi il pericolo del c.d. "effetto farfalla" è sempre dietro l'angolo: piccole cause possono produrre grandi effetti indipendentemente dalla ampiezza e dalla distanza delle cause scatenanti.

Non si dimentichi che l'attuale crisi economica è nata con la crisi dei mutui surprime!

7. I sei comportamenti di base previsti dalla consensualogia

Dunque i comportamenti sono soprattutto delle reazioni a determinati stimoli esterni. Proprio perché l'essere umano è per definizione un animale sociale (solo i misantropi e gli eremiti non sentono il bisogno della convivenza mentre i filosofi pensano da soli per il gusto di pensare).

In genere il pensare e di conseguenza l'agire sono in realtà reazioni per soddisfare problemi e bisogni imprevisti cui si vuole dare una rapida soluzione. Schematicamente ed istintivamente i sei pilastri della costruzione del consenso possono essere una guida ai comportamenti costruttivi e prosociali. In particolare, i sei criteri qui riportati sono esposti in ordine crescente di aggressività e di voglia di imposizione.

La storiella è nota: immaginiamo di trovarci seduti per una riunione di lavoro intorno ad un tavolo con altri undici negozianti sconosciuti. Una persona entra nella stanza e afferma: "mi impegno a dare mille euro ai primi due che convinceranno (v. Le sei tecniche della persuasione) la persona seduta di fronte ad alzarsi, girare intorno al tavolo e stare in piedi dietro la propria sedia.

In questo gioco di ruolo si rinvengono entrambe le caratteristiche della negoziazione *on line*:

- la necessità di prendere una decisione congiunta ed interrelata rapidamente poiché di fatto è una *gara* a tempo di cui le "coppie di concorrenti" sono esplicitamente consapevoli,
- i potenziali problemi di differenze culturali essendo tutti reciprocamente sconosciuti.

Per le sei coppie, poiché è vitale saper si muovere strategicamente per arrivare al consenso, è una forma di concorrenza al massacro: solo i primi due raggiungono l'accordo su come spartirsi la somma (in quanto vantaggioso per entrambi) hanno il premio e tutti gli altri perdono.

Passiamo ora ad esaminare preliminarmente la negoziazione basata su comportamenti aggressivi o remissivi e successivamente illustreremo come i sei pilastri della costruzione del consenso possano facilitare le trattative in condizioni esasperate.

Gli *aggressivi* (o competitivi) o gli *arrendevoli* (o remissivi) sono tipi estremisti agli antipodi, per definizione cattivi negoziatori.

I primi vogliono imporre la propria "posizione" della serie "prendere o lasciare": essi possono spuntarla e quindi "vincere" oppure possono rompere la trattativa o bloccarla in una situazione di stallo. Comunque creano una situazione ad alto tasso di rischio, generano tensione, favoriscono l'inadempimento o la vendetta congiunta all'adempimento.

Consequentemente gli aggressivi offrono 100 euro (10%) poiché è meglio di niente e l'altro deve accettare. L'interlocutore aggressivo pensa che "dividere la torta" in ragione di 1 a 9 è da usurai e per questo rifiuta. Il guadagno congiunto sfuma.

I secondi, gli arrendevoli, sono coloro che accettano qualsiasi condizione indicata dall'interlocutore pur di non rompere il rapporto. Il famoso personaggio Ugo Fantozzi nell'ambito dei film comici appartiene a questa categoria.

In genere la arrendevolezza favorisce l'aggressività oltre misura.

L'interlocutore arrendevole accetta *ob torto collo* la proposta del 10% oppure, temendo che si tratti di uno scherzo e/o preferendo non competere, non fa nulla.

Esclusi questi due comportamenti incoerenti con lo spirito della creazione del consenso efficiente ed efficace basato sul vantaggio reciproco, ecco sei tipologie di comportamento ispirate ai sei pilastri del consenso seguiti dalla illustrazione del comportamento da tenere intorno al tavolo nella simulazione.

1. I *salomonici* aspirano a mantenere relazioni costruttive, tengono soprattutto a non rovinare i rapporti, ricorrono ad ac-

cordi paritari, a dividere a metà la torta. Propongono al dirimpettaio di dividere a metà la somma.

È stato applicato il primo pilastro del consenso: la *relazione*.

2. I *curiosi* aspirano ad instaurare una buona comunicazione, pongono domande su cosa interessi di più l'interlocutore. Vogliono esplorare la personalità dell'interlocutore per adeguare le rispettive posizioni.

È stato applicato il secondo pilastro del consenso: la *comunicazione*.

3. I *cooperativi creativi* aspirano alla massimizzazione del risultato. Cercano una soluzione condivisa che soddisfi entrambi gli interlocutori al di là della suddivisione della somma di danaro per esplorare altri accordi, compreso il baratto.

È stato applicato il terzo pilastro del consenso: la *creatività*.

4. Gli *accomodanti* aspirano a risolvere il problema e soddisfare i bisogni propri e altrui. Propongono la transazione: un piccolo sacrificio per uno e il compromesso è fatto.

È stato applicato il quarto pilastro del consenso: i *bisogni*.

5. I *rigorosi* aspirano a non avere strascichi e liti, usano criteri inattaccabili. Applicano il principio "uno taglia, l'altro sceglie".

È stato applicato il quinto pilastro del consenso: i *valori*.

6. I *formalisti* aspirano ad essere formalmente a posto nel soddisfare le aspettative di entrambi. Pensano a tutte le implicazioni possibili e preferiscono un accordo scritto molto dettagliato.

È stato applicato il sesto pilastro del consenso: la *redazione degli impegni*.

8. Il comportamento umano si fonda sui motivi retrostanti: separiamo le cause dagli effetti

I sei pilastri del consenso ci aiutano anche a mettere ordine mentale nel nostro modo di ragionare spesso inconsapevolmente distorto dalle nostre abitudini e dalle euristiche del pensiero, ossia dalle scorciatoie mentali che preferiamo allo spirito critico e all'indagine speculativa perché meno impegnative.

Il comportamento umano, logico o irrazionale, emotivo o viscerale che sia, è sempre una reazione o agli stimoli ambientali (esterni) o alle risposte culturali (interne).

In altri termini i nostri comportamenti sono molto spesso fortemente condizionati da elementi estranei a noi che influiscono inconsciamente sulla nostra volontà.

Qui di seguito riportiamo un sintetico elenco delle euristiche più diffuse che ci por-

tano a troppo facili conclusioni: su di esse la consensualologia ci invita a riflettere utilizzando il metodo scientifico secondo il quale, anche in campo comportamentale, è bene non creare degli automatismi concettuali.

1. Separiamo la colpa dalla soluzione.
Euristica della superiorità della propria posizione e della responsabilità altrui. Cercare di vincere ricorrendo a tutti gli espedienti per incolpare l'altro è di ostacolo alla ricerca congiunta di una soluzione vantaggiosa per tutti.
2. Separiamo la comprensione dalla condivisione.
Euristica della supponenza. Comprendere non significa condividere ma non si può condividere senza aver compreso. Cercare di imporre il proprio pensiero come se fosse un "piatto pronto" è di ostacolo alla creazione congiunta del consenso EeE.
3. Separiamo la creazione dalla decisione.
Euristica della imposizione. Normalmente pensiamo subito ad una sola idea da imporre, la prima che ci viene in mente. Per arrivare al consenso EeE è bene presentare molte idee e quindi trascriverle insieme in ordine di gradimento congiunto.
4. Separiamo i pretesti dai bisogni.
Euristica della invincibilità. Inventare scuse o sfruttare "cavilli" crea ingiustizia sociale e desiderio di vendetta. Non basta un consenso qualsiasi ma serve il consenso EeE poiché quello troppo inconsapevole è per definizione instabile e poco attendibile.
5. Separiamo il loro modo di fare dal nostro.
Euristica del disimpegno. Già abbiamo parlato del disimpegno morale selettivo quale manipolazione. L'accordo senza scrupoli porta allo scontro in sede di esecuzione.
6. Separiamo gli scopi dai mezzi.
Euristica del disprezzo. Il consenso ottenuto dalle parti attraverso strumenti collusivi che massimizzano i risultati per loro stessi ma in danno della collettività.

9. Il superamento della teoria del negozio giuridico basata sull'incontro di due atti unilaterali e sul dogma della volontà

Taluni istituti giuridici radicati si giustificano solo con l'abitudine e la tradizione, se li si confronta con l'attuale evoluzione, rapidità, globalizzazione e numerosità dei contatti preliminari e degli scambi commerciali.

Noi italiani siamo alquanto restii ai cambiamenti culturali ed operativi: molti atteggiamenti sociali tenuti dai cittadini nei confronti dello Stato sono di sostanziale estraneità allo stesso: è come se ancora avessimo lo Straniero invasore in Italia

So di appartenere ad una categoria che per definizione ha tutti contro: quella degli innovatori. Noi abbiamo contro i conservatori per definizione, gli altri innovatori perché vedono un nuovo concorrente e soprattutto gli oziosi perché devono prendere posizione e fare qualcosa per aderire o per contrastare.

Un esempio di questi istituti tradizionali è il negozio giuridico dove la manifestazione di volontà dell'accettante deve conformarsi sotto ogni profilo a quella dell'offerente.

In tema di creazione di un contratto oggi sono entrati in crisi sia l'idea dell'incontro di due atti unilaterali sia che tali manifestazioni di volontà siano realmente libere.

Per il primo punto è evidente che la gente sia sempre meno disponibile ad accettare imposizioni più o meno velate riscontrabili nel meccanismo offerta-accettazione. Questo porta a pensare alla idea di non accettare per confrontare la proposta con gli altri concorrenti. In America questo dialogo tra sordi è detto *battle of forms* in cui ciascuna parte cerca di imporre il proprio formulario, il proprio modello di contratto prestampato. Viceversa il metodo negoziale si fonda sul continuo adattamento alle esigenze dell'interlocutore.

Per il secondo punto: si può realmente credere che le parti sappiano sempre distinguere tra ciò che vogliono e ciò di cui hanno bisogno?

La differenza non è da poco. Questa è la vera grande differenza tra negoziazione e mediazione: solo il terzo imparziale ha la materiale possibilità di giocare con le carte scoperte delle parti che invece se le nascondono reciprocamente. Mettere insieme ad incastro le esigenze di entrambe le parti è un gioco che può riuscire solo al terzo imparziale.

Per questo la procedura MED-ARB (in cui lo stesso terzo prima fa il mediatore e poi l'arbitro) è fisicamente impraticabile per due ragioni:

- essa fa fallire la fase MED poiché le parti, sapendo che il terzo potrebbe diventare un giudicante, non si aprono sui fatti a se stesse pregiudizievoli che sono di particolare interesse per il terzo: è su tali informazioni che costruisce abitualmente le mutue compatibilità e l'accordo arricchente.
- Come si fa a negoziare tra muti e sordi?
- Il MED-ARB fa fallire anche la fase ARB poiché il terzo nella fase MED dà dei consigli, fa delle proposte, insomma fa conoscere il proprio pensiero prima di emettere il lodo che è quanto di più vietato per un arbitro.

9. Il consenso dal punto di vista del consenso e la visione costituzionale

Per tutto quanto sopra, il consenso, per così dire, esce dalla sfera privata esclusiva delle parti per assurgere a strumento di sviluppo sociale: il contratto di scambio o di associazione deve svolgere, anche la sua funzione economico sociale, come sta scritto nei manuali di diritto privato a proposito della causa del contratto.

Per questo, accanto a diritto dei contratti, si rende necessario, soprattutto oggi, studiare negoziazione dei contratti.

Del resto, negli auspici della nostra Costituzione è ben chiaro che il sistema delle norme e delle sentenze dovrebbe essere strutturato in tale funzione di sviluppo e non in funzione autoreferenziale. Le leggi devono servire a risolvere i problemi dei cittadini e le sentenze per accrescere la attendibilità del Paese.

Gli artt. 2 e 3 della Costituzione Italiana prevedono tre volte l'endiadi dei due aggettivi "economico e sociale" nel senso che non si può avere sviluppo, pace, solidarietà ed organizzazione se non risolvendo i problemi "economici e sociali" di tutti gli esseri umani e relative interrelazioni. L'esclusione sociale provoca grossi rischi in termini di tensione sociale con forme di vendetta occulte e palesi.

Nella Costituzione italiana si rinviene una emblematica coincidenza tra la base concettuale delle nozioni costituzionali di *solidarietà, sviluppo e organizzazione* e la base concettuale della creazione della soluzione condivisa efficiente ed efficace: in ogni divergenza separare gli aspetti personali-sociali da quelli materiali-economici.

Il concetto giuridico di colpa si muove in direzione opposta in quanto in un certo qual modo tende a "personalizzare il problema" mentre il primo presupposto invocato da tutte le scuole di negoziazione e di conciliazione è: *"separate la ricerca della soluzione dalla ricerca del colpevole"*.

Concettualmente, infatti, trovare il colpevole non è trovare la soluzione: la condanna del colpevole al risarcimento del danno in ambito civile, ad esempio, non è la soluzione ma il recupero della somma (non certo né sempre possibile); "costringe", inoltre, la parte incolpevole e vittoriosa a prendersi la cura, l'onere e il rischio della *"restituito in pristinum"* che dovrebbero incombere sul danneggiante. In un caso di infortunistica stradale cosa succede se la parte vittoriosa si rivolge ad un carrozziere incapace?

La cultura del consenso entra nel merito, in ambito civile e penale, proponendo un

accordo diretto di "ricostituzione" del bene e della relazione anziché una pena imposta dall'alto senza tenere in conto i bisogni della vittima e del danneggiato.

L'accordo, in fondo è come un figlio: nasce da due genitori ma deve imparare a camminare con le gambe proprie prima possibile per diventare autonomo e nel contempo contribuire al progresso generale.

Le tecniche per realizzare questo apprendimento sono alla base della filosofia della *consensuologia*.

10. Responsabilità passate e soluzioni future: l'avvocato di base?

Uno dei principi ormai consolidati per distinguere la funzione repressiva della sentenza imposta alla parte colpevole dalla funzione preventiva della conciliazione voluta da entrambe le parti recita "il giudice guarda indietro, il mediatore guarda avanti".

Una cosa è rimediare alla patologia dei comportamenti, un'altra è favorire quelli fisiologici in via preventiva. Per rimanere nel gioco di parole, ancora una volta ci sembra possibile fare un parallelismo tra servizio legale-giudiziario e servizio medico-ospedaliero.

Nel sistema del servizio sanitario nazionale da un lato c'è la figura del medico di base pagato dallo Stato a forfait annuale, per paziente assistito iscritto nella propria lista presso la ASL per prescrivere le medicine nei casi di malattie curabili ordinariamente, dall'altro c'è la figura del medico chirurgo ospedaliero per gli interventi dove assumere medicine non è sufficiente.

Il primo è detto anche medico di famiglia per il carattere permanente della sua assistenza e per la base fiduciaria su cui si fonda la scelta dell'assistito.

Lo stesso sistema riteniamo che possa essere di esempio nella assistenza legale.

Fin quando il caso è recuperabile in via ordinaria, il rimedio avrà la forma dell'accordo negoziato ed assistito da un legale (istituire l'avvocato di famiglia per il c.d diritto collaborativo) altrimenti si dovrà far ricorso all'avvocato processualista (diverso dall'avvocato negoziatore) per l'intervento chirurgico in tribunale che dovrebbe essere autorizzato dall'avvocato di base.

Le specializzazioni dovranno essere per definizione diverse ma conseguibili anche dallo stesso professionista per non avere (ancora) due professioni nettamente separate come in Inghilterra (*solicitor* e *barrister*).

In questo modo si avrebbe una scrematizzazione delle cause inutili e pretestuose ed un miglioramento qualitativo della assistenza legale al cittadino in basso ed in alto.

11. La cultura giuridica tradizionale tra approccio competitivo e approccio cooperativo

Dunque, essendo questo articolo votato agli aspetti pratici della creazione del consenso, continuiamo ad evidenziare come esistano comportamenti costruttivi che favoriscono le interrelazioni che non hanno nulla a che fare con comportamenti contenziosi unilaterali e distruttivi dei beni dell'altro (nel civile) o della persona dell'altro (nel penale).

Il mondo giuridico ha ora (dal 12 novembre 2014 giorno della entrata in vigore della negoziazione assistita) un'occasione speciale per allargare i propri spazi di azione operativa su almeno quattro livelli, se avrà il coraggio di applicare al proprio interno il metodo scientifico applicato alla ricerca del consenso EeE.

Primo livello: politico

Il sistema del voto a maggioranza non deve escludere quello della verifica sperimentale del funzionamento del progetto di legge.

La politica oggi deve diventare ragionevole e pubblicare leggi che risolvano i problemi dei cittadini e abroghe quelle che creano problemi o quelle nelle quali i politici abbiano un interesse diretto e personale come la loro remunerazione.

Se lo Stato crea disuguaglianze sociali deve farsene carico e progettare un accordo oneroso (rateizzato sui guadagni futuri ottenuti attraverso il lavoro conseguito attraverso il reinserimento sociale) per le persone non pericolose.

Secondo livello: universitario

La ricerca giuridica dovrà riesaminare i propri metodi e le materie di studio in modo che entrambi siano aderenti alla realtà lavorativa del momento.

In pratica si dovranno creare due filoni di pensiero basati sul diritto contenzioso-remunerativo e quello consensuale-collaborativo perseguibili dalla stessa persona.

Il professionista di converso potrà ricevere dal cliente o il mandato *ad negotia* o quello *ad lites*.

Terzo livello: giudiziario

Facendo nostra l'affermazione di alcuni colleghi inglesi, la sanzione deve avere anche un aspetto emblematico che faccia capi-

re le ragioni della irrogazione della pena. Un esempio potrebbe essere quello del giovane statunitense, che avendo, ingiuriato un poliziotto gridandogli "porco", era stato condannato a passare tre giorni in un porcile per capire bene la differenza tra un maiale ed un poliziotto.

La giurisprudenza, pur rispettando le leggi in vigore, dovrebbe essere più attenta al caso singolo e agli sviluppi futuri della persona per fare in modo che non abbia a ripetere atti illegali.

Quarto livello: forense

Visto l'orientamento stragiudiziale delle ultime leggi, propongo non di creare due professioni separate come a Londra ma due specializzazioni (processualisti e contrattualisti) come nel mondo di common law con limitazioni alla doppia procura come già detto (*Londra barrister e solicitor; USA gladiatori e creatori di ricchezza*).

L'effetto pratico sarebbe quello di offrire maggiori opportunità di lavoro ad un maggior numero di avvocati e di creare una sana competizione interna tra le due specializzazioni.

La strategia complessiva di quanto sopra è quella di mettere i cittadini al centro e considerare la giustizia al servizio dei cittadini in cui la qualità dovrebbe essere uno dei punti fondanti di tale servizio.

MARIO QUINTO

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Nota: I concetti fin qui esposti saranno approfonditi ed illustrati in maniera esaustiva nel volume "Introduzione alla consensuologia. Accordarsi è cosa diversa dal litigare" di M. Quinto di prossima pubblicazione.

Normativa

Decreto 24 settembre 2014, n. 202

Regolamento recante i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento, ai sensi dell'articolo 15 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, come modificata dal decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. (15G00012)

(GU n. 21 del 27-1-2015)

Vigente al: 28-1-2015

IL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA

di concerto con

IL MINISTRO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

e

IL MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

Visto l'articolo 15 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, modificata dal decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, recante disposizioni sugli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento;

Visto l'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400;

Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 28 agosto 2014;

Vista la comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri, a norma dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, effettuata con nota del 3 settembre 2014, ai sensi del predetto articolo;

Adotta

il seguente regolamento:

CAPO I

Disposizioni generali

ART. 1 - Oggetto

1. Il presente regolamento disciplina l'istituzione presso il Ministero della giustizia del registro degli organismi costituiti da parte di enti pubblici, deputati alla gestione della crisi da sovraindebitamento a norma dell'articolo 15 della legge 27 gennaio 2012, n. 3.

2. Il presente regolamento disciplina, altresì, i requisiti e le modalità di iscrizione nel medesimo registro, la formazione dell'elenco degli iscritti e la sua revisione periodica, la sospensione e la cancellazione dal registro dei singoli organismi, nonché la determinazione dei compensi e dei rimborsi spese spettanti agli organismi a carico dei soggetti che ricorrono alla procedura.

ART. 2 - Definizioni

1. Ai fini del presente regolamento si intende per:

- a) «Ministero»: il Ministero della giustizia;
- b) «legge»: la legge 27 gennaio 2012, n. 3;
- c) «registro»: il registro degli organismi deputati a gestire i procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore sovraindebitato;
- d) «organismo»: l'articolazione interna di uno de-

gli enti pubblici individuati dalla legge e dal presente regolamento che, anche in via non esclusiva, è stabilmente destinata all'erogazione del servizio di gestione della crisi da sovraindebitamento;

e) «gestione della crisi da sovraindebitamento»: il servizio reso dall'organismo allo scopo di gestire i procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore;

f) «gestore della crisi»: la persona fisica che, individualmente o collegialmente, svolge la prestazione inerente alla gestione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore;

g) «ausiliari»: i soggetti di cui si avvale il gestore della crisi per lo svolgimento della prestazione inerente alla gestione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore;

h) «responsabile»: il responsabile della tenuta del registro;

i) «referente»: la persona fisica che, agendo in modo indipendente secondo quanto previsto dal regolamento dell'organismo, indirizza e coordina l'attività dell'organismo e conferisce gli incarichi ai gestori della crisi;

l) «regolamento dell'organismo»: l'atto adottato dall'organismo contenente le norme di autodisciplina.

CAPO II

Registro degli organismi

SEZIONE I

Requisiti e procedimento di iscrizione

Art. 3 - Istituzione del registro

1. È istituito il registro degli organismi autorizzati alla gestione della crisi da sovraindebitamento.

2. Il registro è tenuto presso il Ministero nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già esistenti presso il Dipartimento per gli affari di giustizia e ne è responsabile il direttore generale della giustizia civile. Il direttore generale della giustizia civile può delegare una persona con qualifica dirigenziale o un magistrato ed avvalersi, al fine di esercitare la vigilanza, dell'ispettorato generale del Ministero. Il Ministero è altresì titolare del trattamento dei dati personali.

3. Il registro è articolato in modo da contenere le seguenti annotazioni:

a) sezione A:

1) organismi iscritti di diritto a norma dell'articolo 4, comma 2, del presente regolamento;

2) elenco dei gestori della crisi;

b) sezione B:

1) altri organismi;

2) elenco dei gestori della crisi.

4. Il responsabile cura il continuo aggiornamento dei dati del registro e può prevedere ulteriori integrazioni delle annotazioni in conformità alle previsioni del presente regolamento.

5. La gestione del registro deve avvenire con modalità informatiche che assicurino la possibilità di una rapida elaborazione dei dati con finalità statistica e ispettiva o, comunque, connessa ai compiti di tenuta di cui al presente regolamento.

6. L'elenco degli organismi e dei gestori della crisi sono pubblici.

ART. 4 - Requisiti per l'iscrizione nel registro

1. Nel registro sono iscritti, a domanda, gli organismi costituiti dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dalle istituzioni universitarie pubbliche.

2. Gli organismi di conciliazione costituiti presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, il segretariato sociale costituito ai sensi dell'articolo 22, comma 4, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328 e gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai sono iscritti di diritto, su semplice domanda, anche quando associati tra loro.

3. Il responsabile, per l'iscrizione degli organismi di cui alla sezione B del registro, verifica:

a) che l'organismo sia costituito quale articolazione interna di uno degli enti pubblici di cui al comma 1;

b) l'esistenza di un referente dell'organismo cui sia garantito un adeguato grado di indipendenza;

c) il rilascio di polizza assicurativa con massimale non inferiore a un milione di euro per le conseguenze patrimoniali comunque derivanti dallo svolgimento del servizio di gestione della crisi;

d) il numero dei gestori della crisi, non inferiore a cinque, che abbiano dichiarato la disponibilità a svolgere le funzioni di gestione della crisi in via esclusiva per l'organismo;

e) la conformità del regolamento dell'organismo alle disposizioni del presente decreto;

f) la sede dell'organismo.

4. Il responsabile, per l'iscrizione degli organismi di cui alla sezione A del registro, verifica la sussistenza dei soli requisiti di cui al comma 3, lettere b), c) ed e).

5. Il responsabile verifica i requisiti di qualificazione professionale dei gestori della crisi iscritti negli elenchi di cui alle sezioni A e B, che consistono:

a) nel possesso di laurea magistrale, o di titolo di studio equipollente, in materie economiche o giuridiche;

b) nel possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi di perfezionamento istituiti a norma dell'articolo 16 del decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 1982, n. 162, di durata non inferiore a duecento ore nell'ambito disciplinare della crisi dell'impresa e di sovraindebitamento, anche del consumatore. I corsi di perfezionamento sono costituiti con gli insegnamenti concernenti almeno i seguenti settori disciplinari: diritto civile e commerciale, diritto fallimentare e dell'esecuzione civile, economia aziendale, diritto tributario e previdenziale. La specifica formazione di cui alla presente lettera può essere acquisita anche mediante la partecipazione ad analoghi corsi organizzati dai soggetti indicati al comma 2 in convenzione con università pubbliche o private;

c) nello svolgimento presso uno o più organismi, curatori fallimentari, commissari giudiziali, professionisti indipendenti ai sensi del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, professionisti delegati per le operazioni di vendita nelle procedure esecutive immobiliari ovvero nominati per svolgere i compiti e le funzioni dell'organismo o del liquidatore a norma dell'articolo 15 della legge, di un periodo di tirocinio, anche in concomitanza con la partecipazione ai corsi

di cui alla lettera b), di durata non inferiore a mesi sei che abbia consentito l'acquisizione di competenze mediante la partecipazione alle fasi di elaborazione ed attestazione di accordi e piani omologati di composizione della crisi da sovraindebitamento, di accordi omologati di ristrutturazione dei debiti, di piani di concordato preventivo e di proposte di concordato fallimentare omologati, di verifica dei crediti e di accertamento del passivo, di amministrazione e di liquidazione dei beni;

d) nell'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale, di durata complessiva non inferiore a quaranta ore, nell'ambito disciplinare della crisi dell'impresa e di sovraindebitamento, anche del consumatore, acquisito presso uno degli ordini professionali di cui al comma 2 ovvero presso un'università pubblica o privata.

6. Per i professionisti appartenenti agli ordini professionali di cui al comma 2 la durata dei corsi di cui al comma 5, lettera b), è di quaranta ore. Gli ordinamenti professionali possono individuare specifici casi di esenzione dall'applicazione delle disposizioni di cui al comma 5, lettere b) e d), ovvero fissare i criteri di equipollenza tra i corsi di formazione e di aggiornamento biennale di cui al presente articolo e i corsi di formazione professionale. Ai medesimi professionisti non si applicano le disposizioni di cui al comma 5, lettera c).

7. Agli elenchi dei gestori della crisi degli organismi di cui alla sezione A possono essere iscritti anche soggetti diversi dai professionisti, purché muniti dei requisiti di cui al presente articolo.

8. Il responsabile verifica altresì il possesso da parte dei gestori della crisi iscritti negli elenchi di cui alle sezioni A e B dei seguenti requisiti di onorabilità:

a) non versare in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'articolo 2382 del codice civile;

b) non essere stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159;

c) non essere stati condannati con sentenza passata in giudicato, salvi gli effetti della riabilitazione:

1) a pena detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento;

2) alla reclusione per uno dei delitti previsti nel titolo XI del libro V del codice civile, nel regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché dall'articolo 16 della legge;

3) alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero per un delitto in materia tributaria;

4) alla reclusione per un tempo superiore a due anni per un qualunque delitto non colposo;

d) non avere riportato una sanzione disciplinare diversa dall'avvertimento.

9. La documentazione comprovante il possesso dei requisiti di cui al presente articolo, salvo quelli di cui al comma 3, lettera c) e al comma 5, lettera c), è presentata ai sensi degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000, n. 445. Il possesso del requisito di

cui al comma 3, lettera c), è dimostrato mediante la produzione di copia della polizza assicurativa mentre quello del requisito di cui al comma 5, lettera c), è comprovato con la produzione dell'attestazione di compiuto tirocinio sottoscritta dall'organismo o dal professionista presso il quale è stato svolto.

Art. 5 - Procedimento

1. Il responsabile del registro approva il modello della domanda per l'iscrizione, con l'indicazione degli atti e dei documenti idonei a comprovare il possesso dei requisiti di cui all'articolo 4 di cui la domanda deve essere corredata. Il modello approvato è pubblicato sul sito internet del Ministero.

2. La domanda è sottoscritta e trasmessa unitamente agli allegati.

La sottoscrizione può essere apposta anche mediante firma digitale e la trasmissione può aver luogo anche a mezzo posta elettronica certificata.

3. Il procedimento di iscrizione deve essere concluso entro trenta giorni a decorrere dalla data di ricevimento della domanda. La richiesta di integrazione della domanda o dei suoi allegati è ammessa per una sola volta e sospende il predetto termine per un periodo non superiore a trenta giorni. La mancata adozione del provvedimento di iscrizione nei termini di cui al presente comma equivale al diniego di iscrizione.

Art. 6 - Effetti dell'iscrizione

1. Il provvedimento di iscrizione è comunicato al richiedente con il numero d'ordine attribuito nel registro.

2. Dalla data della comunicazione di cui al comma precedente, l'organismo è tenuto a fare menzione negli atti, nella corrispondenza e nelle forme di pubblicità consentite del numero d'ordine nonché della denominazione dell'ente pubblico che lo ha costituito.

3. A far data dall'iscrizione ed entro il 31 dicembre di ogni anno l'organismo pubblica sul proprio sito internet il numero degli incarichi conferiti dal referente a ciascun gestore della crisi.

Art. 7 - Obblighi di comunicazione al responsabile

1. Il referente è obbligato a comunicare immediatamente al responsabile, anche a mezzo posta elettronica certificata, tutte le vicende modificative dei requisiti dell'organismo iscritto, dei dati e degli elenchi comunicati ai fini dell'iscrizione, nonché le misure di sospensione e di decadenza dei gestori dall'attività adottate a norma dell'articolo 10, comma 5.

2. L'autorità giudiziaria provvede alla segnalazione al responsabile di tutti i fatti e le notizie rilevanti ai fini dell'esercizio dei poteri previsti nel presente regolamento.

Art. 8 - Sospensione e cancellazione dal registro

1. Se, dopo l'iscrizione, l'organismo perde i requisiti di cui all'articolo 4, commi 3 e 4, il responsabile provvede a sospendere l'organismo dal registro per un periodo non superiore a novanta giorni, decorso il quale, persistendo la mancanza dei requisiti, provvede alla cancellazione.

2. Quando risulta che i requisiti di cui al comma 1 non sussistevano al momento dell'iscrizione il responsabile provvede a norma del comma 1 ovvero, nei casi più gravi, alla cancellazione dell'organismo dal registro.

3. È disposta la cancellazione degli organismi che

non abbiano svolto almeno tre procedimenti di gestione della crisi nel corso di un biennio.

4. L'organismo cancellato dal registro non può essere nuovamente iscritto prima che sia decorso un biennio dalla cancellazione.

5. Ai fini del presente articolo, il responsabile può acquisire informazioni dagli organismi, anche nei modi e nei tempi stabiliti da circolari o atti amministrativi equipollenti.

SEZIONE II

Obblighi dell'organismo e del gestore della crisi

Art. 9 - Registro degli affari di gestione della crisi

1. Ciascun organismo è tenuto a istituire un elenco dei gestori della crisi e un registro informatico degli affari, con le annotazioni relative al numero d'ordine progressivo, ai dati identificativi del debitore, al gestore della crisi designato, all'esito del procedimento.

2. Ulteriori registri o annotazioni possono essere stabiliti con determinazione del responsabile.

3. L'organismo è tenuto a trattare i dati raccolti nel rispetto delle disposizioni del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante «Codice in materia di protezione dei dati personali».

Art. 10 - Obblighi dell'organismo

1. Salvo quanto disposto dall'articolo 4, comma 3, lettera c), l'organismo non può assumere diritti e obblighi connessi con gli affari trattati dai gestori della crisi che operano presso di sé o presso altri organismi iscritti nel registro.

2. Il referente distribuisce equamente gli incarichi tra i gestori della crisi, tenuto conto in ogni caso della natura e dell'importanza dell'affare, e prima di conferire ciascun incarico sottoscrive una dichiarazione dalla quale risulta che l'organismo non si trova in conflitto d'interessi con la procedura. La dichiarazione è portata a conoscenza del tribunale contestualmente al deposito della proposta di accordo o di piano del consumatore ovvero della domanda di liquidazione.

3. Al momento del conferimento dell'incarico l'organismo deve comunicare al debitore il grado di complessità dell'opera, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa di cui all'articolo 4, comma 3, lettera c). La misura del compenso è previamente resa nota al debitore con un preventivo, indicando per le singole attività tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi.

4. L'organismo è obbligato a portare a conoscenza dei creditori l'accordo concluso con il debitore per la determinazione del compenso.

5. L'organismo è tenuto ad adottare un regolamento di autodisciplina. Il regolamento deve in ogni caso individuare, secondo criteri di proporzionalità, i casi di decadenza e sospensione dall'attività dei gestori che sono privi dei requisiti o hanno violato gli obblighi previsti dal presente decreto e derivanti dagli incarichi ricevuti nonché la procedura per l'applicazione delle relative sanzioni, e determinare i criteri di sostituzione nell'incarico.

6. Nel caso di violazione degli obblighi dell'organismo previsti dal presente decreto il responsabile dispone la sospensione e, nei casi più gravi, la

cancellazione dell'organismo dal registro. Allo stesso modo si procede quando l'organismo ha omesso di adottare le misure di sospensione e decadenza nei casi di cui al comma 5.

ART. 11 - Obblighi del gestore della crisi e dei suoi ausiliari

1. Chiunque presti la propria opera o il proprio servizio nell'organismo è tenuto all'obbligo di riservatezza su tutto quanto appreso in ragione dell'opera o del servizio ed al rispetto di tutti gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro subordinato, parasubordinato o autonomo instaurato con l'organismo di appartenenza.

2. Al gestore della crisi e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, ad eccezione di quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio. Agli stessi è fatto divieto di percepire, in qualunque forma, compensi o utilità direttamente dal debitore.

3. Al gestore della crisi è fatto, altresì, obbligo di:

a) sottoscrivere per ciascun affare per il quale è designato una dichiarazione di indipendenza. Il gestore della crisi è indipendente quando non è legato al debitore e a coloro che hanno interesse all'operazione di composizione o di liquidazione da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza; in ogni caso, il gestore della crisi deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo;

b) corrispondere immediatamente a ogni richiesta del responsabile in relazione alle previsioni contenute nel presente regolamento.

4. Il gestore della crisi, prima di dare inizio alla gestione dell'affare, sottoscrive la dichiarazione di cui al comma 3, lettera a), e la rende nota al tribunale a norma dell'articolo 10, comma 2.

ART. 12 - Responsabilità del servizio di gestione della crisi

1. Il gestore della crisi designato deve eseguire personalmente la sua prestazione.

ART. 13 - Monitoraggio e certificazione di qualità

1. Il Ministero procede annualmente, congiuntamente al Ministero dello sviluppo economico per i procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore, al monitoraggio statistico dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio svolti presso gli organismi, anche sulla base dei dati trasmessi a norma del comma 2. Il Ministero, per il tramite della Direzione generale di statistica, provvede al monitoraggio statistico di cui al periodo precedente nei modi e nei tempi stabiliti da circolari o atti amministrativi equipollenti e con l'ausilio dell'Istituto nazionale di statistica.

2. Entro il mese di dicembre di ogni anno, gli organismi sono tenuti a trasmettere al responsabile i dati:

a) sul numero e la durata dei procedimenti di cui al capo II della legge;

b) sul numero dei provvedimenti di diniego di omologazione, di risoluzione, revoca e cessazione

degli effetti degli accordi e dei piani omologati, nonché sul numero dei casi di conversione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento in quelli di liquidazione del patrimonio;

c) sull'ammontare dei debiti risultanti dagli accordi e dai piani omologati nonché accertati in sede di liquidazione;

d) sulla percentuale di soddisfazione dei creditori rispetto all'ammontare del passivo verificato risultante all'esito dei procedimenti di cui al capo II della legge, con indicazione specifica della percentuale di soddisfazione dei chirografari;

e) sul numero dei provvedimenti di accoglimento e di rigetto delle istanze di esdebitazione;

f) sull'ammontare delle spese di procedura.

3. Il responsabile, a domanda e sulla base dei dati di cui al comma 2, rilascia una certificazione di qualità all'organismo richiedente, nei modi e nei tempi stabiliti da circolari o atti amministrativi equipollenti. Ai fini del periodo precedente il responsabile può acquisire ulteriori informazioni dagli organismi richiedenti e avvalersi della collaborazione di un professore universitario in materie giuridiche, di un professore universitario in materie economiche e di un magistrato con funzioni di giudice delegato ai fallimenti, designati dal Capo Dipartimento per gli affari di giustizia per un periodo non superiore a tre anni; ai collaboratori designati non spettano compensi, né rimborsi spese a qualsiasi titolo dovuti.

4. La certificazione di qualità rilasciata dal responsabile è pubblicata sui siti internet del Ministero e dell'organismo richiedente.

5. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Alle attività previste dal presente articolo le amministrazioni interessate provvedono con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

CAPO III

Determinazione dei compensi

SEZIONE I

Disposizioni generali

ART. 14 - Ambito di applicazione e regole generali

1. La determinazione dei compensi e dei rimborsi spese spettanti all'organismo ha luogo, in difetto di accordo con il debitore che lo ha incaricato, secondo le disposizioni del presente capo. Per la determinazione dei compensi dell'organismo nominato dal giudice, nonché del professionista o della società tra professionisti muniti dei requisiti di cui all'articolo 28 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero del notaio, nominati per svolgere le funzioni e i compiti attribuiti agli organismi, si applicano le disposizioni del presente capo.

2. I compensi comprendono l'intero corrispettivo per la prestazione svolta, incluse le attività accessorie alla stessa.

3. All'organismo spetta un rimborso forfettario delle spese generali in una misura compresa tra il 10 e il 15% sull'importo del compenso determinato a norma delle disposizioni del presente capo, nonché il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate. I costi degli ausiliari incaricati sono ricompresi tra le spese.

4. Le soglie numeriche indicate, anche a mezzo di percentuale, sia nei minimi che nei massimi, per la liquidazione del compenso, nel presente capo, non sono vincolanti per la liquidazione medesima.

ART. 15 - Criteri per la determinazione del compenso

1. Per la determinazione del compenso si tiene conto dell'opera prestata, dei risultati ottenuti, del ricorso all'opera di ausiliari, della sollecitudine con cui sono stati svolti i compiti e le funzioni, della complessità delle questioni affrontate, del numero dei creditori e della misura di soddisfazione agli stessi assicurata con l'esecuzione dell'accordo o del piano del consumatore omologato ovvero con la liquidazione.

2. Sono ammessi acconti sul compenso finale.

SEZIONE II

Determinazione dei compensi nelle procedure di composizione della crisi

ART. 16 - Parametri

1. Nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui al capo II, sezione prima, della legge in cui sono previste forme di liquidazione dei beni, il compenso dell'organismo, anche per l'opera prestata successivamente all'omologazione, è determinato, di regola, sulla base dei seguenti parametri:

a) secondo una percentuale sull'ammontare dell'attivo realizzato compresa tra quelle di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto del Ministro della giustizia 25 gennaio 2012, n. 30 e successivi adeguamenti;

b) secondo una percentuale sull'ammontare del passivo risultante dall'accordo o dal piano del consumatore omologato compresa tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto del Ministro della giustizia di cui alla lettera a).

2. Nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui al capo II, sezione prima, della legge diverse da quelle di cui al comma 1, spetta all'organismo un compenso, anche per l'opera prestata successivamente all'omologazione, determinato con le medesime percentuali di cui al predetto comma, sull'ammontare dell'attivo e del passivo risultanti dall'accordo o dal piano del consumatore omologati.

3. Nell'ipotesi di gruppo di imprese, non costituiscono attivo né passivo gli importi risultanti da finanziamenti e garanzie infragruppo o dal ribaltamento, attraverso insinuazioni, ripartizioni o compensazioni, di attivo e passivo da parte di altra società del gruppo.

4. I compensi determinati a norma dei commi 1, 2 e 3 sono ridotti in una misura compresa tra il 15% e il 40%.

5. L'ammontare complessivo dei compensi e delle spese generali non può comunque essere superiore al 5% dell'ammontare complessivo di quanto è attribuito ai creditori per le procedure aventi un passivo superiore a 1.000.000 di euro, e al 10% sul medesimo ammontare per le procedure con passivo inferiore. Le disposizioni di cui al periodo precedente non si applicano quando l'ammontare complessivo di quanto è attribuito ai creditori è inferiore ad euro 20.000.

ART. 17 - Unicità del compenso

1. Quando nello stesso incarico si sono succeduti più organismi, il compenso unico è determinato secondo le disposizioni del presente capo ed è ripartito secondo criteri di proporzionalità.

2. Nel caso in cui per l'esecuzione del piano o dell'accordo omologato sia nominato un liquidatore o un gestore per la liquidazione, la determinazione del compenso ha luogo a norma del comma 1.

SEZIONE III

Determinazioni dei compensi nella procedura di liquidazione del patrimonio

ART. 18 - Parametri

1. Nelle procedure di liquidazione di cui al capo II, sezione seconda, della legge, il compenso del liquidatore è determinato sull'ammontare dell'attivo realizzato dalla liquidazione e del passivo accertato. Si applica l'articolo 16.

2. Quando nello stesso incarico si sono succeduti più liquidatori ovvero nel caso di conversione della procedura di composizione della crisi in quella di liquidazione, il compenso unico è determinato secondo le disposizioni del presente capo ed è ripartito secondo criteri di proporzionalità.

CAPO IV

Disciplina transitoria ed entrata in vigore

Art. 19 - Disciplina transitoria

1. Per i tre anni successivi all'entrata in vigore del presente decreto, i professionisti appartenenti agli ordini professionali di cui all'articolo 4, comma 2, sono esentati dall'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 4, commi 5, lettera d), e 6, primo periodo, purché documentino di essere stati nominati, in almeno quattro procedure, curatori fallimentari, commissari giudiziali, delegati alle operazioni di vendita nelle procedure esecutive immobiliari ovvero per svolgere i compiti e le funzioni dell'organismo o del liquidatore a norma dell'articolo 15 della legge. Ai fini del periodo precedente le nomine relative a differenti tipologie di procedure sono cumulabili e rilevano anche quelle precedenti all'entrata in vigore del presente decreto.

ART. 20 - Entrata in vigore

1. Il presente decreto entra in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Roma, addì 24 settembre 2014.

Il Ministro della giustizia
Orlando

Il Ministro dello sviluppo economico
Guidi

Il Ministro dell'economia e delle finanze
Padoan

Visto, il Guardasigilli: Orlando

Registrato alla Corte dei conti il 20 gennaio 2015.
Ufficio controllo atti Ministeri giustizia e affari esteri,
reg.ne - prev. n. 151.

Giurisprudenza/1

TAR Lazio: testo della sentenza 23/1/2015

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO
sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11235 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Unione Nazionale delle Camere Civili (UNCC) di Parma, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Storace, Antonio de Notaristefani di Vastogirardi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Crescenzo, n.20;

contro

Ministero della giustizia, Ministero dello sviluppo economico, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede domiciliario in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

per l'annullamento

del decreto n. 180 del 18 ottobre 2010, adottato dal Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 4 novembre 2010,

nonché per la dichiarazione della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, in riferimento agli artt. 24, 76 e 77 Cost.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di proposizione di motivi aggiunti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della giustizia e del Ministero dello sviluppo economico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica dell'8 ottobre 2014 il cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti i difensori come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea ha disciplinato alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

L'art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale, prescrivendo, tra altro, al legislatore delegato di disciplinare la mediazione nel rispetto ed in coerenza con la normativa comunitaria (comma 2; comma 3, lett. c).

La delega è stata esercitata con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Con l'atto introduttivo della controversia all'odierna trattazione la ricorrente Unione Nazionale delle Camere Civili (UNCC) di Parma, associazione non riconosciuta, costituita tra associazioni di avvocati

civilisti, ha interposto azione impugnatoria avverso alcune disposizioni del decreto 18 ottobre 2010, n. 180, adottato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, che, in forza della previsione di cui all'art. 16 del citato d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ha regolamentato la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti ai suddetti organismi.

Parte ricorrente deduce avverso l'atto gravato tre censure.

Con la prima doglianza (illegittimità derivata dalla illegittimità costituzionale degli artt. 5 e 17 del d. lgs. 28/2010 in relazione agli artt. 24, 76 e 77 della Costituzione) la ricorrente sostiene che il legislatore delegato è incorso in eccesso di delega laddove ha introdotto l'obbligatorietà della mediazione e l'improcedibilità del giudizio interposto senza il previo esperimento della mediazione, entrambi non previsti dalla legge delega.

Con la seconda doglianza (illegittimità derivata dalla illegittimità costituzionale dell'art. 8 del d. lgs. 28/2010 in relazione agli artt. 24, 76 e 77 della Costituzione) la ricorrente sostiene che, poiché nella logica del decreto delegato, le scelte che la parte è chiamata ad effettuare nel procedimento di mediazione sono suscettibili di condizionare l'esito del successivo processo, per un verso la mancata previsione nel procedimento stesso della obbligatorietà dell'assistenza del difensore viola l'art. 24 della Costituzione (nonché favorisce le classi più abbienti, facoltizzate ad avvalersene), per altro verso l'introduzione della possibilità di acquisire elementi di prova in assenza di difesa tecnica, non prevista dalla legge delega, concreta eccesso di delega ex art. 76 Cost.

Con il terzo motivo di gravame [violazione dell'art. 60, comma III, lett. b) della l. n. 69 del 2009 e dell'art. 16 del d. lgs. 20/2010 – eccesso di potere per irragionevolezza – illegittimità derivata dalla illegittimità costituzionale dell'art. 16 del d. lgs. 28/2010 in relazione agli artt. 76 e 77 della Costituzione] la ricorrente lamenta che, laddove la legge delega pone il requisito dell'indipendenza sia in capo agli organismi di mediazione sia in capo ai singoli mediatori, l'art. 4 del decreto impugnato assicura tale indipendenza in misura molto minore, riferendola esclusivamente "allo svolgimento del servizio di mediazione".

Esaurita l'illustrazione delle illegittimità rilevate a carico dell'atto gravato, la ricorrente ha domandato l'annullamento del provvedimento impugnato e la dichiarazione di non manifesta infondatezza delle spiegate questioni di legittimità.

2. Si sono costituiti in resistenza il Ministero della giustizia e il Ministero dello sviluppo economico, che hanno eccepito il difetto di legittimazione attiva della ricorrente, per carenza in capo alla stessa della rappresentanza istituzionale degli interessi della categoria degli avvocati, spettante solo al Consiglio Nazionale Forense e agli ordini esponentziali.

Le resistenti amministrazioni hanno poi confutato analiticamente le argomentazioni difensive di parte ricorrente, domandando il rigetto del gravame.

3. Con ordinanza 12 aprile 2011, n. 3202, questa Sezione, ritenendo alcune questioni di legittimità costituzionale proposte dalla ricorrente rilevanti

ai fini del decidere e non manifestamente infondate, ha sospeso il processo e rimesso gli atti alla Corte Costituzionale per l'esame della questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 24 e 77 Cost. degli artt. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, e 16, comma 1, in parte, del d.lgs. n. 28 del 2010, disponenti, rispettivamente, l'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie e i soli requisiti di serietà ed efficienza degli enti pubblici e privati abilitati a costituire gli organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione.

4. Con ordinanze 10 giugno 2011, n. 2167 e 20 dicembre 2011, n. 4911 non è stata accolta la domanda di sospensione interinale degli effetti dell'atto gravato, incidentalmente formulata dalla parte ricorrente.

5. La Corte Costituzionale, con sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, nel pronunciare in ordine alla citata ordinanza della Sezione n. 3202 del 2011, nonché in relazione a successive ordinanze di rimessione di altre autorità giudiziarie, sempre vertenti sulla materia della mediazione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010 in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie ivi previste, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., e di una serie di disposizioni dello stesso decreto a esso strettamente correlate.

Parte ricorrente ha presentato indi istanza ex art. 80 c.p.a. per la prosecuzione del giudizio sospeso.

6. Pendente il giudizio dinanzi al Giudice delle leggi, il legislatore, con l'art. 12, comma 1, lett. a), del d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, aveva modificato in alcune parti la formulazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010. Tale modifica non veniva però confermata dalla legge di conversione 17 febbraio 2012, n. 10.

Successivamente alla ridetta pronunzia della Corte Costituzionale n. 272 del 2012, la materia della mediazione obbligatoria è stata ridisciplinata dall'art. 84, comma 1, lett. b), del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. "decreto del fare"), convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che, mediante l'inserimento del comma 1-bis e altre modifiche apportate sia all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 che ad altre disposizioni della legge, ha nuovamente regolamentato l'esperimento della conciliazione quale condizione di procedibilità per la domanda giudiziale in alcune materie.

7. Parte ricorrente ha interposto atto di motivi aggiunti.

In particolare, parte ricorrente formula anche avverso il novellato d.lgs. 28/2010, nonché avverso l'art. 84, comma 1, d.l. 69/2013 e l'art. 1, comma 1, della legge di conversione 98/2013, censure di illegittimità costituzionale in riferimento all'art. 77 Cost., sostenendo l'incompatibilità dell'introduzione a regime del nuovo sistema di accesso alla giustizia con lo strumento del decreto-legge, stante la carenza del carattere di straordinaria necessità e urgenza che ne legittima l'utilizzo, carenza che ritiene testimoniata dalla previsione che la nuova disposizione si applichi decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto (art. 84 del "decreto del fare").

Parte ricorrente ritiene inoltre costituzionalmente illegittima anche la nuova previsione di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 28/2010, laddove prevede che "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".

Parte ricorrente ritiene tale previsione, soprattutto in relazione alla facoltà concessa anche al giudice di appello, di carattere discrezionale, di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione, illogica nonché violativa della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.

Parte ricorrente denuncia poi l'incostituzionalità dell'art. 13 del d.lgs. 28/2010 ("Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto"), ritenuta una forzatura e un indebito ostacolo all'accesso alla giustizia, in violazione dell'art. 24 Cost., nonché incompatibile con un sistema che non garantisce l'adeguata configurazione della professionalità del mediatore.

Parte ricorrente, infine, in relazione alle nuove previsioni normative, deduce ulteriori profili di illegittimità a carico del d.m. 180/2010.

In particolare, parte ricorrente sottolinea che le disposizioni di cui all'art. 16, commi 2 e 9, e all'art. 4, comma 3, lett. b), del decreto impugnato siano del tutto in contrasto, rispettivamente, con i novellati artt. 17, comma 5-ter e 16, comma 4-bis del d.lgs. 28/2010.

Parte ricorrente ha conclusivamente ribadito le domande demolitorie già introdotte avverso il decreto n. 180 del 2010 e ha domandato la dichiarazione della non manifesta infondatezza delle proposte questioni di legittimità costituzionale.

8. Parte ricorrente ha affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

Le amministrazioni resistenti hanno depositato ulteriori memorie, sostenendo l'infondatezza delle nuove questioni di costituzionalità dedotte dalla ricorrente.

9. Il ricorso è stato indi trattenuto in decisione alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2014.

DIRITTO

1. Il Collegio non può esimersi dall'illustrazione del quadro normativo della controversia, per quanto di interesse.

2. In forza dell'invito formulato agli Stati membri dal Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, delle conclusioni adottate dal Consiglio nel maggio 2000 sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, nonché del Libro verde presentato dalla Commissione nell'aprile del 2002, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie nel-

le predette materie, la direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea ha disciplinato alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Come sempre in tema di diritto comunitario, i "considerando" della direttiva delineano la generale impostazione conferita all'oggetto della regolazione, sia quanto alle finalità, sia quanto alle caratteristiche.

La direttiva chiarisce innanzitutto che l'obiettivo di garantire un miglior accesso alla giustizia sia giudiziale che extragiudiziale, e, segnatamente, la disponibilità del servizio di mediazione, nel contesto della politica dell'Unione europea volta a istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è un importante contributo al corretto funzionamento del mercato interno (quinto considerando).

Alla luce del sesto considerando della direttiva, la mediazione è, infatti, ritenuta una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, poiché le relative procedure sono concepite in base alle esigenze delle parti, e gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente, oltre a preservare più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti, benefici che diventano anche più evidenti nelle questioni di portata transfrontaliera.

La direttiva intende delineare gli elementi chiave, per rendere certo il relativo contesto giuridico (settimo considerando).

Sotto il profilo sostanziale, in positivo, si afferma che la direttiva dovrebbe applicarsi alle controversie transfrontaliere, ma che nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di estenderla ai "procedimenti di mediazione interni" (ottavo considerando).

In negativo, si afferma che la mediazione non dovrebbe applicarsi: "ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile. Tali diritti ed obblighi sono particolarmente frequenti in materia di diritti di famiglia e del lavoro" (decimo considerando); "alle trattative precontrattuali o ai procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale, i reclami dei consumatori, l'arbitrato e la valutazione di periti o i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia" (undicesimo considerando).

Quanto agli elementi chiave della mediazione, vengono in evidenza, sempre tra i considerando, la differenza tra mediatore e giudice (dodicesimo considerando), la possibilità di rendere il ricorso alla mediazione obbligatorio ovvero soggetto a incentivi o sanzioni, purché non venga impedito alle parti "di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario" (quattordicesimo considerando) ovvero non si impedisca alle parti, nell'incoraggiare la mediazione, in relazione ai termini di prescrizione e di decadenza, "di adire un organo giurisdizionale o di ricorrere all'arbitrato in caso di infruttuoso tentativo di mediazione" (ventiquattresimo considerando), la fissazione di un termine al processo di mediazione (tredicesimo considerando), la riservatezza del relativo procedimento, anche in relazione all'eventuale successivo procedimento giudiziario od arbitrale (ventitreesimo

considerando), l'esecutività dell'accordo scritto raggiunto, fatta salva l'ipotesi di contrasto tra lo stesso e il diritto nazionale ovvero quella che l'obbligo contemplato nell'accordo non possa essere per sua natura reso esecutivo (diciannovesimo considerando); ai fini erariali, la tendenziale neutralità finanziaria in relazione agli stati membri della mediazione, che può includere "il ricorso a soluzioni basate sul mercato" (diciassettesimo considerando).

Viene inoltre in rilievo l'assistenza del mediatore (decimo considerando), la sua formazione e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità della fornitura del servizio (sedicesimo considerando), la flessibilità del procedimento di mediazione e l'autonomia delle parti, nonché l'efficacia l'imparzialità e la competenza della mediazione (diciassettesimo considerando).

La direttiva 2008/52/CE regola indi la materia con 14 articoli.

In particolare:

- l'art. 1 enuncia l'obiettivo della regolazione ("...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") e ne delinea il campo di applicazione ["...controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii)];

- l'art. 3, dedicato alle definizioni, dispone che per mediazione, al di là della denominazione, si intende un procedimento strutturato ove "...due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto di diritto da uno Stato membro";

- lo stesso art. 3 esplicita che 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..." (lett. b), che comunque incoraggia "...la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti" (par. 2);

- l'art. 5, dedicato al ricorso alla mediazione, esplicitando l'intendimento già anticipato dal preambolo, prevede che "L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia..." e che "La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario";

- l'art. 6 delinea la esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione, che è, peraltro, esclusa

laddove "...il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività";

- l'art. 8 dispone che "Gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza";

Con la legge 18 giugno 2009, n. 69, titulata "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", e, segnatamente, con l'art. 60, il legislatore nazionale ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale (comma 1), nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi enunciati al comma 3 (comma 2).

Tra questi ultimi, sono attinenti alla materia dell'ordinario contendere i principi e criteri direttivi dettati dalle lettere:

"a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;

b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione;

c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione...;

d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia;

e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli;

f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro;

g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali;

h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro;

n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione;

p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente... e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato...;

q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi;

r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni;

s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale".

La delega in parola è stata esercitata con il d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

3. Nell'ambito dell'appena menzionato decreto legislativo 28/2010, viene in particolare rilievo l'art. 5.

Come riferito in narrativa, in seguito all'ordinanza di rimessione della Sezione 12 aprile 2011, n. 3202, che ha rilevato, tra altro, come l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione in alcune materie non fosse prevista in alcun principio e criterio direttivo dettato dall'art. 60 delle l. 69/2009, e travalicasse, pertanto, i limiti della delega legislativa, la Corte Costituzionale, con sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 1 della disposizione, unitamente ad altre norme correlate della decretazione delegata, in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie ivi previste, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost.

Il Giudice delle leggi, in particolare, ha dichiarato:

- l'illegittimità costituzionale "dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali)";

- "in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale: a) dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2010, limitatamente al secondo periodo («L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale») e al sesto periodo, limitatamente alla frase «se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1»; b) dell'art. 5, comma 2, primo periodo, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; c) dell'art. 5, comma 4, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «I commi 1 e»; d) dell'art. 5, comma 5 del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; e) dell'art. 6, comma 2, del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo cinque»; f) dell'art. 7 del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1»; g) dello stesso articolo 7 nella parte in cui usa il verbo «computano» anziché «computa»; h) dell'art. 8, comma 5, del detto decreto legislativo; i) dell'art. 11, comma 1, del detto decreto legislativo, limitatamente al periodo «Prima della formulazione della

proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13»; l) dell'intero art. 13 del detto decreto legislativo, escluso il periodo «resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile»; m) dell'art. 17, comma 4, lettera d), del detto decreto legislativo; n) dell'art. 17, comma 5, del detto decreto legislativo; o), dell'art. 24 del detto decreto legislativo».

Come pure già precedentemente rilevato, pendente il giudizio dinnanzi al Giudice delle leggi, il legislatore, con l'art. 12, comma 1, lett. a), del d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, aveva tentato di modificare in alcune parti la formulazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010. Tale modifica non veniva però confermata dalla legge di conversione 17 febbraio 2012, n. 10.

Successivamente alla ridetta pronunzia della Corte Costituzionale n. 272 del 2012, la materia della mediazione obbligatoria è stata ridisciplinata dall'art. 84 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. "decreto del fare"), convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che, mediante l'inserimento del comma 1-bis e varie modifiche apportate sia all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 che ad altre disposizioni della legge, ha nuovamente regolamentato l'esperimento della conciliazione quale condizione di procedibilità per la domanda giudiziale in alcune materie.

È bene a questo punto illustrare il comma 1 (dichiarato costituzionalmente illegittimo con la pronunzia n. 272 del 2012 della Corte Costituzionale) e il comma 1-bis dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, allo stato vigente.

La disposizione dichiarata illegittima prevedeva che:

"1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni".

Il comma 1-bis dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 prevede ora che:

"1-bis. 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 il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni".

Viene altresì in rilievo nell'ambito dell'odierno contenzioso l'art. 16 dello stesso d.lgs. 28/2010, in forza del quale è stato adottato il regolamento 18 ottobre 2010, n. 180, ovvero l'atto gravato in questa sede.

Anche l'art. 16 ha subito modifiche per effetto dell'art. 84 del d.l. n. 69 del 2013, convertito dalla l. n. 98 del 2013.

La disposizione prevede al comma 1 che "Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione nelle materie di cui all'articolo 2 del presente decreto. Gli organismi devono essere iscritti nel registro".

Il comma 2 stabilisce che "La formazione del registro e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, l'istituzione di separate sezioni del registro per la trattazione degli affari che richiedono specifiche competenze anche in materia di consumo e internazionali, nonché la determinazione delle indennità spettanti agli organismi sono disciplinati con appositi decreti del Ministro della giustizia, di concerto, relativamente alla materia del consumo, con il Ministro dello sviluppo economico. Fino all'adozione di tali decreti si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dei decreti del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222 e 23 luglio 2004, n. 223. A tali disposizioni si conformano, sino alla medesima data, gli organismi di composizione extragiudiziale previsti dall'articolo 141 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni".

Il comma 3 recita che "L'organismo, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. Nel regolamento devono essere previste, fermo quanto stabilito dal presente decreto, le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati. Al regolamento devono essere allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 17. Ai fini dell'iscrizione nel registro il Ministero della giustizia valuta l'idoneità del regolamento".

Il comma 4 dispone che "La vigilanza sul registro è esercitata dal Ministero della giustizia e, con riferimento alla sezione per la trattazione degli affari in materia di consumo di cui al comma 2, anche dal Ministero dello sviluppo economico".

Il comma 4-bis, novella – si sottolinea – inserita dall'art. 84 del d.l. n. 69 del 2013, convertito dalla l. n. 98 del 2013, stabilisce che "Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione 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. Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Il comma 5 prevede che "Presso il Ministero della giustizia è istituito, con decreto ministeriale, l'elenco dei formatori per la mediazione. Il decreto stabilisce i criteri per l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché per lo svolgimento dell'attività di formazione, in modo da garantire elevati livelli di formazione dei mediatori. Con lo stesso decreto, è stabilita la data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione di cui al presente comma costituisce per il mediatore requisito di qualificazione professionale".

Il comma 6 detta infine una disposizione di carattere finanziario.

4. Può ora passarsi alla disamina delle questioni poste dal gravame all'odierna trattazione.

5. Va, com'è d'uopo, prioritariamente esaminata la questione di carattere pregiudiziale spiegata dai resistenti Ministero della giustizia e Ministero per lo sviluppo economico, che ritengono l'Associazione ricorrente priva di legittimazione attiva, per carenza in capo alla stessa della rappresentanza istituzionale degli interessi della categoria degli avvocati, spettante solo al Consiglio Nazionale Forense e agli ordini esponentziali.

Al riguardo, osserva il Collegio che è principio giurisprudenziale pacifico che un'associazione professionale, se e in quanto ne sia comprovato un apprezzabile grado di rappresentatività, può essere legittimata ad impugnare provvedimenti lesivi, oltre che di interessi propri, di interessi collettivi della categoria, non anche di singole posizioni giuridiche degli associati (C. Stato, V, 22 ottobre 2007, n. 5498; Tar Lazio, Roma, I, 5 dicembre 2008, n. 11015).

Applicando le predette coordinate ermeneutiche al caso di specie, l'eccezione in esame non risulta persuasiva.

Alla luce dello statuto dell'UNCC, la ricorrente ri-

sulta essere associazione non riconosciuta costituita tra associazioni di avvocati civilisti, avente scopo, tra altri, di promuovere iniziative dirette a conseguire un miglior funzionamento della giustizia, con particolare riguardo a quella civile (art. 2, lett. a) e di rappresentare a livello nazionale le istanze degli avvocati civilisti e degli iscritti alle Camere Civili aderenti all'Unione, nei rapporti con gli organi istituzionali dell'Avvocatura, i rappresentanti dei pubblici poteri, l'Ordine Giudiziario, le altre Associazioni forensi (art. 2, lett. g), senza che lo statuto stesso preveda una qualche limitazione dei mezzi mediante i quali realizzare i detti scopi.

Riferisce, inoltre, la ricorrente, senza essere smentita dalle eccezioni, di contare circa settemila iscritti sull'intero territorio nazionale, e di essere stata riconosciuta dal Congresso Nazionale Forense tra le associazioni maggiormente rappresentative dell'Avvocatura nel suo complesso.

Infine, va anche tenuto conto della materia investita dalla controversia, che, come rilevato dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 272/2012, attiene a giudizi (tra cui quello che occupa) nell'ambito dei quali "i rapporti sostanziali dedotti in causa concernono profili attinenti alla mediazione nel processo civile, che possono anche riguardare interessi professionali della classe forense".

L'eccezione in esame va per tutto quanto sopra respinta.

6. Si passa all'esame del merito del ricorso.

7. I due primi motivi dedotti nell'atto introduttivo del giudizio possono essere congiuntamente trattati.

Con la prima doglianza (illegittimità derivata dalla illegittimità costituzionale degli artt. 5 e 17 del d. lgs. 28/2010 in relazione agli artt. 24, 76 e 77 della Costituzione) la ricorrente sostiene che il legislatore delegato è incorso in eccesso di delega laddove ha introdotto l'obbligatorietà della mediazione e l'improcedibilità del giudizio interposto senza il previo esperimento della mediazione, entrambi non previsti dalla legge delega.

Con la seconda doglianza (illegittimità derivata dalla illegittimità costituzionale dell'art. 8 del d. lgs. 28/2010 in relazione agli artt. 24, 76 e 77 della Costituzione) la ricorrente sostiene che, poiché nella logica del decreto delegato, le scelte che la parte è chiamata ad effettuare nel procedimento di mediazione sono suscettibili di condizionare l'esito del successivo processo, per un verso la mancata previsione nel procedimento stesso della obbligatorietà dell'assistenza del difensore viola l'art. 24 della Costituzione (nonché favorisce le classi più abbienti, facoltizzate ad avvalersene), per altro verso l'introduzione della possibilità di acquisire elementi di prova in assenza di difesa tecnica, non prevista dalla legge delega, concreta eccesso di delega ex art. 76 Cost.

7.1. Osserva al riguardo il Collegio che le censure di cui si discute, più che evidenziare l'illegittimità del decreto 18072010 per violazione degli artt. 5 e 16 del d.lgs. 180/2010, sono volte a contestare la stessa disciplina normativa recata dai predetti articoli, ritenuta antinamica rispetto alla direttiva comunitaria 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE, e alla legge delega, art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69.

Come già ampiamente riferito, la Sezione ha ritenuto persuasive la più parte di tali censure, rilevando anche come le stesse racchiudessero i tratti salienti dell'interesse azionato in giudizio dalla ri-

corrente, finalizzato sostanzialmente, per il tramite dell'impugnativa del d.m. 180/2010, allo scrutinio di costituzionalità degli artt. 5 e 16 del d.lgs. 28/10.

E infatti, con la più volte richiamata ordinanza 12 aprile 2011, n. 3202, la Sezione ha sospeso il processo e rimesso gli atti alla Corte Costituzionale per l'esame della questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 24 e 77 Cost. degli artt. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, e 16, comma 1, in parte, del d.lgs. n. 28 del 2010, disponenti, rispettivamente, l'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie e i soli requisiti di serietà ed efficienza degli enti pubblici e privati abilitati a costituire gli organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione.

Al contempo, nella stessa ordinanza n. 3202 del 2011, la Sezione ha ritenuto che l'eccezione di costituzionalità relativa alla mancata previsione nel procedimento di mediazione obbligatoria dell'assistenza del difensore si profilasse non rilevante ai fini del presente giudizio, in quanto priva di qualsiasi collegamento diretto od indiretto con la domanda demolitoria del regolamento impugnato avanzata innanzi a questa sede.

Come già detto, successivamente alla ridetta pronuncia della Corte Costituzionale n. 272 del 2012, che, accogliendo parzialmente la prospettazione di cui alla predetta ordinanza, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 e altre disposizioni a esso correlate, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., la materia della mediazione obbligatoria è stata ridisciplinata dall'art. 84 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. "decreto del fare"), convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, mediante l'inserimento del comma 1-bis nel corpo dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 e varie modifiche apportate sia allo stesso art. 5 che ad altre disposizioni del decreto.

La novella legislativa, rispetto all'angolo visuale in cui si è situato il ricorso, ha apportato rilevanti modifiche all'istituto della mediazione.

Basti osservare sul punto, come meglio si dirà in seguito, che se è vero che l'esperimento della mediazione è stato ancora una volta configurato quale condizione di procedibilità per la domanda giudiziale in alcune materie, comunque rivisitate rispetto alle precedenti, è altresì vero che il nuovo testo del d.lgs. 28/2010 ha prescritto l'assistenza dell'avvocato.

Inoltre, gli stessi ricorrenti, a seguito delle modifiche normative di cui sopra, hanno spiegato avverso l'art. 84 del d.l. n. 69/2013, convertito dalla l. 98/2013, le nuove doglianze di costituzionalità, di cui ai motivi aggiunti.

Ne consegue che, allo stato, le censure in parola, affidate a un impianto argomentativo complessivo non più coerente con l'attuale quadro normativo, vanno dichiarate improcedibili.

8. Con il terzo motivo di gravame [violazione dell'art. 60, comma 3, lett. b) della l. n. 69 del 2009 e dell'art. 16 del d. lgs. 20/2010 – eccesso di potere per irragionevolezza – illegittimità derivata dalla illegittimità costituzionale dell'art. 16 del d. lgs. 28/2010 in relazione agli artt. 76 e 77 della Costituzione] la ricorrente lamenta che, laddove la legge delega pone il requisito dell'indipendenza sia in capo agli organismi di mediazione sia in capo ai singo-

li mediatori, l'art. 4 del decreto impugnato assicura tale indipendenza in misura molto minore, riferendola esclusivamente "allo svolgimento del servizio di mediazione" [comma 2, lett. e)].

Nella ridetta ordinanza n. 3202 del 2011, la Sezione ha ritenuto che anche tale censura si profilasse estranea alle sollevate questioni di costituzionalità, perché afferente esclusivamente allo scrutinio di legittimità dell'art. 4 del regolamento 180/2010.

La tematica deve, indi, essere ora affrontata.

8.1. L'art. 60, comma 3, lett. b), della l. delega n. 69 del 2009 indica tra i principi e criteri direttivi la previsione che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione.

L'art. 4 del d.m. 180/2010, censurato dalla ricorrente, ha subito modifiche per effetto dei decreti ministeriali 6 luglio 2011, n. 145 e 4 agosto 2014, n. 39.

Ma, già dalla originaria formulazione, come all'attualità, la disposizione prevede al comma 2 che, ai fini dell'iscrizione nel registro, siano verificati a carico degli organismi di mediazione:

- i requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori o rappresentanti dei predetti enti, conformi a quelli fissati dall'articolo 13 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 [lett. c)];
- la trasparenza amministrativa e contabile dell'organismo, ivi compreso il rapporto giuridico ed economico tra l'organismo e l'ente di cui eventualmente costituisca articolazione interna al fine della dimostrazione della necessaria autonomia finanziaria e funzionale [lett. d)];
- le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione, nonché la conformità del regolamento alla legge e decreto, anche per quanto attiene al rapporto giuridico con i mediatori [lett. e)].

La norma quindi prescrive, nell'ordine di cui sopra:

- in capo ai soci, associati, amministratori o rappresentanti degli organismi, per effetto dell'espresso richiamo all'art. 13, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, il possesso dei requisiti previsti per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso SIM, società di gestione del risparmio, SICAV e Sicaf. Tra tali requisiti, oltre la professionalità e l'onorabilità, figura l'indipendenza;
- l'autonomia (finanziaria e) funzionale dell'organismo;
- l'indipendenza, l'imparzialità e la riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione.

Tali prescrizioni declinano a carico degli organismi di mediazione, sotto i profili personali, strutturali e funzionali, e indi compiutamente, il concetto sostanziale di indipendenza assunto nella legge delega.

La censura è, pertanto, infondata.

9. Conclusivamente, alla luce di tutto quanto sopra, l'atto introduttivo del giudizio va dichiarato in parte improcedibile e per il restante respinto.

10. Come ampiamente sopra riferito, con pronuncia n. 272 del 2012 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010 in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giu-

diziale nelle controversie ivi previste, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., e di una serie di disposizioni dello stesso decreto a esso strettamente correlate.

In particolare, il Giudice delle leggi, al fine di verificare il rispetto dei principi posti in sede di emanazione del d.lgs. n. 28 del 2010, ha rilevato come né la direttiva comunitaria 2008/52/CE sopra illustrata, né gli altri atti comunitari presi in considerazione dalla pronunzia, né, infine, la legge delega pure illustrata (art. 60 della legge n. 69 del 2009), esplicassero in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione assunto dal menzionato art. 5, comma 1, della legge delegata.

Successivamente alla ridetta pronunzia della Corte Costituzionale n. 272 del 2012, la materia della mediazione obbligatoria è stata ridisciplinata dall'art. 84, comma 1, lett. b), del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. "decreto del fare"), convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che, mediante l'inserimento del comma 1-bis e altre modifiche apportate sia all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 che ad altre disposizioni della legge, ha nuovamente regolamentato l'esperimento della conciliazione quale condizione di procedibilità per la domanda giudiziale in alcune materie.

Mediante atto di motivi aggiunti parte ricorrente ha formulato anche avverso la predetta novella censure di illegittimità costituzionale, che si passa a esaminare.

11. Parte ricorrente assume in primo luogo che il novellato d.lgs. 28/2010, nonché l'art. 84, comma 1, del d.l. 69/2013 e l'art. 1, comma 1, della legge di conversione 98/2013, violino l'art. 77 Cost., sostenendo l'incompatibilità dell'introduzione a regime del nuovo sistema di accesso alla giustizia con lo strumento del decreto-legge, stante la carenza del carattere di straordinaria necessità e urgenza che ne legittima l'utilizzo, carenza che ritiene testimoniata dalla previsione che la nuova disposizione si applichi decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto (art. 84 del "decreto del fare").

11.1. La censura non persuade.

Va, al riguardo, considerato primariamente che la Sezione, nell'ordinanza di remissione 3202/2011 più volte citata, non abbia mai dubitato della possibilità, insita nella già illustrata direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE [espressamente finalizzata a facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e a promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario (art. 1, comma 1)], concessa agli Stati membri:

– di estendere, o meno, il campo di applicazione delle disposizioni comunitarie sulla mediazione in materia civile e commerciale da quello privilegiato, costituito dalle controversie transfrontaliere ai "procedimenti di mediazione interni" (ottavo considerando e art. 1);

– di renderlo, o meno, obbligatorio (art. 5, comma 2: "La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario").

La Sezione ha, piuttosto, rilevato che il grado di valorizzazione della mediazione, quale strumento tendenzialmente generale di risoluzione delle controversie, mediante l'esercizio delle predette opzioni discrezionali estensive dell'istituto – comportante, la prima, la scelta di renderla applicabile a rapporti che ricadono interamente nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati membri, la seconda, la scelta di renderla obbligatoria e in quale misura – inerisce, attenendo ai massimi livelli del sistema nazionale del settore "giustizia" in materia civile, secondo le attribuzioni proprie dell'ordinamento nazionale vigente, alla fonte normativa primaria [art. 111 Cost.; art. 117, lett. l) e m) Cost.].

La Sezione ha negato, quindi, e a ragione (come attestato dalla sentenza costituzionale n. 272/2012), che la seconda di tali scelte potesse essere legittimamente esercitata dal Governo in sede di legge delegata (d.lgs. 28/2010), in assenza nella legge delega (art. 60, l. n. 69 del 2009) di uno specifico principio e criterio direttivo.

Nel tema ora in discussione si versa in una fattispecie completamente diversa.

Non vi è dubbio, invero, che la scelta di rendere obbligatoria la mediazione nelle materie delineate dal nuovo comma 1-bis dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 sia stata ora compiuta in esercizio di funzione legislativa, e ciò sia in sede di adozione del decreto-legge n. 69 del 2013, sia in sede di conversione del decreto, con la l. n. 98 del 2013.

Tanto premesso, e passando alla questione, posta dalla ricorrente, se lo strumento della decretazione d'urgenza sia idoneo a normare la materia, deve rammentarsi che la Corte Costituzionale, con giurisprudenza costante sin dal 1995 (sentenza n. 29 del 1995), ha affermato che l'esistenza dei requisiti della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità.

Tuttavia, la Corte Costituzionale (sentenza n. 171 del 2007) ha al riguardo chiarito che il relativo giudizio non sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento, in sede di conversione, dovendosi svolgere su un piano diverso, con la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto, con l'effetto di riconoscere ai requisiti di necessità e urgenza cui l'art. 77 Cost. subordina il potere straordinario del Governo di emanare norme primarie ancorché provvisorie comporta l'inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di elasticità.

In tal modo il Giudice delle leggi ha ritenuto, per un verso, che la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi, per altro verso, che l'eventuale difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità, debba risultare evidente.

Nella specie, la Sezione non ravvisa nella fattispecie in esame l'evidenza richiesta per sollevare nuovamente la questione di costituzionalità della mediazione obbligatoria, dedotta dalla ricorrente.

Invero, non può essere fondatamente posto in

dubbio come il riconoscimento, da parte della sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012, dell'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010 in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie ivi previste, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., ovvero per l'accertata carenza nella legge delega di cui all'art. 60 della l. 69/09 di criteri e principi direttivi legittimanti tale scelta da parte del legislatore delegato, abbia frustrato le chiare finalità deflattive del contenzioso giudiziario che il legislatore delegato stesso ha riconnesso all'intero sistema delineato dallo stesso d.lgs. 28/2010.

E ciò in un contesto di nota evidenza della necessità di riforme in materia di giustizia civile, sottolineate anche dalla "Raccomandazione del Consiglio [Europeo, n.d.r.] sul programma nazionale di riforma 2013 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità dell'Italia 2012-2017" del 29 maggio 2013.

Tale raccomandazione, invero:

- all'undicesimo considerando, ha rilevato come "Per migliorare il contesto in cui operano le imprese occorre completare la riforma della giustizia civile dando rapidamente attuazione alla riorganizzazione dei tribunali, abbreviando la durata eccessiva dei procedimenti e riducendo il volume dell'arretrato e il livello di contenzioso", ritenendo specificamente che "A seguito della sentenza della Corte costituzionale dell'ottobre 2012 sulla mediazione, è necessario intervenire per promuovere il ricorso a meccanismi extragiudiziali di risoluzione delle controversie";

- al punto 2, ha raccomandato all'Italia di "abbreviare la durata dei procedimenti civili e ridurre l'alto livello di contenzioso civile, anche promuovendo il ricorso a procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie.

È parimenti indubitabile che gli organismi di mediazione venuti a esistenza e iscritti nel registro degli organismi di mediazione nel non breve periodo decorrente tra l'entrata in vigore del d.lgs. 28/10, e segnatamente dell'art. 5 vecchia formulazione, e la pronuncia del Giudice delle leggi n. 272 del 2012, si siano necessariamente strutturati sulla base di tutte le previsioni originarie del decreto, ivi comprese quelle relative all'obbligatorietà della mediazione in determinate materie, risultando, in tal modo, interamente portata a compimento l'organizzazione strutturale cui il legislatore delegato intendeva far ricorso, anche coattivo, per introdurre la detta modalità di risoluzione delle controversie alternativa al sistema giudiziario.

Applicando a tale contesto le predette coordinate ermeneutiche, deve riconoscersi la sussistenza di quella straordinarietà del caso, tale da legittimare, ai sensi dell'art. 77, come interpretato dalla Corte Costituzionale, la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito.

Nulla muta, al riguardo, considerando che previsione che l'art. 84 del "decreto del fare" ha previsto che la novella si applichi decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

Si tratta, infatti, per un verso, di una opportuna disposizione di cautela, che rimanda alla conversione del decreto-legge l'operatività del sistema introdotto.

Non va invero dimenticato che, come già pre-

cedentemente riferito, pendente il giudizio conclusosi con la sentenza 272/2012 dinanzi al Giudice delle leggi, con d.l. 22 dicembre 2011, n. 212 (art. 12, comma 1, lett. a), il Governo aveva tentato di modificare in alcune parti la formulazione originaria dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, ma tale modifica non è stata confermata dalla legge di conversione 17 febbraio 2012, n. 10.

Per altro verso, poi, la disposizione è inidonea a confermare l'assunto dei ricorrenti in ordine alla insussistenza dell'urgenza, atteso che, in ogni caso, il "decreto del fare", approvato il 21 giugno 2013, non avrebbe comunque potuto determinare l'immediata ripresa della mediazione, stante la sospensione feriale dei termini giudiziari e l'eventualità che gli organismi di mediazione necessitassero, successivamente alla ridetta sentenza n. 272/2012, di una ripartenza organizzativa.

12. Parte ricorrente ritiene inoltre costituzionalmente illegittima anche la nuova previsione di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 28/2010, laddove prevede che "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".

Parte ricorrente, in particolare, ritiene che la facoltà, di carattere discrezionale, concessa al giudice di appello, di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione, sia illogica nonché violativa della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.

La Sezione non ritiene di poter aderire a tale prospettazione.

Basti osservare, al riguardo, che la direttiva 2008/52/CE illustrata in premessa, al fine di incoraggiare la risoluzione alternativa e amichevole delle controversie costituita dal ricorso alla mediazione, per le precipue finalità già sopra descritte:

- all'art. 3, precisato il concetto di mediazione, chiarisce che tale procedimento, oltre che essere avviato dalle parti, può essere anche "suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale";

- all'art. 5, stabilisce che "L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia...".

Quindi, per la citata direttiva, che non precisa in quale segmento della causa già pendente l'organo giurisdizionale può suggerire o ordinare il ricorso alla mediazione, la eventuale ricorrenza di un siffatto provvedimento in fase di appello non contrasta ex se con gli scopi principali assunti dalla direttiva, ravvisabili nella garanzia di un miglior accesso alla giustizia (quinto considerando), sulla base di una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida (sesto considerando).

Inoltre, l'eccezione oblitera che la disposizione prevede che la remissione giudiziale delle parti al procedimento di mediazione, anche in appello, è subordinata alla valutazione della "natura della causa", dello "stato dell'istruzione" e del "comportamento delle parti", apprezzamenti tutti da effettuarsi da parte del giudice, proprio nell'ambito di un procedimento giudiziale rispondente ai requisiti del giusto processo di cui all'invocato art. 11 Cost.

Anche tale questione va quindi respinta.

13. Parte ricorrente denuncia ancora l'incostituzionalità dell'art. 13 del d.lgs. 28/2010, che prevede che "Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto".

La disposizione viene qualificata come una costrizione finalizzata a imporre il ricorso alla mediazione e un indebito ostacolo all'accesso alla giustizia, in violazione dell'art. 24 Cost., nonché incompatibile con un sistema che non garantisce l'adeguata configurazione della professionalità del mediatore.

La tesi non ha pregio.

Si rammenta che la Corte Costituzionale, nella ridetta sentenza 272/2002, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010, per contrasto con gli artt. 76 e 77 Cost., ha assorbito ogni questione, pure sollevata, relativa alla eventuale incostituzionalità della mediazione obbligatoria per violazione dell'art. 24 Cost.

La questione, quindi, è aperta, e non può ora che essere affrontata alla luce delle novelle apportate in materia dal "decreto del fare".

La nuova mediazione obbligatoria introdotta dall'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. 28/2010, per effetto delle complessive modifiche apportate alla disposizione e al decreto legislativo nel suo complesso, è profondamente differente dalla precedente.

È peraltro anche vero che la stessa si caratterizza per la presenza di numerose discrepanze.

Ne costituiscono esempio le contraddizioni ravvisabili nel testo di legge in punto di assistenza dell'avvocato nella procedura di mediazione.

Essa va ritenuta senz'altro obbligatoria ai sensi del comma 1 dell'art. 8, stante l'inequivocabile formulazione letterale della norma e la circostanza che l'art. 8 è precipuamente dedicato al procedimento di mediazione, con la conseguente centralità sul punto della disposizione, che, però, non coincide perfettamente né con l'art. 5, comma 1-bis, che riferisce l'assistenza dell'avvocato al mero atto di impulso della conciliazione obbligatoria, né con l'art. 12, comma 1, che prevede che solo 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.

Tali contraddizioni, peraltro, potranno essere risolte in sede di rivisitazione del testo del decreto delegato 28/2010, già programmato. L'art. 5, comma 1-bis, chiarisce, infatti, che "La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione".

Ma, anche tenuto conto di quanto appena sopra, è certo che non sono riproducibili nei confronti della "nuova" conciliazione obbligatoria quei rilievi critici

cui aveva dato luogo il previgente sistema, poggianti sul combinato disposto di alcune previsioni, poi modificate, che hanno fatto fondatamente dubitare della suscettibilità della "vecchia" mediazione obbligatoria di consentire l'esercizio effettivo del diritto di difesa in giudizio e la possibilità di condurre a una composizione delle controversie in conformità all'alto rango dei principi che caratterizzano la materia nell'ordinamento nazionale vigente.

Basti, infatti, osservare che:

- le materie per cui la mediazione è obbligatoria e costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale sono state rivisitate in senso diminutivo, non essendovi più tra le stesse il risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (art. 5, comma 1-bis);

- la condizione di procedibilità è ora assolta senza che sia necessario esperire un vero e proprio tentativo di conciliazione, ovvero con la mera partecipazione a un primo incontro (art. 5, comma 2-bis);

- nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, da svolgersi non oltre trenta giorni dalla domanda di mediazione (art. 8, comma 1), nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione (art. 17, comma 5-ter);

- si prevede l'assistenza dell'avvocato per promuovere la conciliazione obbligatoria (art. 5, comma 1-bis);

- si prevede l'assistenza dell'avvocato fino al termine della procedura (art. 8, comma 1);

- la proposta del mediatore interviene soltanto all'avverarsi delle relative condizioni, dopo il primo incontro, nell'ambito del quale il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione e invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, procedendo nel caso positivo (art. 8, comma 1);

- solo 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 (art. 12, comma 1);

- al fine di sottrarsi alle conseguenze pregiudizievoli, in tema di argomenti di prova e di sanzioni, derivanti nel successivo giudizio dalla mancata partecipazione al procedimento di mediazione laddove obbligatorio, possono essere adottati giustificati motivi (art. 8, comma 4-bis);

- gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori (art. 16, comma 4-bis).

A ciò si aggiunga che le modifiche medio tempore apportate al d.m. 180/2010 hanno rafforzato la qualità del servizio di mediazione.

Basti richiamare, al riguardo, le nuove disposizioni ora vigenti in tema di formazione, aggiornamento e tirocinio dei mediatori (art. 4), nonché la prescrizione che il regolamento dell'organismo di mediazione contenga criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta [art. 7, comma 5, lett. e)].

Considerazioni tutte, queste appena elencate, che fanno escludere che il sistema in esame, allo stato vigente, possa sostanzialmente il pericolo di una indebi-

ta restrizione dell'accesso alla giustizia, ravvisabile (e ravvisato dalla Sezione con l'ordinanza 3202/11) in occasione dell'esame delle originarie formulazioni del d.lgs. 28/2010 e del d.m. 180/2010.

Ne consegue che, nell'ambito della rimodulazione incisiva dell'istituto – anche mediante la previsione dell'assistenza tecnica del difensore, la più ragionevole regolazione del primo incontro della mediazione, finalizzata all'illustrazione alle parti degli scopi che le sono propri e alla verifica della disponibilità di entrambe le parti a pervenire in via generale a un accordo conciliativo, la rimessione della proposta conciliativa a una fase eventuale e successiva, condizionata al previo accertamento della volontà espressa in tal senso dalle parti – le norme di cui si discute, incentrate sulla già venuta a esistenza di una "proposta", si qualificano come strumenti volti indirettamente a favorire, più che il ricorso alla conciliazione, la partecipazione diligente e in buona fede al relativo procedimento, come conseguenza dell'atto di assenso inizialmente prestato.

È evidente, infatti, che l'inveramento della fattispecie di cui si discute e le relative conseguenze pregiudizievoli previste dalla disposizione richiedono la presenza di una proposta conciliativa, e, quindi, ora, presuppongono che vi sia stata l'adesione delle parti alla possibilità della risoluzione conciliativa.

La norma in parola, pertanto, ha più che altro la finalità di sanzionare il mancato assolvimento dell'onere di ponderare il contenuto della proposta, onere che trova esclusiva fonte nell'assenso alla conciliazione prestato dall'onerato.

Si versa, pertanto, in una ipotesi che, rimarcando il carattere negoziale del procedimento di conciliazione, risulta del tutto estranea all'art. 24 Cost..

14. Le questioni di legittimità costituzionale spiegate dai ricorrenti avverso il d. lgs. n. 28 del 2010, come modificato nelle more del giudizio dall'art. 84 del d.l. 21 giugno 2013, n. 79, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, in riferimento agli artt. 24 e 77 Cost. risultano, per quanto sopra, infondate.

15. Restano da esaminare i nuovi profili di illegittimità dedotti con i mezzi aggiunti a carico del d.m. 180/2010.

15.1. Parte ricorrente sottolinea il sopravvenuto contrasto tra il novellato art. 17, comma 5-ter, del d.lgs. 28/2010 e la disposizione di cui all'art. 16, commi 2 e 9, del d.m. 180/2010.

L'art. 5-ter in parola prescrive che "Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione".

Il comma 2 dell'art. 16 del d.m. 180/2010 prevede che "Per le spese di avvio, a valere sull'indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte per lo svolgimento del primo incontro un importo di euro 40,00 per le liti di valore fino a 250.000,00 euro e di euro 80,00 per quelle di valore superiore, oltre alle spese vive documentate che è versato dall'istante al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento. L'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo".

A sua volta, il comma 9 dello stesso art. 16 prevede che "Le spese di mediazione sono corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà".

È evidente che entrambe le disposizioni regola-

mentari si pongono in contrasto con la gratuità del primo incontro del procedimento di conciliazione, previsto dalla legge laddove le parti non dichiarino la loro disponibilità ad aderire al tentativo.

La censura è pertanto fondata e va accolta.

15.2. Parte ricorrente sottolinea ancora il sopravvenuto contrasto tra il novellato art. 16, comma 4-bis del d.lgs. 28/2010 e la disposizione di cui all'art. 4, comma 3, lett. b), del decreto n. 180/2010.

L'art. 16, comma 4-bis, del d.lgs. 28/2010 prevede che "Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione 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".

L'art. 4, comma 3, lett. b) del d.m. 180/2010 prevede il "il possesso, da parte dei mediatori, di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione in base all'articolo 18, nonché la partecipazione, da parte dei mediatori, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti".

Anche tale norma si profila palesemente in contrasto con le nuove disposizioni, nella misura in cui è suscettibile di essere applicata in via generale, ovvero anche nei confronti degli avvocati iscritti all'albo, che la legge dichiara mediatori di diritto, e la cui formazione in materia di mediazione viene regolata con precipue disposizioni.

16. In definitiva, le doglianze di cui al ricorso e ai motivi aggiunti in esame vanno dichiarate in parte improcedibili, e in parte accolte, nei sensi e nei limiti di cui sopra.

L'andamento della controversia, la complessità e la novità delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione tra le parti costituite delle spese di lite

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, lo dichiara in parte improcedibile e in parte lo accoglie, nei sensi e nei limiti di cui al punto 15 della motivazione, disponendo, per l'effetto, l'annullamento degli artt.16, commi 2 e 9, e 4, comma 3, lett. b), del decreto n. 180 del 18 ottobre 2010 e s.m.i., adottato dal Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dello sviluppo economico.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dell'8 ottobre e del 17 dicembre 2014, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Ivo Correale, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/01/2015

Giurisprudenza/2

Le parti devono aderire personalmente alla mediazione: sanzioni a favore dell'Eriario

TRIBUNALE ORDINARIO DI CASSINO

ORDINANZA

Il Giudice, lette le richieste ed allegazioni delle parti; Rilevato che allo stato non sussistono sufficienti elementi a conforto del provvedimento interdittale opposto, fondato su documenti inidonei, in presenza dell'opposizione, a rendere esecutivo il decreto ingiuntivo de quo;

Che, stante l'articolata opposizione, peraltro fondata in parte su prova scritta, la causa deve ritenersi comunque non di pronta soluzione e necessiterà di adeguata istruzione probatoria,

P.Q.M.

Rigetta l'istanza di concessione della clausola di provvisoria esecuzione del decreto opposto;

Visto il D.lgs 28/2010 e le successive integrazioni e le attuali modifiche legislative, dichiara improcedibile, allo stato, il presente giudizio di opposizione;

Concede termine, alle parti, di giorni quindici per la presentazione dell'apposita istanza presso Organismo di mediazione costituito nel circondario del Tribunale di Cassino, a decorrere dal giorno 03 novembre 2014;

Avvisa le parti che il verbale di mediazione con esito negativo, senza la partecipazione delle parti personalmente (nella specie i legali rappresentanti delle persone giuridiche muniti degli idonei poteri) o tramite procuratori speciali ad hoc o che comunque ab-

biano dichiarato di non aderire al procedimento, sarà nell'un caso ritenuto improduttivo di effetti giuridici e nell'altro caso produttivo di sanzioni, a favore dell'Eriario e dell'altra parte, come previsto dalla legge;

Nella denegata ipotesi di mancato accordo, ove non sia dipeso da comportamenti sleali delle parti, fissa nuova udienza per il prosieguo al 09 giugno 2015, h.12,00.

Manda alla Cancelleria per la comunicazione alle parti, il riordino del fascicolo cartaceo e l'aggiornamento dei dati telematici.

Cassino, 08/10/2014

Il Giudice

Dott. Filippo Giuseppe Capuzzi

Nota Ministero giustizia

Sentenza TAR Lazio n. 1351/2015

Il Ministero della giustizia ha effettuato sulla base della sentenza del T.A.R. del Lazio del 23 gennaio 2015 che dispone l'annullamento degli artt. 16, commi 2 e 9, e 4, comma 3, lettera b), del decreto 180 del 18 ottobre 2010 e s.m.i. il seguente comunicato: "Avviso 2 febbraio 2015 - La sentenza TAR Lazio n. 1351/2015 del 23 gennaio 2015 - immediatamente esecutiva - ha annullato l'art. 16, comma 2 e 9 del decreto ministeriale n. 180 del 18 ottobre 2010, perciò non è più possibile richiedere il pagamento di alcuna somma di denaro a titolo di spese di avvio - né a titolo di indennità - in sede di primo incontro. Gli organismi di mediazione sono invitati ad adeguarsi immediatamente a tale decisione fino ad eventuali nuove comunicazioni".



giuseppemarsoner@photography

la MEDIAZIONE & Libreria

BEATRICE LOMAGLIO e FRANCESCO SCANDALE (a cura di). **La mediazione civile e commerciale: teoria e pratica**. Franco Angeli, 2014. ISBN: 9788891705235, pagg. 174, € 21,00.



È stato pubblicato il volume *"La mediazione civile e commerciale: teoria e pratica"* a cura di Beatrice Lomaglio e Francesco Scandale, della collana Laboratorio Sociologico – Diritto, sicurezza e processi di vittimizzazione, Franco Angeli. Il volume nasce dall'esperienza del corso di alta formazione universitaria organizzato dall'Università di Bologna in partnership con AR Net e intende rappresentare uno strumento per la formazione del mediatore, ma anche un supporto per chi, a vario titolo, opera nell'ambito delle ADR.

L'impostazione manualistica consente di partire da un inquadramento generale della mediazione sia dal punto di vista sociologico che da quello giuridico e di approfondire alcune tematiche specifiche legate più in concreto alla pratica della mediazione.

L'obiettivo dichiarato infatti è quello di integrare l'approccio teorico con quanto sperimentato vivendo quotidianamente la formazione e la mediazione.

La ricchezza del volume è rappresentata dalla molteplicità dei punti di vista degli autori che vi trovano voce. Le competenze del mediatore possono infatti essere considerate il frutto dell'integrazione di discipline diverse e così i diversi capitoli sono focalizzati di volta in volta sugli aspetti giuridici, sociologici, psicologici, economici, relazionali della mediazione.

Nella prima parte il libro definisce la mediazione come strumento per trasformare il conflitto, attribuendogli quindi una funzione di stabilizzazione delle relazioni nell'ambito del contesto sociale. Si

sottolinea quindi come l'affermarsi della mediazione possa rappresentare un importante cambiamento culturale, come evidenzia anche il raffronto, in ottica comparata, con i Paesi di cultura anglosassone. L'istituto viene poi inquadrato nel panorama legislativo italiano e vengono delineati i criteri di qualità degli organismi di mediazione, che certamente rivestono nel nostro sistema un ruolo centrale.

Nella seconda parte vengono tracciate le competenze che il mediatore deve possedere per poter accompagnare e sostenere le parti nella negoziazione. Un focus particolare viene dedicato al conflitto, alle sue origini e caratteristiche.

La terza parte del volume prende in esame alcuni casi pratici di mediazione, con riferimento ad alcune delle materie che presentano un maggior grado di complessità, quali successioni ereditarie, le locazioni, la responsabilità medica e sanitaria, i contratti bancari, finanziari e assicurativi. Il confronto tra presupposti teorici e concretezza della pratica mette quindi in luce la flessibilità, la pazienza e la creatività richieste al mediatore per superare quelli che sembrano ostacoli insormontabili all'accordo.

Il testo è stato presentato al convegno "La pratica della mediazione a vantaggio dell'impresa e del cittadino", tenuto presso l'aula Bisogno del CNR a piazzale Aldo Moro. Hanno partecipato all'incontro oltre ai rappresentanti e mediatori di AR Net la dottoressa Vilma Iaria presidente dell'ADC Associazione Dottori Commercialisti – Sindacato Nazionale Unitario, il vice presidente della delegazione italiana della Corte Arbitrale Europea e sono state presentate alcune testimonianze del mondo imprenditoriale e civile che hanno avuto una esperienza diretta della mediazione.

Nel convegno si è evidenziata la necessità di una stabilità normativa nell'ambito della quale continuare a condurre con serenità la pratica della mediazione.

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)

Come sottoscrivere l'abbonamento:

► Inviare questo modulo 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)

la Rivista *la MEDIAZIONE* garantisce la riservatezza dei dati da Lei comunicati e La informa che potrà richiedere la loro cancellazione o rettifica scrivendo a: Rivista *la MEDIAZIONE*, via Dardanelli 33, 00195 Roma.

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.