

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la **MEDIAZIONE**

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

LA RIVISTA DEL CENTRO STUDI ADR

*7 settembre:
Giornata della mediazione***I NUMERI della MEDIAZIONE
CIVILE e COMMERCIALE**

Organismi di mediazione	544*
Numero mediatori	21.948*
Enti di formazione	218*
Numero formatori	1.072*
Costo mediazione	3,4%**
Costo giudizio	29,9%**
Numero mediazioni	690.662***
Accordi/procedimenti	10,83%***
Successo al tavolo	23,40%****
Mancata partecipazione	53,7%****

(*) Ministero della giustizia dati al 20.10. 2016 al netto degli organismi e enti cancellati (<https://mediazione.giustizia.it/>)

(**) Unioncamere (dati al 30.09.2012) in relazione al valore della controversia

(***) Nostra elaborazione su dati Ministero della giustizia al 30.06.2016

(****) Ministero della giustizia (dati dal 01.01.2016 al 30.06.2016)

I NUMERI degli O.C.C.

Organismi della Composizione della Crisi	86*
Gestori delle crisi da sovra indebitamento	2.548*

(*) Ministero della giustizia dati al 20 ottobre 2016

*In questo numero anche**La* **MEDIAZIONE****& Normativa** di Giorgio Altieri, Carlo Carrese, Andrea Giordano**& Comunicazione** di Luciano Spataro**& Impresa** di Gian Luca Bucciarelli, Alessandro Ferraro**& Giurisprudenza*****Il mediatore civile, come
esercente di un servizio
di pubblica necessità***

di Mario Lalicata

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

"LA RIVISTA DEL CENTRO STUDI ADR"

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.

Per conoscere le nostre convenzioni, vi invitiamo a visitare il sito www.rivistalamediazione.it

EDITORIALE di Marco Ceino

3

la MEDIAZIONE News

Convegno/1 - <i>Le ADR presenti alla BIAS</i>	4
Convegno/2 - <i>I^a Giornata Nazionale della Mediazione Civile e Commerciale</i>	4
Convegno/3 - <i>Mediazione Familiare tra diritto e legame</i>	5
Convegno/4 - <i>ARBIMEDIA a Roma</i>	6
Ministero Giustizia/1 - <i>I dati della mediazione</i>	6
Ministero Giustizia/2 - <i>Il Registro degli O.C.C. e elenco dei gestori</i>	8

la MEDIAZIONE & Normativa

La rappresentanza e l'assistenza legale in mediazione: differenze e cause di legittimo impedimento di Giorgio Altieri	9
La presenza delle parti in mediazione: giurisprudenza e metodologia di Carlo Carrese	15
Tra positivismo giuridico e soft law. A prima lettura del nuovo codice dei contratti pubblici di Andrea Giordano	19
Il mediatore civile, come esercente di un servizio di pubblica necessità di Mario Lalicata	25

la MEDIAZIONE & Comunicazione

Nuovi strumenti di comunicazione a disposizione del mediatore di Luciano Spataro	30
--	----

la MEDIAZIONE & Impresa

Modello di controllo e gestione anticrimine (D. Lgs. 231/1) di Gian Luca Bucciarelli e Alessandro Ferraro	33
---	----

la MEDIAZIONE & Giurisprudenza

Giurisprudenza/1: La proposta del mediatore disposta dal giudice - Tribunale Di Vasto - Ordinanza del 15/06/2016 - Giudice Fabrizio Pasquale	35
Giurisprudenza/2: Il giudice dispone alle parti di comparire personalmente - Corte d'appello di Milano - Ordinanza del 3/09/2016 - Giudice Francesca Fieconi	35



Foto di copertina: Archivio della Rivista

DIRETTORE RESPONSABILE

Dott. Marco Ceino
direttore@rivistalamediazione.it

COMITATO SCIENTIFICO

Claudio Berliri, *avvocato*
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

Giorgio Altieri, Gian Luca Bucciarelli, Carlo Carrese, Alessandro Ferraro, Andrea Giordano, Mario Lalicata, Luciano Spataro

REDAZIONE

Viale Giulio Cesare, 94
00192 Roma

Copyright © 2016

Centro Studi ADR S.r.l.

Viale Giulio Cesare, 94
00192 Roma
www.rivistalamediazione.it

Proprietà della testata: Marco Ceino

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

Stampa: Lino Service (Pg)

la MEDIAZIONE

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

ringrazia:

- **i gentili ABBONATI**
- **i componenti del Comitato Scientifico** Claudio Berliri, Giuseppe Buffone, Monica De Rita, Piero Sandulli, Giuseppe Tinelli e Giancarlo Triscari.
- **i 93 Autori** della rivista Roberto Raffaele Addamo, Giorgio Altieri, Marco Amore, Massimo Antonazzi, Pier Giorgio Avvisati, Andrea Bandini, Gianmario Battaglia, Alessio Bellanza, Massimiliano Bellini, Tania Borrelli, Franco Bufalieri, Maria Cristina Biolchini, Patrizia Bonaca, Alessandro Bruni, Gian Luca Bucciarelli, Giuseppe Buffone, Alessandra Cagnazzo, Giovanna Capilli, Guido Cardelli, Carlo Carrese, Anna Rita Cattò, Cristina Ceci, Maria Luisa Cenni, Alessandra Ciocchetti, Elisabetta Ciuffa, Raffaele Condemi, Bernardino Cordeschi, Rossella Cosentino, Elena Cuppini, Roberto D'Andrea, Giuseppina de Aloe, Monica De Rita, Roberto De Rossi, Giuliano Di Stefano, Emanuela Eboli, Francesca Falvo, Alessandro Ferraro, Gaetano Iorio Fiorelli, Ombretta Fuligiani, Gabriele Felici, Giulio Renato Fiorimanti, Andrea Giordano, Ivan Giordano, Andrea Giorgi, Mario Lalicata, Giusy A.M. La Marca, Federica Laurora, Vincenzo Lazzaro, Beatrice Lomaglio, Marino Maglietta, Marco Marianello, Giuseppe Marsoner, Maria Martello, Paola Martinelli, Edoardo Merlino, Laura Merlino, Barbara Morici, Roberto Nicodemi, Salvatore Paolo Nicosia, Anna Nicola, Laura Nicolamaria, Filippo Pagliarulo, Michela Paglione, Emanuela Palamà, Alessandra Passerini, Ilaria Patta, Paolo Pelino, Arianna Perez, Marco Perrini, Fabio Picilini, Stefania Pieroni, Donatella Pizzi, Mario Quinto, Pietro Sandulli, Elisabetta Sanesi, Giorgio Santacroce, Angelo Santi, Fabrizio Scarinci, Massimo Scuffi, Michela Sitzia, Luciano Spataro, Luca Tantalo, Giuseppe Tiracorrendo, Antonio Tomai, Francesca Tempesta, Mario Tocci, Giancarlo Triscari, Cesare Vaccà, Juan Carlos Verzulla, Gabriella Vigliar, Marica Villanova, Paola Vitali e Eleonora Ziccheddu

che hanno permesso di realizzare una rivista unica nel suo genere per autorevolezza, contenuti e approccio scientifico.

EDITORIALE

7 settembre: Giornata della mediazione

Due riflessioni e un'iniziativa per la mediazione.

La prima riflessione non può che riguardare i vantaggi competitivi dell'utilizzo delle tecniche di negoziazione in mediazione. Costituisce un'occasione da non perdere l'elaborazione del testo di riforma organica degli strumenti stragiudiziali voluto dal guardasigilli e affidato alla commissione "Alpa".

I lavori della Commissione si concludono il 15 gennaio 2017 e da voci attendibili si apprende che è previsto un prolungamento a sei anni della condizione di procedibilità con l'estensione alle sole materie che già prevedono il ricorso alla conciliazione presso il sistema camerale (franchising, sub-appalti forniture, etc.), la soppressione del primo incontro e la presenza obbligatoria delle parti al tavolo.

Tutto ciò agevola l'utilizzo e la diffusione della mediazione e rappresenta un vantaggio competitivo per l'impresa, il cittadino e il Paese.

Una seconda riflessione è che la mediazione rappresenta un vantaggio sociale attraverso l'affermazione della cultura della pace intesa come educazione al conflitto; capace cioè di un confronto critico, propositivo e creativo, nel ripristino della comunicazione tra le parti. Ciò potrà avvenire attraverso un'azione integrata che coinvolga innanzitutto tutte le componenti della filiera educativa.

È necessità, quindi, un'iniziativa capace di coinvolgere istituzioni, imprese, famiglie e cittadini. Una giornata dedicata alla mediazione: il 7 settembre.

Perché il 7 settembre? In ricordo del 7 settembre 2013 in cui si è svolta, sul Sagrato della Basilica Vaticana, la veglia di preghiera voluta da Papa Francesco per la pace in Siria, in Medio Oriente e nel mondo intero.

L'Osservatore Romano nell'editoriale del giorno successivo recitava: "La piazza si va riempiendo di gente desiderosa di manifestare quel desiderio di pace che riunisce persone di razze, culture e religioni diverse. Mentre i responsabili delle nazioni sembrano indifferenti e continuano a disertare l'impegno irrinunciabile del dialogo e del negoziato su questioni di vitale importanza". E il Santo Padre Francesco ebbe a dire "... il mondo che vogliamo non è forse un mondo di armonia e di pace, in noi stessi, nei rapporti con gli altri, nella famiglia, nelle città, nelle e tra le nazioni?" e anche "... dialogo, riconciliazione sono le parole della pace".

Concludendo con il canone 1446 del Codice di Diritto Canonico, promulgato il 25 gennaio 1983 da Papa Giovanni Paolo II, che stabilisce: "...nel popolo di Dio siano evitate, per quanto è possibile, le liti e si compongano al più presto pacificamente" (primo comma); "Il giudice sul nascere della lite ed anche in qualunque altro momento, ogni volta che scorga qualche speranza di buon esito, non lasci di esortare le parti e di aiutare a cercare di comune accordo un'equa soluzione della controversia, e indichi loro le linee idonee a tal proposito, servendosi eventualmente anche di persone autorevoli per la mediazione".

MARCO CEINO

Convegno/1

Le ADR presenti alla BIAS (Mostra Biennale Internazionale d'Arte Sacra Contemporanea)

Dal 23 settembre al 23 ottobre 2016 si è svolta a Palermo una importante mostra internazionale di arte sacra contemporanea delle religioni dell'umanità organizzata dal World International Sicilian Heritage e dall'artista Rosa Mundi, e curata da Chiara Modica Donà dalle Rose.

Come si legge sul sito dedicato alla mostra (biasinstitute.it), l'obiettivo della mostra è quello di creare un contesto di espressione artistica e dialogo interreligioso, al confine tra il sacro e la spiritualità, superando i pregiudizi e i limiti caratterizzati dalla lingua e dalla non conoscenza delle religioni dell'altro. È, infatti, la spiritualità oltre le barriere linguistiche e geografiche e i confini nazionali, in una visione universale che vede l'arte e la religione come protagonisti e veicoli di valori etici ed estetici.

La lingua e la religione sono due delle matrici fondamentali che imprime la culla culturale, nello specifico la religione dona le prime suggestioni metafisiche che implicitamente ed esplicitamente accompagnano l'artista attraverso diverse culture e credi. L'arte è uno strumento di dialogo e di riflessione all'interno dell'identità, capace di segnare un percorso inter/transreligioso che è il cardine contemporaneo dell'alterità.

Le città della prima edizione di BIAS sono Venezia e Palermo. Le sedi principali dove si svolgono gli eventi della BIAS sono Palazzo Belmonte Riso e l'Atrio di Palazzo Gaetani di Bastiglia. Da queste due sedi partono una rete di luoghi espositivi che coprono tutto l'asse del centro storico della Città di Palermo denomina-

to il "Cassaro", oggi chiamata Via Vittorio Emanuele, da Porta Felice a Porta Nuova, sino a San Giovanni degli Eremiti e l'Oratorio di San Mercurio. "La Creazione" è il tema scelto per la prima edizione della BIAS.

In questo ambito si sono svolti due importanti convegni dedicati al rapporto fra il mondo del diritto e quello dell'arte che sono stati patrocinati dalla Camera Arbitrale della Camera di Commercio di Roma (ora Arbitra Camera) e dalla FUIS (Federazione Unitaria Italiana Scrittori), due realtà unite da un progetto in corso per la diffusione degli ADR nella contrattualità degli scrittori. Ha prestato il proprio gratuito patrocinio anche la Rivista La mediazione un vantaggio sociale e competitivo e l'Università San Raffaele di Roma.

Convegno/2

I^a Giornata Nazionale della Mediazione Civile e Commerciale

Mediazione, ultimo baluardo della Giustizia Civile: è il messaggio che arriva dalla I^a Giornata Nazionale della Mediazione Civile e Commerciale organizzato da Concilia Lex.

La mediazione come ancora di salvezza per la Giustizia Civile, ultimo baluardo di un diritto davvero al servizio delle persone. È il succo estremo di quanto è venuto fuori dai lavori della I^a Giornata Nazionale della Mediazione Civile e Commerciale, svoltasi a Napoli venerdì scorso (14 ottobre) nella Sala Ischia del Palacongressi della Mostra d'Oltremare.

Già al momento dei saluti iniziali si è compresa l'importanza dell'evento, grazie all'assessore al Bilancio del Comune di Napoli, Salvatore Palma, che ha sottolineato i vantaggi dell'utilizzo dello strumento della mediazione per i tempi della Giustizia. A seguire, il presidente del Tribunale di Napoli, Ettore Ferrara, ha parlato di netto miglioramento, negli ultimi anni, dell'approccio alla mediazione, ma ha auspicato una maggiore colla-

borazione tra organismi ed Ordini attraverso un modello di collaborazione interistituzionale ed una continua quanto attenta azione di monitoraggio. È stata poi la volta del responsabile scientifico della Concilia Lex S.p.A., l'avvocato Pietro Elia, che dopo un intervento incentrato su una moderna concezione di Giustizia, di Diritto e di approccio "multidimensionale" alla controversia (il diritto va verso una direzione "materializzante"), si è rivolto in particolare ai giovani studenti dell'Università di Fisciano presenti, per comunicare loro quanto sia importante inserire una formazione diretta alla gestione del conflitto nel contesto accademico.

Ma veniamo al cuore della giornata: gli interventi dei relatori, introdotti in maniera puntuale e chiara dalla moderatrice dei lavori, la prof.ssa Maria Teresa Cuomo, docente di Management all'Università degli Studi di Milano Bicocca, hanno affrontato tutti gli aspetti che riguardano la mediazione civile e commerciale, com-

prese le criticità. Ampio spazio è stato dato alla visione dell'istituto da parte della magistratura, attraverso l'intervento dei Consiglieri Antonio Manna e Angelo Spirito, entrambi Magistrati di Cassazione, e del dott. Massimo Vaccari, giudice del Tribunale di Verona. Il primo si è soffermato sugli "Strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e le loro ricadute processuali", ponendo l'accento soprattutto sullo snellimento dei tempi dei tribunali e della Giustizia, ribadendo come "Occorre stare attenti a che il processo non esporti alla mediazione le lungaggini del procedimento e le sue criticità". Sollevato poi anche il problema della competenza territoriale e del primo incontro informativo programmatico.

Alcune criticità sono state poste in evidenza anche dal cons. Spirito nel suo intervento su "La mediazione come ultima Thule della giustizia civile". Paragonando l'istituto della mediazione al mito greco dell'antica isola nordeuropea Thule, se ne ricava una visione di

mediazione come "terra promessa" proprio per la Giustizia Civile. Spirito però ha tenuto a ribadire più volte l'importanza della formazione delle nuove leve degli avvocati, che dovrebbero essere, a suo avviso, letteralmente "convertiti" all'approccio alla mediazione.

A completare il quadro della visione della mediazione da parte dei tribunali è stato il Giudice del Foro di Verona, Massimo Vaccari, che largo contributo sta dando, con le sue sentenze, alla divulgazione dell'utilizzo della mediazione. La sua presentazione ha insistito su "*La mediazione nella prospettiva europea*", fornendo una panoramica a 360 gradi sullo stato dell'istituto della mediazione negli altri Paesi Europei, analizzato dal punto di vista delle materie dell'obbligatorietà e da quello della mediazione delegata. Interessante anche l'analisi delle differenze tra l'Italia e le altre nazioni europee e la convinzione che più che mutuare gli uni dagli altri, i Paesi Europei dovrebbero stilare una sorta di "modello europeo dell'istituto della mediazione".

Procedendo per settori, non è potuto mancare il punto di vista del ministero della Giustizia,

testimoniato da Giancarlo Triscari, Magistrato addetto all'Ufficio Legislativo, (già responsabile del registro degli organismi di mediazione, sempre per il ministero di Via Arenula) e dall'Onorevole Gennaro Migliore, anche sottosegretario. Se Triscari, dopo la trattazione di alcuni aspetti tecnici e specifici sulle prospettive di riforma, ha insistito molto sull'emersione del valore della volontà e sul problema dell'obbligo delle parti di comparire in mediazione, il sottosegretario Migliore ha messo in evidenza due punti salienti: la definizione più puntuale del procedimento e l'estensione delle materie di mediazione obbligatoria, ricordando che è in programma un accordo Quadro della Conferenza dei Rettori, con le Università, per promuovere l'istituto di mediazione.

Gli ultimi due interventi hanno dato spazio all'esperienza del mondo accademico, testimoniata dalla, docente di Diritto Commerciale all'Università di Firenze, e all'aspetto della comunicazione della prof.ssa Paola Lucarelli cultura conciliativa, trattato da Marco Ceino, direttore della rivista di settore "La Mediazione". La prof. Lucarelli, in particolare, ha parlato

dell'importante esperienza fiorentina nell'intervento: "*Mediazione: molti ci riescono! L'esperienza fiorentina*", ribadendo il concetto che la strada della mediazione è difficile da intraprendere ma si può fare! Cosa serve davvero? Per la Lucarelli è sufficiente che il giudice che invia in mediazione si chieda non A COSA serve la mediazione ma A CHI serve, ponendo in primo piano le persone.

In chiusura di convegno, Marco Ceino, trattando l'argomento del comunicare la mediazione, ha ricordato l'art. 21 del D. Lgs. 28/2010, che si occupa proprio di pubblicità e comunicazione della cultura conciliativa. Per Ceino due sono i tasti su cui continuare a battere in questi anni: comunicare in trasparenza ciò che avviene intorno alla mediazione, anche a livello di statistiche e numeri (poiché l'aspetto statistico ci mette costantemente di fronte al dato reale su cui intervenire) ed investire accuratamente nella formazione, ma soprattutto nella pratica dei mediatori.

L'appuntamento è ora per ottobre del 2017, nello scenario della bella Firenze, con la *II^ Giornata Nazionale della Mediazione Civile e Commerciale*.

Convegno/3

Mediazione Familiare tra diritto e legame

Il 15 ottobre 2016 si è svolto a Castrovillari (CS) il primo Convegno Formativo sulla Mediazione Familiare, dal titolo "Mediazione Familiare tra Diritto e Legame Sociale", organizzato da Rossella Cosentino, Mediatore familiare A.I.Me.F. (Associazione Italiana Mediatori Familiari).

L'evento è stato il risultato di una profonda collaborazione tra professionisti esperti del settore e provenienti dall'ambito giuridico e psicosociale. I relatori hanno affrontato varie tematiche inerenti l'istituto della mediazione, concernenti nello specifico: conflitto genitoriale e affidamento condiviso (*Assunta Angela Maria Conzo*); la voce dei figli in mediazione attraverso la comunicazione (*Flaviana Fiorucci*); l'importanza dell'invito del giudice di ricorrere alla mediazione in corso di causa, ottenendo il passaggio

da una giudiziale alla consensuale (*Francesca Di Nola*); il contributo della Sociologia allo studio della mediazione (*Mariarosaria Laino*); confronto tra aspetti giuridico - negoziali della Mediazione Civile e Commerciale e Mediazione familiare (*Marco Ceino*).

Recenti dati ISTAT rivelano che negli ultimi venti anni le separazioni sono aumentate di circa il 70% e i divorzi sono raddoppiati; dunque sono in costante aumento le coppie sposate o di fatto che si separano. Divisioni spesso conflittuali per le quali necessita l'intervento di un terzo neutrale, esperto di conflitti familiari e capace di far dialogare le parti, mettendo al centro della negoziazione l'interesse dei figli.

È più che mai chiaro a tutti (o quasi tutti) gli operatori del Diritto, che gli strumenti messi a disposizione dei giudici e degli

avvocati non sono sufficienti a risolvere adeguatamente le divergenze familiari, soprattutto in casi di separazioni coniugale.

Tutti i professionisti impegnati a fronteggiare problematiche familiari derivanti dalla vicenda disgregativa dovrebbero prendere atto che il nostro Paese ha inteso porsi in linea con i recenti orientamenti culturali, in tema di separazione, degli altri Paesi d'Europa.

Inoltre, è un incontrovertibile dato di fatto l'accresciuta sensibilizzazione dell'opinione pubblica verso le problematiche di coppia sempre più diffuse per l'alta incidenza delle separazioni coniugali.

L'intento di questo Convegno è stato quello di trasmettere l'idea della Mediazione Familiare quale strumento particolarmente efficace per risolvere controversie e disaccordi, specie in presenza di figli minori, quasi sempre tristemente contesi. I figli si trovano a dover subire non solo il trauma della separazione, ma anche

il perpetuarsi delle ostilità tra i genitori. Ebbene, in questo passaggio la famiglia non può essere lasciata ai burocratici meccanismi legali.

Sia chiaro: vedasi l'istituto della Mediazione Familiare complementare (e non sostitutivo!) alla consulenza legale e al negoziato da parte degli avvocati; è necessario che tutti gli operatori del Diritto siano aperti e sensibili alla cultura della mediazione, valore coadiuvante e non oppositivo della attività dell'avvocato.

Viviamo in un'epoca dominata da conflitti, piccoli o grandi che siano; perciò, promuovere una cultura della mediazione può rappresentare la modalità più sana per migliorare le relazioni interpersonali, garantendo così anche minori sofferenze ed evitando danni patologici.

Convegno/4 ARBIMEDIA a Roma

A Roma il 18 novembre 2016 presso la Camera dei Deputati (Sala dei Gruppi Parlamentari) si svolgerà il V° convegno annuale nazionale "Arbitrato e Mediazione civile, valide soluzioni alle liti e un'opportunità professionale" sulla scia del successo delle passate edizioni a Torino (oltre 30 relatori e 400 professionisti a manifestazione). Il convegno prevede tre sessioni: arbitrato, sovra indebitamento e mediazione. Inoltre spazi saranno dedicati alla nuova figura professionale dell'esperto ADR.

Il convegno intende 1) favorire una legislazione moderna, chiara ed efficace che garanti-

sca alte prestazioni professionali per gli operatori delle ADR e in favore dei cittadini e delle imprese; 2) diffondere l'uso dei sistemi di risoluzione delle controversie civili (arbitrato, mediazione civile, della negoziazione e del sovraindebitamento), come strumenti moderni ed efficaci per evitare lunghi e costosi processi dai risultati spesso incerti; 3) promuovere l'adozione di clausole contrattuali che consentono, in caso di divergenze, la possibilità di attivare una procedura ADR. Il convegno si svolge in concomitanza all'inaugurazione della sede Arbimedia di Roma.

Ministero giustizia/1 I dati della mediazione

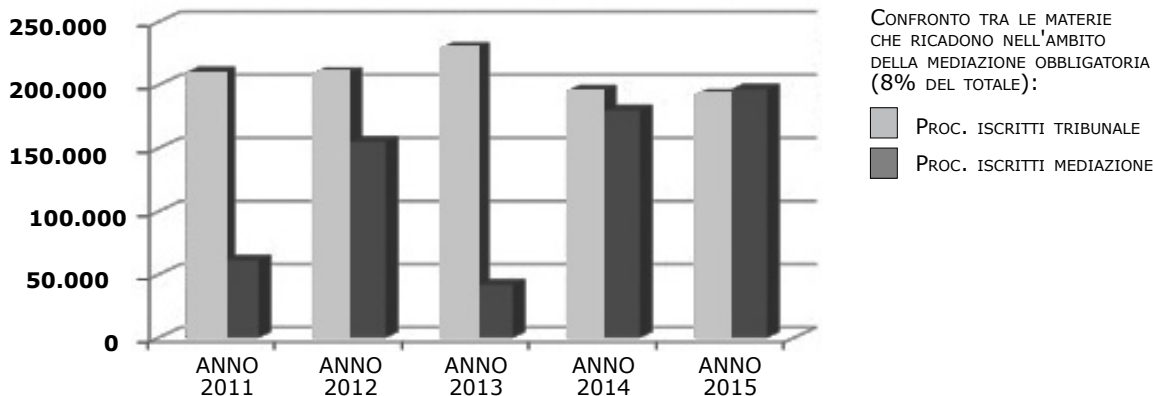
I risultati diffusi dal Ministero della giustizia denotano il sorpasso nel 2015 dei procedimenti di mediazione rispetto all'iscrizione di procedimenti iscritti presso il Tribunale nelle materie dove è prevista la condizione di procedibilità, dove è rilevante notare un calo in termini assoluti. 195.273 sono i procedimenti di mediazione iscritti presso gli organismi di mediazione nel 2015 contro 191.721 procedimenti iscritti presso i Tribunali ordinari relativi ai codici inerenti la mediazione, che rap-

presentano l'8% del totale contenzioso civile (vedi Grafico 1).

Da marzo 2011 al 30 giugno 2016 sono state presentate 690.662 istanze di mediazione e sono state 658.088 le procedure concluse di cui 71.295 con l'accordo (pari al 10,83% del totale delle procedure definite). Nella Tab. 1 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 (1.10.2013-30.06.2016). Quest'ultimo periodo è stato a sua volta suddiviso per anno per valutare l'andamento dei risultati in stabilità di normativa.

Dalla tabella 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 10,29%. Negli ultimi sei mesi si riscontra un significativo incremento degli accordi pari all'11,03%.



Elaborazione sui dati del Ministero della giustizia.

Grafico 1

L'andamento trimestrale delle istanze presentate è rappresentato nel Grafico 2.

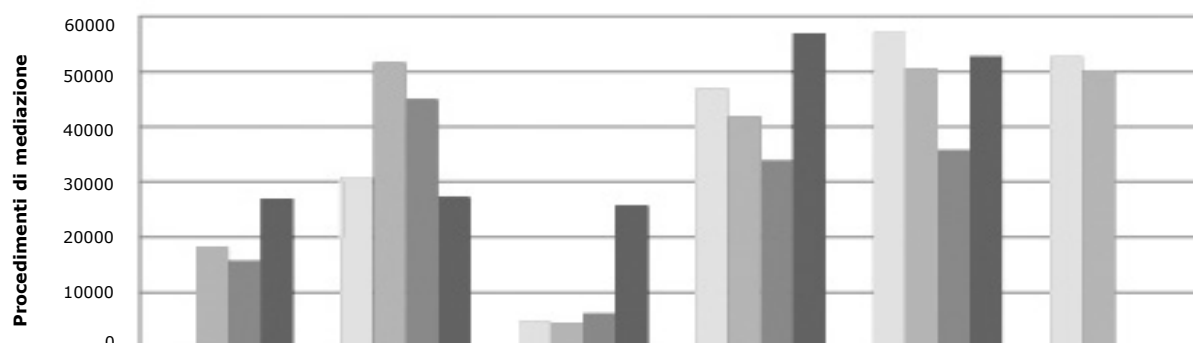
I dati forniti dal Ministero segnalano anche un interessante incremento dei risultati dei procedimenti avuti dalla mediazione demandata dal giudice che passa da un risultato percentuale pari all'1,7 del 2011 al 9,7% del 2015, come da Tab. 2. Non si conoscono ancora i dati relativi al 2016.

Particolarmente interessante è rilevare i risultati suddivisi per tipologia di organismo come da tabella che segue. Gli organismi di mediazione degli ordini forensi fanno registrare un costante incremento. Infatti nel 2014 rappresentavano il 33,40% dei procedimenti amministrati, 35,21% nel 2015, mentre nel primo semestre del 2016 hanno raggiunto il 36,75% del totale.

	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 Corte Costituzionale)	24.019*	3.300*	13,74*
*Totale Anno **da 1.1.2013 a 30.9.2013	14.401**	2.247**	15,16**
Dal 1.10.2013 sino al 30.09.2014 (effetti del cosiddetto decreto del fare 1° ANNO)	147.216	14.778	10,04
Dal 1.10.2014 al 30.09.2015 (effetti del cosiddetto decreto del fare 2° ANNO)	156.551	15.420	9,85
Dal 1.10.2015 al 30.06.2016	145.127	16.004	11,03
TOTALE dal 30.09.2013 al 30.06.2016 (effetti del decreto del fare: monitoraggio primi 27 mesi)	448.894	46.202	10,29
TOTALE	658.088	71.295	10,83

Tab. 1

Procedimenti di mediazione iscritti per trimestre (690.662 iscritti da marzo 2011 a giugno 2016)



	2011	2012	2013	2014	2015	2016
1 TRIMESTRE		30.880	4.785	46.910	57.074	52.763
2 TRIMESTRE	18.138	51.634	4.485	41.857	50.560	50.161
3 TRIMESTRE	15.670	45.050	6.369	33.871	35.819	
4 TRIMESTRE	27.002	27.325	25.695	56.949	52.794	

Grafico 2

Gli organismi privati rappresentano nel 2016 il 51,52% contro il 54,20% del 2014 ed una lieve flessione si nota anche negli organismi del sistema camerale (10,91% nel 2016 contro 11,635 del 2014).

Particolarmente interessante è il dato che emerge dalla Tab. 3 in merito alle procedure definite, suddivise per tipologia di organismo. A tale proposito si rileva che probabilmente il dato relativo al numero degli organismi e relativa ripartizione per categoria non tiene in con-

	2011 %	2012 %	2013 %	2014 %	2015 %
Demandata dal giudice	1,7	3,3	2,0	4,9	9,7
Obbligatoria (condizione di procedibilità)	77,9	84,9	57,5	84,2	81,6
Clausole contrattuali	0,5	0,3	1,5	0,7	0,4
Volontaria	19,9	11,6	39,0	10,2	8,3

Tab. 2

siderazione le numerose cancellazioni o abbandoni dall'attività. È da notare che il sito del Ministero pubblica un elenco di organismi di mediazioni che riporta 760 organismi di cui 216 cancellati al 20 ottobre 2016. Pertanto come riportato in copertina della rivista si ritiene che il numero degli organismi è di 544 e non 852 indicati nella rilevazione statistica del Mi-

nistero della giustizia al 30 giugno 2016. La nostra rivista ritiene che la differenza si dovrebbe avere principalmente nel numero degli organismi privati attivi. Dalla Tab. 4 si rileva che nel primo semestre 2016 sono 114 le mediazioni svolte in media da ciascun organismo, considerando invece 544 (e non 852), le mediazioni per organismo sono 179.

Nel 2016 si riscontra un costante miglioramento rispetto ai risultati del 2015 e 2014. L'andamento qualitativo dello svolgimento dei procedimenti di mediazione denota un miglioramento in termini di accordi raggiunti sia quando compare l'aderente (23,40%) sia in termini assoluti (10,83%) sul totale dei procedimenti definiti (vedi Tab. 5).

Tipologia Organismo	Definiti dal 01.01.2014 al 31.12.2014	%	Definiti dal 01.01.2015 al 31.12.2015	%	Variazione 2014-2015 *	Definiti dal 01.01.2016 al 30.06.2016	%
Organismi delle camere di commercio	18.185	11,63	20.361	10,96	+11,97	10.602	10,91
Organismi privati	84.723	54,20	98.415	52,98	+16,16	50.084	51,52
Ordine avvocati	52.211	33,40	65.398	35,21	+25,26	35.731	36,75
Altri ordini professionali	1.198	0,77	1.571	0,85	+31,36	797	0,82
Totale complessivo	156.317	100,00	185.745	100,00	+18,83	97.214	100,00

* Nostra elaborazione sui dati del Ministero della giustizia.

Tab. 3

Tipologia Organismo	Organismi al 30.06.2016	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 (%)
Organismi delle camere di commercio	87	10.602	122	23,7	48,0
Organismi privati	581	50.084	86	25,9	47,1
Ordine avvocati	106	35.731	337	20,3	36,5
Altri ordini professionali	78	797	10	33,5	48,3
Totale complessivo	852	97.214	114	23,4	42,9

* Nostra elaborazione sui dati del Ministero della giustizia.

Tab. 4

	2014	2015	Variazione 2014-2015 %	1° trim. 2016 %
Definiti	156.317	185.745	+18,83	45.389
Aderente comparso	40,50%	44,90%	+10,86	46,00
Accordo raggiunto*	24,40%	23,00%	-5,74	22,30
Accordo su totale procedure definite	9,882% pari a 15.447	10,327% pari a 19.182	+4,50	10,258 pari a 4.656

* Esito della mediazione con aderente comparso

Tab. 5

Ministero giustizia/2

Il Registro degli O.C.C. e elenco dei gestori

Alla data del 20 ottobre 2016 gli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento iscritti nel Registro tenuto presso il Ministero della giustizia sono 86 di cui 81 nella sezione A (50 degli Ordini dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 11 degli Ordini degli Avvocati e 19 del sistema camerale) e 2 nella sezione B (Comune di Acireale e di Vairano Patinora). 2.548 risultano essere i gestori da crisi da sovraindebitamento iscritti nell'elenco ministeriale di cui 148 sono professionisti dell'ODCEC di Roma (n. 1 nel Registro istituito ai sensi dell'art. 3 del Decreto Ministeriale 24 settembre 2014 n. 202).

La rappresentanza e l'assistenza legale in mediazione: differenze e cause di legittimo impedimento

La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al D. Lgs. 4.3.2010 n.28, è stata significativamente innovata dal Decreto del Fare (D.L. n. 69/2013, convertito con modifiche dalla L. n. 98/2013 e successive modifiche con D.Lgs. 6 agosto 2015, n.130), che ha previsto una serie rilevante di novità, quali: il primo incontro preliminare, la possibilità per il giudice di ordinare la mediazione, l'obbligatoria assistenza dell'avvocato, la competenza territoriale e l'immediata esecutività dell'accordo con la firma degli avvocati.

Nella riforma della mediazione in commento, è stato particolarmente evidenziato il ruolo dell'avvocato:

- anzitutto attraverso l'attribuzione della qualifica di mediatore "di diritto" a tutti i professionisti iscritti all'albo (art. 16, comma 4-bis, D.Lgs. n. 28/2010), con l'opportuna specificazione che l'avvocato che voglia concretamente operare deve essere adeguatamente formato *"in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico - pratici a ciò finalizzati"*;
- ancora, attraverso la sottoscrizione dell'accordo di conciliazione, da parte degli avvocati, ai fini della immediata esecutività dello stesso;
- e attraverso la previsione della obbligatoria assistenza del legale nel procedimento di mediazione.

Con specifico riguardo a detto ultimo aspetto, il D.Lgs. 28/10 contiene due diverse previsioni:

- art.5, comma 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 (...)"* (mediazione obbligatoria);

- art.8: *"al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"* (mediazione obbligatoria e/o facoltativa).

Sorge pertanto il dubbio se l'assistenza dell'avvocato debba ritenersi necessaria per tutte le mediazioni o soltanto per quelle obbligatorie.

Ove il tentativo di conciliazione viene previsto quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria (quindi nelle materie di cui all'art. 5, comma 1-bis - *Mediazione Obbligatoria*), in caso di fallimento della mediazione, il giudice dovrà valutare se il tentativo è stato regolarmente esperito.

In questo caso, la mancata assistenza legale di una parte potrebbe essere considerata rilevante ed il giudice potrebbe ritenere che la condizione di procedibilità non sia stata assolta. Nelle materie obbligatorie, pertanto, l'obbligo dell'assistenza di un avvocato finisce per interferire sulla validità dello stesso tentativo di mediazione.

Per le ipotesi di *Mediazione Facoltativa* questo problema non si pone, in quanto non vi è alcuna condizione di procedibilità da soddisfare. L'assenza del legale non pregiudicherebbe in alcun modo il regolare svolgimento della mediazione. Si tratterebbe, semmai, di un obbligo privo di sanzione.

Sembra, quindi, doversi concludere che *la legge prevede oggi un generale obbligo di assistenza di un avvocato in mediazione, ma nelle materie per le quali l'esperimento della mediazione è una mera facoltà, la violazione di questo obbligo non comporta alcuna conseguenza pregiudizievole per le parti.*

Per ciò che concerne, invece, l'eventuale esito positivo della mediazione, non può porsi in dubbio che l'accordo di conciliazione sottoscritto tra le parti, senza l'assistenza dell'avvocato, debba ritenersi pienamente valido, alla stregua di un qualsiasi contratto. L'unica conseguenza è che, per diventare esecutivo, l'accordo dovrà necessariamente passare attraverso l'omologa giudiziale, come espressamente contempla l'art. 12,

proprio per il caso in cui gli avvocati non lo abbiano sottoscritto.

Quanto alla presentazione della domanda di mediazione, appare pacifico che la stessa possa essere presentata dalla parte personalmente, posto che l'assistenza legale è richiesta specificamente agli incontri di mediazione. Nulla vieta, peraltro, che la domanda possa essere presentata dall'avvocato, in qualità di procuratore della parte.

Con *Circolare del 27 novembre 2013 n. prot. 168322*, il Ministero della Giustizia ha fornito alcune linee interpretative e direttive scaturenti dall'entrata in vigore dell'articolo 84 del cosiddetto "Decreto del fare", che ha apportato le sopracitate modifiche al Dlgs n. 28 del 2010.

La circolare prevede che l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di cosiddetta "mediazione obbligatoria", ivi compresa quella disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5 comma 2, ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa.

A tale soluzione il Ministero perviene correttamente alla luce del nuovo testo dell'articolo 12, comma 1, il quale espressamente configura l'assistenza legale delle parti in mediazione come meramente eventuale, affermando che *"ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato..."*.

Naturalmente, nell'ambito della mediazione facoltativa, le parti potranno in ogni momento esercitare la facoltà di ricorrere all'assistenza di un avvocato, anche in corso di procedura di mediazione come, ad esempio, nel caso in cui intendano intervenire per assistere le parti nel momento conclusivo dell'accordo di mediazione, anche al fine di sottoscriverne il contenuto e certificarne la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 12 del decreto.

Di contrario avviso rispetto al Ministero, il *Consiglio Nazionale Forense*, che con la *Circolare del 6 dicembre 2013 (25-C-2013)* ha affermato che l'obbligo dell'assistenza legale *«sembra riguardare ogni modello di mediazione, atteso che il testo normativo non fa distinzioni al riguardo»*. L'interpretazione è corretta, ma il CNF non pare accennare alla mancanza di conseguenze per l'assenza del difensore nelle mediazioni facoltative.

Come meglio si vedrà più avanti, sul punto, si sta consolidando un orientamento giurisprudenziale secondo cui la norma deve essere interpretata nel senso che la presen-

za personale delle parti è sempre obbligatoria. Tale assunto viene motivato in relazione alla *ratio* della norma e alla circostanza che il tentativo di conciliazione affidato ai difensori sarebbe svuotato di significato, tenuto conto che i difensori dovrebbero già aver tentato una definizione bonaria della controversia.

L'orientamento, per quanto autorevole, appare in un certo senso in contrasto con la norma, che prevede l'obbligatorietà della partecipazione delle parti al solo "incontro informativo", mentre non impone di avviare effettivamente un confronto per trovare una soluzione. Peraltro, in tema di rappresentanza negoziale, non sembra che le norme relative alla mediazione derogino esplicitamente alle previsioni generali di cui agli artt. 1392 e 1393 c.c.

Se, dunque, la parte può liberamente attribuire ad un rappresentante il potere di disporre del proprio diritto (che essendo devoluto alla mediazione non può che essere disponibile), allo stesso modo e con gli stessi limiti dovrebbe ritenersi possibile la delega ad altro soggetto per partecipare alla mediazione, purché dotato del potere di disporre del diritto in contesa.

Diversa, invece, l'ipotesi dell'avvocato che presenzi alla mediazione sulla base di un documento che abbia in realtà la forma e il contenuto del mandato alle liti. In questo caso, infatti, la mancanza di un'espressa attribuzione del potere di disporre del diritto rende inefficace la partecipazione del rappresentante e impone al mediatore di rappresentare alle parti la situazione e l'impossibilità (non tanto di procedere al confronto, se le parti vi consentono, quanto) di addivenire ad un accordo valido ed efficace.

Profili di Diritto Comunitario

La normativa europea non sembra avalare la scelta del legislatore italiano di imporre l'assistenza legale in mediazione. Se la Direttiva n. 52/2008 tace sul punto, la nuova Direttiva 11/2013 (sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori), all'art. 8, lett. b), dispone espressamente che le parti non devono *«essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale»*.

Del resto, la neonata "mediazione comunitaria" consente ai privati di provvedere direttamente e senza avvocato alla conciliazione delle controversie (d.lgs. n. 130 del 6 agosto 2015, che attua la direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, nazionali e transfrontaliere, nello specifico ambito delle obbligazioni derivanti da contratti di

vendita, ovvero di servizi, tra professionisti stabiliti nell'Unione Europea e consumatori ivi residenti).

Mancata partecipazione alla mediazione

Non partecipare alla mediazione, quando è obbligatoria, significa esporsi alle severe sanzioni previste dalla Legge, fra le quali la condanna al versamento all'erario di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio e la possibilità che il Giudice valuti, nel successivo giudizio, la mancata partecipazione come prova a favore dell'altra parte o ancora, nei casi più gravi, condanni la parte assente per "resistenza temeraria", obbligandola a risarcire la controparte.

La giurisprudenza, ormai, ha ben stabilito quali sono i motivi per i quali l'assenza dalla Mediazione è giustificata:

- la causa di forza maggiore (es.: *malattia che impedisce di partecipare*);
- il legittimo impedimento (es.: *il caso in cui il chiamato è un militare in missione all'estero*);
- la mancata o tardiva comunicazione del luogo e del giorno dell'incontro (che deve avvenire, se la residenza dell'invitato è distante dal luogo della Mediazione, con preavviso di almeno due giorni);
- l'incompetenza territoriale dell'Organismo di Mediazione adito (che deve avere sede nel luogo del Giudice territorialmente competente per la controversia);
- l'errore di persona (p. es. *il caso di omonimia*).

Al contrario non è mai considerato giustificato – e viene sempre sanzionato – l'assente che motiva il suo rifiuto a partecipare con il fatto di ritenere di "aver ragione", o di considerare infondate le richieste della parte istante. Del resto, è ovvio che sia così: in ogni controversia le parti hanno posizioni e valutazioni diverse della questione, altrimenti la controversia stessa non si sarebbe instaurata.

Va da sé, quindi, che partecipare alla Mediazione, essendo un obbligo dettato dalla Legge, non può mai essere considerata un'ammissione di responsabilità, neppure parziale; al contrario è il rifiuto a partecipare che può essere considerato prova della responsabilità dell'assente.

La mancata partecipazione (e, quindi, la mancata comparizione al tavolo della mediazione) è priva di un giustificato motivo, quindi, se l'altra parte non si è presentata davanti al mediatore senza fornire alcuna spiegazione, spiegazione che, però, potrebbe essere sempre addotta nel giudizio di

merito, che è il luogo dove dovrebbe effettuarsi la valutazione della mancata comparizione come argomento di prova.

In proposito è bene chiarire che nessun obbligo ha il chiamato di spiegare al mediatore le ragioni della sua mancata comparizione. L'argomento di prova desumibile dalla mancata partecipazione alla mediazione può essere tratto solo dal giudice ed è solo il giudice che può valutare se esisteva o meno un motivo giustificato dell'assenza del chiamato, senza che rilevino in alcun modo eventuali considerazioni espresse sul punto dal mediatore. E può pure valutare motivi ulteriori rispetto a quelli eventualmente indicati al mediatore. Certo, la giustificazione inviata al mediatore potrebbe produrre un effetto positivo, ossia quello di scoraggiare il mediatore dal formulare un'eventuale proposta conciliativa nella contumacia del chiamato (sempre che sia ammessa dal regolamento dell'organismo), proposta che può portare alle conseguenze sul regime delle spese di lite previste dall'art. 13 del d.lgs. 28/2010.

La mancata partecipazione è, poi, priva di un giustificato motivo anche nel caso in cui il motivo addotto dal chiamato è ritenuto dal giudice non supportato da un'idonea giustificazione causale.

Avv. GIORGIO ALTIERI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Fonti normative

Art. 5 D.Lgs. 28/10 "Condizione di procedibilità e rapporti con il processo"

(...)

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 (...). L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (...). [Comma inserito con D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98, successivamente modificato dall'articolo 1-bis, comma 2, del D.Lgs. 6 agosto 2015, n. 130].

2. Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura del-

la 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. (...).

2-bis. Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo (...). [Comma inserito con D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98].

Art. 8 D.Lgs. 28/2010 "Procedimento"

1. (...) Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. (...)

4-bis. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

Giurisprudenza di riferimento

Tribunale di Firenze dell'8 gennaio 2016

"Ad avviso di questo giudice il "primo incontro" cui allude la suddetta disposizione, non può che essere quello delle parti, cioè di tutte le parti del giudizio, avanti al mediatore. D'altra parte, come già affermato da questo Tribunale nella sentenza 19.3.2014 (giudice dott.ssa BREGGIA) al primo incontro di fronte al mediatore deve non solo procedersi ad opera del mediatore ad una attività informativa circa la funzione e la modalità della mediazione, ma anche effettuarsi una vera e propria attività di mediazione di merito sulle questioni oggetto di lite, salva la facoltà delle parti di non procedere oltre nella mediazione, ove non sia raggiunto accordo al primo incontro. Segue da quanto sopra che la parte che ha interesse ad assolvere la condizione di procedibilità ha l'onere di partecipare agli incontri avanti al mediatore. Invero, se al primo incontro le parti possono raggiungere l'accordo, come si evince a contrario dalla disposizione citata, è evidente che esse devono prima di tutto partecipare ad esso.

Ovvio che la mancata partecipazione alla mediazione della parte non onerata ex lege non potrà avere alcuna rilevanza ai fini della procedibilità della do-

manda attorea, non potendo certo la parte diligente subire un pregiudizio per la mancata collaborazione di quella che non ha interesse.

Ciò peraltro non esclude che la parte onerata, e cioè l'attore nei procedimenti ordinari, abbia in ogni caso l'onere di partecipare al primo incontro avanti al mediatore, che sarà anche quello conclusivo ove l'altra parte non compaia, ovvero anche a tutti quelli in cui in concreto si articola il procedimento mediatore. ... "La logica dell'istituto è, chiaramente, nel senso di onerare chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero proporre appello, non solo di promuovere la mediazione, ma anche di partecipare al relativo procedimento al fine di rendere possibile un accordo tra le parti in quella sede. In caso di mancata partecipazione alla mediazione della parte che ha l'onere di esperire il procedimento mediatore non sarebbe ragionevole ritenere applicabili le sole sanzioni di cui all'art. 8 citato. Si renderebbe cioè possibile alla parte onerata di assolvere alla condizione, assicurando la procedibilità della propria domanda, semplicemente attivando il procedimento e non mediante "l'esperimento" dello stesso.

In conclusione va quindi sanzionato con l'improcedibilità il comportamento della parte onerata ex lege che non compaia avanti al mediatore.

Circa la necessità ai fini del corretto assolvimento della condizione di procedibilità della partecipazione personale della parte alla mediazione, va richiamato il prevalente orientamento della giurisprudenza di merito (Trib. Firenze ord. 19.3.2014, est. Breggia; da ultimo: Trib. Vasto 23.6.2015; Trib. Pavia 14.9.2015, tutte agevolmente reperibili on line), il quale afferma, in sostanza, la stessa natura di atto personalissimo e non delegabile della partecipazione della parte sostanziale alla mediazione".

Tribunale di Roma del 26 ottobre 2015

"Va evidenziato che ai sensi e per l'effetto del secondo comma dell'art.5 D. Lgs. 28/10 come modificato dal D.L.69/13 è richiesta l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione demandata, laddove per effettiva si richiede che le parti non si fermino alla sessione informativa e che oltre agli avvocati difensori siano presenti le parti personalmente; e che la mancata partecipazione (ovvero l'irrituale partecipazione) senza giustificato motivo al procedimento di mediazione demandata dal giudice oltre a poter attingere, secondo una sempre più diffusa interpretazione giurisprudenziale, alla stessa procedibilità della domanda, è in ogni caso comportamento valutabile nel merito della causa".

Tribunale di Pavia del 14 settembre 2015

La procura speciale non è sufficiente a costituire validamente in mediazione il legale della parte in sua vece. All'avvocato, secondo quanto chiarisce il Tribunale di Pavia, compete "una mera funzione di assistenza della parte comparsa e non di sua sostituzione e rappresentanza".

Come stabilito, infatti, da costante giurisprudenza di merito, la parte deve presenziare gli incontri di mediazione; qualora sia impossibilitata non può validamente sostituirla il suo legale, dovendosi all'uopo richiedere comunque la presenza di un soggetto distinto, munito di delega sostanziale ad hoc.

Tribunale di Pavia del 13 maggio 2015

Il provvedimento, disposto dal Giudice, che rinvia al procedimento di mediazione esprime, di per sé, già un giudizio sulla mediabilità della controversia e la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti. E' quanto stabilisce l'ordinanza del 13 maggio del Tribunale di Pavia.

La stessa ordinanza ha specificato che la parte deve presentarsi personalmente innanzi al Mediatore con l'assistenza legale di un Avvocato che non può assumere alcuna funzione di rappresentanza.

All'incontro dunque necessita necessaria la presenza diretta della parte o tramite rappresentante diverso da chi presta l'assistenza legale, visto che l'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 fa riferimento esclusivo alla funzione di assistenza del difensore, senza alcun riferimento alla funzione di rappresentanza, presupponendo con questo la necessaria dualità dei soggetti che compongono la parte in un procedimento di mediazione.

In ultimo, nell'ordinanza si invita il mediatore a verbalizzare le eventuali assenze ingiustificate e quale, tra le parti presenti, dichiara di non voler proseguire nella mediazione oltre l'incontro preliminare.

"La mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti; Giova rilevare che l'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 sia al comma 1 che al comma 2 fa riferimento esclusivo alla funzione di assistenza del difensore, senza alcun riferimento alla funzione di rappresentanza, presupponendo con questo la necessaria dualità dei soggetti che compongono la parte in un procedimento di mediazione. In mancanza di tale dualità possono derivare conseguenze sia sul regolamento delle spese del giudizio fino ad influire sulla stessa procedibilità della domanda giudiziale;

Visti gli artt. 8, co. 4-bis, D.Lgs. 28/2010, 91 e 96 cpc;

Invita il mediatore a verbalizzare le eventuali assenze ingiustificate e quale, tra le parti presenti, dichiara di non voler proseguire nella mediazione oltre l'incontro preliminare; Invita mediatore e parti a valutare, già in sede di mediazione e per economicità processuale, l'opportunità di svolgere una consulenza tecnica econometrica".

Tribunale Pavia dell'1 aprile 2015

"Ritenuto inoltre che il tentativo di mediazione non possa considerarsi una mera formalità da assolversi con la partecipazione dei soli difensori all'incontro preliminare informativo, essendo evidente che i legali sono già a conoscenza del contenuto e delle finalità della procedura di mediazione ed essendo al contrario necessaria la partecipazione delle parti personalmente – o dei rispettivi procuratori speciali a conoscenza dei fatti e muniti del potere di conciliare – che all'interpello del mediatore esprimano la loro volontà di proseguire nella procedura di mediazione oltre l'incontro preliminare (ex multis, Trib. Palermo, Ord. 16.06.14; Trib. Roma, Ord. 30.06.14;

Trib. Firenze, Ord. 26.11.14; Trib. Siracusa, Ord. 17.01.15, Trib. Vasto, Sent. 9.03.2015)".

Tribunale di Vasto del 9 marzo 2015

"Così come per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, comma 1 bis, D. Lgs. n. 28/2010, che per la mediazione demandata dal giudice, ex art. 5, comma 2, è necessario - ai fini del rispetto della condizione di procedibilità della domanda - che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori, come previsto dal successivo art. 8) all'incontro con il mediatore.

Infatti, le disposizioni di cui all'art. 8 del D.Lgs. n. 28/2010 (come modificato dalla legge n. 98/2013), lette alla luce del contesto europeo nel quale si collocano (cfr. in particolare, direttiva comunitaria 2008/52/CE) impongono di ritenere che l'ordine del Giudice è da ritenersi osservato soltanto in caso di presenza della parte (o di un di lei delegato), accompagnata dal difensore e non anche in caso di comparsa del solo difensore, anche quale delegato della parte. Molteplici sono le argomentazioni che consentono di giungere a tale conclusione.

a) Innanzitutto, la natura della mediazione di per sé richiede che all'incontro con il mediatore siano presenti (anche e soprattutto) le parti di persona. L'istituto, infatti, mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto; questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore.

b) In secondo luogo, i difensori (definiti mediatori di diritto dalla stessa legge) sono senza dubbio già a conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità (come, peraltro, si desume dal fatto che essi, prima della causa, devono fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3 del D. Lgs. n. 28/2010), di talché non avrebbe senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore in vista di una inutile informativa.

"L'ordine del giudice è da ritenersi osservato soltanto in caso di presenza della parte (o di un di lei delegato), accompagnata dal difensore e non anche in caso di comparsa del solo difensore, anche quale delegato della parte.

Difatti:

a) la mediazione "mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto; questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore": il mediatore deve poter comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti, profili che le parti "possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori"; parti che divengono "autrici del percorso di soluzione dei conflitti". In mediazione, quindi, l'attività che porta all'accordo conciliativo "ha natura personalissima e non è delegabile".

b) i difensori sono senza dubbio già a conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità; di conseguenza, non avrebbe senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore in vista di una inutile informativa.

Da ciò consegue il principio secondo cui, "sia per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, comma 1 bis, D. Lgs. n. 28/2010,

sia per la mediazione demandata dal giudice, ex art. 5, comma 2, è necessario – ai fini del rispetto della condizione di procedibilità della domanda – che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori, come previsto dal successivo art. 8) all'incontro con il mediatore".

Considerato che il giudizio sulla mediabilità della controversia è già dato con il presente provvedimento, la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra il mediatore e i soli legali delle parti;

(omissis)

Invita il mediatore a verbalizzare le eventuali assenze ingiustificate e quale, tra le parti presenti, dichiara di non voler proseguire nella mediazione oltre l'incontro preliminare".

Tribunale di Roma del 19 febbraio 2015

"Invita i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza ... e specificamente della necessità di partecipare effettivamente e di persona (per le persone giuridiche, pubbliche o private, 'di persona' va riferito al soggetto – incaricato da chi è titolare del diritto oggetto della controversia – che ne abbia, ai fini che qui interessano, la rappresentanza, con la possibilità di disporre del diritto nell'ambito dei poteri conferitigli), assistiti dai rispettivi avvocati, al procedimento di mediazione".

Tribunale Pavia del 2 febbraio 2015

"Ritenuto inoltre che il tentativo di mediazione non possa considerarsi una mera formalità da assolversi con la sola partecipazione dei difensori all'incontro preliminare, essendo evidente che i difensori dovrebbero già essere a conoscenza del contenuto e delle finalità della procedura di mediazione, come istituita dal D.Lgs. 28/2010, ma sarà necessaria nuovamente la partecipazione delle parti personalmente o dei rispettivi procuratori speciali a conoscenza dei fatti e muniti del potere di conciliare, i quali dichiarino al mediatore, al termine della fase preliminare dell'incontro, la loro volontà di proseguire nella procedura di mediazione oltre l'incontro preliminare (ex multis, Trib. Roma, Ord. 30.06.14; Trib. Palermo, Ord. 16.06.14; Trib. Firenze, Ord. 26.11.2014);

(omissis)

Tribunale Pavia dell'1 gennaio 2015

"Ritenuto inoltre che il tentativo di mediazione non possa considerarsi una mera formalità da assolversi con la partecipazione dei soli difensori all'incontro preliminare informativo, essendo evidente che i legali sono già a conoscenza del contenuto e delle finalità della procedura di mediazione ed essendo al contrario necessaria la partecipazione delle parti personalmente – o dei rispettivi procuratori speciali a conoscenza dei fatti e muniti del potere di conciliare – che all'interpello del mediatore esprimano la loro volontà di proseguire nella procedura di mediazione oltre l'incontro preliminare (ex multis, Trib. Palermo, Ord. 16.06.14; Trib. Roma, Ord. 30.06.14; Trib. Firenze, Ord. 26.11.14; Trib. Siracusa, Ord. 17.01.15, Trib. Vasto, Sent. 9.03.2015)".

Tribunale di Firenze del 26 novembre 2014:

Il Giudice ha stabilito che, per ritenere avverata la condizione di procedibilità, anche nei casi di cui all'art.5 comma 1 bis, devono essere osservati due profili:

1) la mediazione deve svolgersi con la presenza personale delle parti

2) deve essere esperita effettivamente la mediazione

"Ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando i difensori si rechino dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione (...), possano dichiarare il rifiuto a procedere oltre, appare una conclusione irrazionale e inaccettabile. (...) La natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto (...). L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad un altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità ma non può considerarsi mediazione. (...) Occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione.

Per la mediazione demandata dal Giudice è particolarmente evidente la necessità che la mediazione sia effettivamente esperita; tuttavia anche per quella che precede il giudizio, è necessario giungere alla medesima conclusione. (...)

Nella mediazione è fondamentale, infatti, la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo di rapporti empatici ed è pertanto indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto. Il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti, e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori. (...)

Il Giudice ritiene, per questi motivi, che non sia possibile applicare analogicamente le norme che, nel processo, consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore o le norme sulla rappresentanza negli atti negoziali. La mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l'attività che porta all'accordo ha natura personalissima e non è delegabile (**il Giudice valuterà caso per caso se la mancata presenza personale sia giustificata**).

Alla luce delle considerazioni che precedono, il Giudice ritiene che anche per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art.5 comma 1 bis D.Lgs.28/10 è necessario che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art.8 D.Lgs.28/10) e che la mediazione sia effettivamente avviata".

La presenza delle parti in mediazione: giurisprudenza e metodologia

La disciplina del primo incontro di mediazione, disciplinata dall'art. 8 del D. Lgs. 28/2010, è stata rivisitata dal D.L. 69/2013, convertito nella legge n. 98/2013, che ha modificato il precedente decreto legislativo.

La nuova formulazione di tale articolo prevede che *"... al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento"*.

Dalla lettura di tale articolo sembrerebbero non esserci dubbi sul fatto che le parti, con l'assistenza del proprio difensore, debbano partecipare personalmente all'incontro di mediazione.

Sulla presenza obbligatoria dell'avvocato nella procedura di mediazione si sono espressi prima il Ministero della Giustizia con la circolare del 27 novembre 2013 e poi il Tar Lazio con la sentenza n. 1351 del 23 gennaio 2015, giungendo entrambi alla conclusione che l'assistenza alle parti degli avvocati in mediazione è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria ex art. 5 del suddetto decreto legislativo (ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5 comma 2), ovvero nei casi in cui il tentativo di mediazione rappresenti una condizione di procedibilità per poter agire in giudizio, ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa.

Si giunge a tale conclusione considerando che il nuovo testo dell'art. 12, comma 1, del D. Lgs. 28/10 configura l'assistenza legale delle parti in mediazione come meramente eventuale, laddove specifica che *"ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo..."*

Di talché, ferma la necessità dell'assistenza legale nelle forme di mediazione obbli-

gatoria, nella mediazione c.d. facoltativa le parti possono partecipare senza l'assistenza di un avvocato.

La questione relativa alla presenza obbligatoria delle parti personalmente in mediazione ha invece destato e continua a destare non pochi problemi interpretativi e applicativi.

Infatti, nonostante la apparentemente chiara formulazione del predetto articolo che richiede, come detto, la presenza personale delle parti, nella pratica del primo incontro, spesso, compaiono innanzi al mediatore unicamente gli avvocati (in ragione della predetta obbligatorietà della assistenza legale) o i consulenti nominati, muniti di delega a rappresentare la parte ed a conciliare la lite.

Questo approccio al tentativo di mediazione, anche in considerazione del fatto che i difensori dovrebbero aver già tentato una definizione bonaria della controversia, rappresenta, spesso, la neutralizzazione degli sforzi del legislatore che mirano alla diffusione di sistemi idonei a trovare un componimento della lite senza dover ricorrere alla giustizia ordinaria.

La giurisprudenza si è interrogata sulla validità giuridica del tentativo di mediazione esperito solo in presenza degli avvocati presenti anche in rappresentanza delle parti e non anche di queste ultime personalmente.

Prima di citare la giurisprudenza che si è pronunciata sul punto è il caso di evidenziare, sottolineando l'importanza del ruolo delle parti stesse all'interno della mediazione, che la direttiva 2008/52/CE considera la mediazione una procedura in cui due o più parti di una controversia tentano esse stesse di raggiungere un accordo sulla risoluzione della stessa con l'assistenza di un mediatore.

Tale direttiva sottolinea, altresì, che tale procedura è concepita in base alle esigenze delle parti che decidono in autonomia se accordarsi e come accordarsi ed inoltre che gli accordi raggiunti all'esito della medesima hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente. Viene, inoltre, aggiunto

che accordi raggiunti in questo modo tendono a preservare, più facilmente, una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.

Dai principi appena espressi si evince il ruolo fondamentale delle parti nella procedura di mediazione, la cui presenza risulta indispensabile per la buona riuscita della stessa.

In linea con tali principi il Tribunale di Firenze con tre articolate ordinanze emesse nel marzo 2014 ha ridefinito la mediazione – quale condizione di procedibilità – quale procedura vera, seria ed effettiva che non può prescindere da un concreto incontro personale delle parti, in assenza del quale, il tentativo non rappresenta che un'illogica duplicazione della burocrazia del giudizio.

Il Tribunale di Firenze ha, quindi, stabilito che le condizioni necessarie affinché possa considerarsi verificata la condizione di procedibilità sono: 1) che vi sia stata la presenza delle parti; 2) che le parti abbiano esperito un vero e proprio tentativo di mediazione.

Il Tribunale di Firenze giunge alla suddetta conclusione *in primis* in considerazione del fatto che i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, essendo già a conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità, non necessitano dell'informativa da parte del mediatore sulle caratteristiche ed il funzionamento dell'istituto in parola.

La natura della mediazione esige, inoltre, che siano presenti di persona anche le parti, in quanto l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto.

Il Tribunale di Firenze afferma, altresì, che ritenere la condizione di procedibilità assoluta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori.

Non avrebbe ragion d'essere, sempre secondo il predetto ufficio giudiziario, una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere, giustificabile solo quando una mediazione si sia effettivamente svolta e sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti.

Occorre, pertanto, che si sia svolta una vera e propria sessione di mediazione, altrimenti si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione.

L'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore

per le informazioni – aggiunge, inoltre, il Tribunale di Firenze – appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione circa la 'mediabilità' del conflitto.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando, quale criterio fondamentale, la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità che le parti compaiano personalmente e che la mediazione sia effettivamente avviata.

Sulla stessa lunghezza d'onda si pone la sentenza del Tribunale di Roma del 29/09/2014, secondo cui la presenza della parte che propone la mediazione, davanti al mediatore, si pone come condizione di efficacia del tentativo della mediazione obbligatoria anche quando la parte chiamata non si presenti in mediazione. Il Tribunale fonda la sua interpretazione anche sulla base della possibilità per il mediatore, sulla base di quanto contemplato dall'art. 11 del D. Lgs. 28/2010 e dall'art. 7 del D.M. 180/2010, di formulare una proposta anche in caso di partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione (sempre nel caso in cui il regolamento dell'organismo lo preveda).

Secondo il Tribunale di Roma, se la condizione di procedibilità non può considerarsi avverata quando la parte attivante non si presenti, pur nella mancata adesione della parte chiamata alla mediazione, a maggior ragione non può considerarsi soddisfatta quando entrambi le parti non sono presenti personalmente, pur nella adesione della parte chiamata in mediazione.

Concordemente, il Tribunale di Cassino afferma, a mezzo dell'ordinanza dell'otto ottobre 2014, che il verbale di mediazione con esito negativo, senza la partecipazione delle parti personalmente o tramite procuratori speciali ad hoc, deve essere ritenuto improduttivo di effetti giuridici.

Sempre il Tribunale di Roma, dott. Moriconi, in tema di mediazione delegata dal giudice, evidenzia, con l'ordinanza del 29/10/2015, che, ai sensi e per l'effetto del secondo comma dell'art. 5 D. Lgs. 28/10, come modificato dal D.L. 69/13, è richiesta l'effettiva partecipazione delle parti al procedimento di mediazione demandata, laddove per effettiva si richiede che le parti non si fermano alla sessione informativa e che oltre agli avvocati difensori siano presenti le parti personalmente; e che la mancata partecipazione (ovvero l'irrituale partecipazione)

senza giustificato motivo al procedimento di mediazione demandata dal giudice oltre a poter attingere, secondo una sempre più diffusa interpretazione giurisprudenziale, alla stessa procedibilità della domanda, è in ogni caso comportamento valutabile nel merito della causa.

Sul punto anche il Tribunale di Pavia è giunto alle medesime conclusioni, con la sentenza del 18/05/2015, con cui ha stabilito che la mediazione non può considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti, precisando che *"l'art. 5 del D. Lgs. 28/2010, sia al comma 1 che al comma 2 fa riferimento esclusivo alla funzione di assistenza del difensore, senza alcun riferimento alla funzione di rappresentanza, presupponendo con questo la necessaria dualità dei soggetti che compongono la parte in un procedimento di mediazione. In mancanza di tale dualità possono derivare conseguenze sia sul regolamento delle spese del giudizio fino ad influire sulla stessa procedibilità della domanda giudiziale"*.

Di nuovo, in tema di presenza della parte nella mediazione demandata, il Tribunale di Vasto, con la sentenza del 09/03/2015, ha precisato che le disposizioni di cui all'art. 8 del D. Lgs. 28/2010, lette alla luce del contesto europeo nel quale si collocano, impongono di ritenere che l'ordine del giudice è da ritenersi osservato soltanto in caso di presenza della parte (o di un di lei delegato), nella procedura di mediazione, accompagnata dal difensore e non anche in caso di comparsa del solo difensore, anche quale delegato della parte.

Il Tribunale di Vasto, nella citata sentenza, specifica, in linea con i "considerando" della menzionata direttiva comunitaria, che uno dei scopi principali della mediazione è quello di riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata al conflitto; questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. Precisa, inoltre, che la percezione delle emozioni e lo sviluppo dei rapporti empatici risultano fondamentali affinché il mediatore riesca a comprendere profondamente quali siano i bisogni, gli interessi ed i sentimenti dei soggetti coinvolti.

Per ultimo sempre il Tribunale di Roma, dott. Moriconi, con la sentenza del 17/12/2015, ha condannato ex art. 96 c.p.c. la parte che non si è presentata al tentativo di mediazione ordinato dal giudice.

La citata giurisprudenza si pone in linea

con l'esperienza nord americana in tema di mediazione, secondo cui quest'ultima è considerata una negoziazione assistita da un terzo che tende ad enfatizzare la responsabilità dei partecipanti affinché essi sviluppino soluzioni e prendano decisioni determinanti per la gestione e la risoluzione della controversia che li riguarda.

Altra caratteristica della mediazione, secondo tale tradizione, è rappresentata dal fatto che le varie opzioni di accordo devono essere individuate, seppur con l'aiuto del mediatore, direttamente e personalmente dalle parti, le quali saranno anche le uniche responsabili della sottoscrizione dell'accordo. Inoltre, essendo le parti stesse a trovare le soluzioni alle questioni sottese alla controversia, l'accordo che ne deriverà avrà molte più possibilità di essere rispettato, spontaneamente dalle medesime.

In quest'ottica il compito del mediatore è quello di aiutare le parti ad esprimere efficacemente le rispettive prospettive, chiarire gli interessi ed i bisogni di queste ultime, agire come intermediario nella negoziazione tra i soggetti coinvolti affinché gli stessi riescano a raggiungere un accordo che soddisfi i loro interessi profondi e le loro reali esigenze.

Occorre poi considerare un'altra caratteristica della mediazione ovvero quello di cercare di far riallacciare, con l'intervento del mediatore, i canali comunicativi tra le parti affinché possano essere compresi i rispettivi punti di vista delle parti e quindi, auspicabilmente, le rispettive ragioni del conflitto.

A tal riguardo appare opportuno evidenziare che il libro verde della UE 2002 afferma che nella mediazione le parti tentano esse stesse di trovare la soluzione che conviene loro di più e che una volta risolta la lite potrà essere ripristinata la loro relazione commerciale o di altra natura.

La presenza delle parti risulta, quindi, fondamentale, in quanto tutto ciò potrà avvenire solo quando le stesse sono personalmente presenti in mediazione e non anche quando sono rappresentate dai rispettivi difensori o consulenti, seppur a conoscenza dei fatti inerenti la controversia.

Per tali motivi la presenza personale delle parti in mediazione risulta assolutamente imprescindibile e fondamentale per la buona riuscita della stessa.

In particolare la loro presenza diviene fondamentale nella mediazione c.d. facilitativa, in cui sono le parti stesse a scoprire autonomamente una soluzione al conflitto attraverso una comunicazione facilitata dal

mediatore. In questo tipo di mediazione, in cui il mediatore non impone una soluzione alle parti né suggerisce ipotesi di accordo, l'accento è, invero, posto sul potere di autodeterminazione dei confliggenti, che dovranno decidere in piena autonomia se raggiungere un accordo e quale tipo di accordo sottoscrivere.

La presenza delle parti diviene ancora di più essenziale nella mediazione trasformativa, in cui si tende a conferire ancora maggiore potere alle parti, ai loro vissuti ed alle loro capacità di ripristinare un dialogo, non necessariamente finalizzato a trovare un accordo. Tale modello di mediazione tende a dare un sostegno ed una struttura alle capacità ed alle potenzialità umane di trasformare il conflitto.

A fronte delle suesposte considerazioni si ritiene che difficilmente la mediazione potrà risultare un importante momento di chiarimento e approfondimento delle questioni sottese alla controversia se al tavolo è presente, anziché la parte di persona, una persona terza rispetto alla vicenda, per quanto informata dei fatti.

Tuttavia alcuni commentatori (avv. Andrea Melucco), pur riconoscendo l'autorevolezza del predetto orientamento, ritiene lo stesso contrario al tenore della norma, in quanto in contrasto con la natura fondamentalmente volontaria della mediazione e con alcuni fondamentali principi giuridici.

Secondo tale interpretazione appare assai discutibile che la norma – senza alcuna espressa previsione in tal senso – possa im-

porre alle parti degli oneri diversi rispetto a quanto in via generale previsto, in tema di rappresentanza negoziale, dagli articoli 1392 e 1393 del codice civile. Pertanto l'assenza di esplicite deroghe a carattere speciale, nelle norme in tema di mediazione, deve condurre alla conclusione che il legislatore ha inteso non alterare le forme e norme di circolazione dei beni e dei diritti.

Se dunque la parte può liberamente attribuire ad un rappresentante il potere di disporre del proprio diritto, allo stesso modo può delegare altro soggetto – che deve necessariamente conoscere la materia del contendere – a partecipare alla mediazione, in virtù di apposita procura che lo legittimi a partecipare ed a disporre del diritto in contestazione.

Non sarebbe, pertanto, giuridicamente corretto impedire alle parti di farsi rappresentare in mediazione da soggetti legittimati a partecipare all'incontro e a firmare l'eventuale accordo, né allo stesso modo il mediatore può rifiutarsi di procedere nel tentativo di mediazione allorquando le parti compaiono con ministero di un rappresentante.

Ad ogni modo al di là del dato normativo e della relativa interpretazione cui sono tenuti gli operatori del diritto, la presenza delle parti in mediazione rappresenta, da un punto di vista metodologico, come abbondantemente sopra dedotto, un elemento essenziale per la buona riuscita della mediazione.

CARLO CARRESE

© RIPRODUZIONE RISERVATA

***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.**

***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.**

Tra positivismo giuridico e soft law. A prima lettura del nuovo codice dei contratti pubblici

Introduzione

Ogni Codice è, tradizionalmente, l'emblema del positivismo giuridico. E, pur a fronte dei dubbi anagrafici¹, il D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 è senz'altro Codice; dei Codici della tradizione incarna la naturale tensione all'esaustività e, quindi, alla complessiva semplificazione del panorama normativo e fenomenico.

A dimostrarlo, basti la *ratio* ispiratrice della novella, che è, non solo tesa ad attuare le direttive europee, ma anche a riordinare la vigente disciplina in tema di contratti pubblici², riducendo ad unità il quadro normativo, semplificando ed armonizzando l'esistente, nell'ottica di una rivitalizzazione del settore dei contratti pubblici e, con questo, delle sorti dell'economia nazionale.

Come i Codici rispondono all'esigenza di una *reductio ad unitatem*, ovviando all'incertezza che aveva connotato il sistema di diritto comune³, così, *mutatis mutandis*, il D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163 era sorto al fine di riordinare la pluralità di fonti frammentarie antevigenti ed, ora, il nuovo Codice tende a sostituirsi al citato decreto delegato, al Regolamento 5 ottobre 2010, n. 207 e ad ogni ulteriore atto normativo in materia, spargendo semi di certezza.

Eppure, gli artt. 212 e ss. del nuovo ordinamento non solo attribuiscono alla neoistituita Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri significativi poteri di monitoraggio, impulso e coordinamento nell'adozione di atti attuativi e decreti correttivi, ma danno altresì cittadinanza ad un'inedita *soft law*, con caratteri del tutto

peculiari⁴, destinata a promanare dall'Autorità Nazionale Anticorruzione⁵.

Se ed in che misura le esigenze 'positivistiche' sottese al Codice possano coniugarsi con gli strumenti flessibili introdotti dalle nuove norme è il quesito che, prima di ogni altro, si impone, a prima lettura del novellato testo.

Il D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 e la mitologia del codice

Eco della 'mitologia' del Codice si ha alla luce della 'riserva', contenuta nell'art. 218 e dei principi dettagliati nel novello ordito normativo.

In controluce rispetto al dettato del citato art. 218, secondo cui "*Ogni intervento normativo incidente sul presente codice o sulle materie dallo stesso disciplinate è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute*", sembra leggersi la presa d'atto di una sorta di onnipotenza demiurgica del Legislatore, che non riconosce dignità agli interventi extravaganti.

Se è senz'altro vero che – come ha rilevato il Consiglio di Stato⁶ – il vincolo (o auto-vincolo) imposto dall'art. 218 ha valore esclusivamente esegetico, monitorio e di indirizzo, non potendo una formula di auto-rafforzamento comportare la potenziata resistenza passiva di un corpo normati-

⁴ V., *amplius*, il § 3 del presente scritto.

⁵ L'Authority, che ha sostituito la precedente C.I.V.I.T. (Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche), accentra su di sé, alla luce del nuovo Codice, le competenze in materia di corruzione e trasparenza della p.a. con quelle di vigilanza sul funzionamento e sulla complessiva efficienza del sistema dei contratti pubblici. V., per profili generali, R. Cantone - F. Merloni (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione. Commento al d.l. n. 90 del 2014, convertito in legge n. 114 del 2014*, Torino, 2015, nonché E. D'Alterio, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giornale dir. amm.*, n. 6/2015, 757; F. Di Lascio - B. Neri, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, *ivi*, n. 4/2015, 454; B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, *ivi*, n. 2/2013, 123.

⁶ Nel recente parere Cons. Stato, 21 marzo 2016, n. 855.

¹ Ora lo si denomina, infatti, "*codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*", ora "*codice dei contratti pubblici*" ora, in linea con la *littera* dello stesso decreto delegato, "*attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE 2014/25/UE [...]*".

² V., in questo senso, l'art. 1 della Legge Delega 28 gennaio 2016, n. 11. Sul tema, per tutti: A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 15.

³ M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, Torino, 2007, 288.

vo, la codificazione espressa della 'riserva' è l'emblema di una pretesa di 'completezza', aderente a quella risalente impostazione ideologica che vedeva nel Codice un *opus* normativo compiuto ed organico "capace di comprendere tutti i possibili casi giuridici trasformandoli in propri costrutti teoretici"⁷.

La *ratio* unificatrice e semplificatrice del Codice si coglie, quindi, ai lumi del dettato dei principi, che, per la generalità che li connota, hanno un naturale funzione omogeneizzante⁸.

Di momento è il disposto di cui all'art. 30 – in parte anticipato, quanto a contenuto precettivo, con riguardo ai contratti esclusi, dall'art. 4 – che, dopo aver stabilito che l'affidamento dei contratti e la loro esecuzione debbano essere regolati dai principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, espressamente impone alle stazioni appaltanti di osservare – con riguardo all'affidamento, ma, come dovrebbe intendersi, anche alla successiva esecuzione – i canoni di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, altresì precisando che "Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico".

Il richiamo alla libera concorrenza, a quei valori che – come la trasparenza (su cui v. anche l'art. 29) – proteggono dal fenomeno corruttivo, altresì promuovendo il diritto di stabilimento e la massima partecipazione alle gare pubbliche, e l'attenzione riservata ad esigenze finanche sociali e di tutela dell'ambiente denotano la volontà del Legislatore di incidere, con fare penetrante, sul settore degli appalti, per altresì segnare, di riflesso, il corso della politica economica e sociale.

La *ratio* di esaustivamente regolare la materia, semplificandola e funzionalizzandola nell'ottica di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva⁹ si coglie, quindi, ana-

lizzando la normativa di dettaglio, tesa a creare un *ordo* unificato e coerente.

Date le 'complicazioni' del sistema previgente, è la 'semplificazione' che fa da chiave di volta del nuovo, autointegrato, corpo normativo.

Se, nel periodo di operatività del Codice previgente, ciò che più si lamentava erano le eccessive numerosità e frammentazione delle stazioni appaltanti, ad arginare la tendenza è la *liaison* tra la disciplina in tema di qualificazione degli enti aggiudicatori e quella in punto di aggregazioni e Centrali di Committenza, le amministrazioni che forniscono, tra le altre attività, quelle di preparazione e gestione di gare per conto di altre stazioni appaltanti (art. 3, lett. I). Da una parte, l'art. 38 prevede l'istituzione, presso l'A.N.A.C., di un registro *ad hoc*, destinato a 'censire' le sole stazioni appaltanti 'qualificate' – siccome idonee alla stregua di adottando criteri tecnico-organizzativi rigorosamente oggettivi – e, dall'altra, l'art. 37, nel fissare soglie – intenzionalmente basse – al sopra delle quali non è agli aggiudicatori dato acquisire lavori, servizi o forniture senza il possesso della prescritta qualificazione, al contempo consente di ovviare alla mancanza di quest'ultima con il ricorso a Centrali di Committenza o con l'alternativa aggregazione con una o più 'qualificate' stazioni appaltanti.

Ad esigenze di semplificazione è, parimenti, ispirata la disciplina dettata in relazione all'opposto lato del mercato.

Pur a fronte dell'apertura delle gare pubbliche ad una platea di concorrenti potenzialmente ampia (v. l'art. 3, lett. p), in ossequio al principio di massima partecipazione, gli artt. 83-84 contemplano un precipuo "sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici", preordinato al *rating* delle imprese¹⁰.

Non una semplificazione nel senso di falcidia – attraverso il virtuoso filtro della qualità – dei numeri esistenti, ma di riduzione degli oneri burocratici¹¹, permea, poi, il dettato sui requisiti di partecipazione alle gare.

Non solo è stato, in armonia con la normativa europea, introdotto il c.d. documento unico di gara – autodichiarazione, sostitutiva dei certificati rilasciati da autorità pubbliche

⁷ L. Mengoni, *I cinquant'anni del Codice civile: considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni, in Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, 1994, II, 752.

⁸ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 67; anche G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009, 392, che definisce i principi "«poli» giuridici da cui l'ordinamento viene attratto".

⁹ Così, del resto, il considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE; v. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in*

materia di appalti servizi forniture nei settori ordinari, in www.giustizia-amministrativa.it, § 1.

¹⁰ V., *amplius*, R. De Nicolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 5/2016, § 19.

¹¹ Sulle diverse accezioni di 'semplificazione', v. P. Mantini, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di gold plating e copy out*, in www.giustizia-amministrativa.it.

e terzi, che dà, tra l'altro, atto dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 –, ma è stata altresì consacrata una nozione di soccorso istruttorio che, pur necessitando ancora di un pieno adeguamento al c.d. divieto di *gold plating*, semplifica, in sintonia con la novella del 2014¹² (che consentiva di distinguere tra irregolarità non sanabili, irregolarità essenziali sanabili ed irregolarità non essenziali), la posizione delle imprese. Vero è, infatti, che, pur ponendosi, a carico del concorrente che abbia dato causa alle mancanze, incompletezze e ad ogni altra irregolarità essenziale, una sanzione compresa tra l'uno per mille e l'uno per cento del valore della gara, ma non superiore a 5.000 euro¹³, la scelta di esplicitamente estendere il 'soccorso' alle mancanze, e non solo alle incompletezze¹⁴, appare – nonostante l'ambito, potenzialmente ampio, delle irregolarità insanabili – di per sé sola, apprezzabile¹⁵.

La *ratio* armonizzatrice ed unificante della novella si coglie, quindi, in relazione alle norme di dettaglio volte a salvaguardare il bene 'trasparenza', che, oltre a 'semplificare' l'accesso alle informazioni rilevanti, neutralizza la portata disgregante della corruzione.

A rilevare sono non solo le previsioni contenute nell'art. 29, che si pongono in continuità ideale con i recenti interventi normativi¹⁶, ma anche le singole norme tese ad ovviare ai conflitti di interesse (artt. 24, 42, 77), il principio per cui tutte le procedure di scelta del contraente e del concessionario sono indette mediante bandi di gara (artt. 71 e 164, c. 1) – salve le eccezionali ipotesi in cui è dato ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando (artt. 59, c. 5, secondo alinea, 63, 125, 164, c. 3) –, i disposti relativi alle singole fasi delle procedure di affidamento (si pensi, ad esem-

pio, oltre ai nuovi criteri di nomina dei componenti delle commissioni aggiudicatrici¹⁷, all'armonizzazione dei contenuti dei bandi attraverso la predisposizione di bandi-tipo, da ritenersi vincolanti, ex art. 71), le inedite previsioni volte a 'digitalizzare' – soprattutto a tutela delle imprese medie e piccole¹⁸ – le procedure di gara¹⁹ e, prima di tutto, il ruolo di primazia assegnato all'Autorità Nazionale Anticorruzione, tra l'altro, in via esclusiva, dotata della competenza a presidiare al sistema di qualificazione di tutte le categorie di soggetti coinvolti nei contratti pubblici²⁰.

Diritto 'morbido' e istanze decodificatorie

La tensione all'esaustività, connotante la frenesia codificatoria ottocentesca, trova freno nella constatazione della pratica impossibilità di portare a sintesi il settore normato.

Lo dimostra, in relazione ad un Codice 'completo' (pur trattandosi di una idea di 'completezza' che si è, per così dire, sovrapposta a quella dei redattori²¹) come quello francese del 1804, il *Discours préliminaire* del 24 termidoro anno VIII, ove si legge che "un Codice, per quanto possa sembrare completo, non è ancora finito, ché mille questioni inaspettate si propongono ai giudici. Perché le leggi, una volta redatte, restano per come sono state scritte, gli uomini, al contrario, non si riposano mai e agiscono sempre: questo moto, che non si ferma mai e che ha effetti che si modificano secondo le circostanze, produce, in ogni istante, qualche fatto nuovo, qualche risultato nuovo"²².

Traccia della tendenza si ha anche alla luce del dettato del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Significativa è, in tal senso, non solo l'istituzione di una Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, cui l'art.

¹² D.L. 24 giugno 2014, n. 90, conv. con la L. 11 agosto 2014, n. 114.

¹³ Cosa, quest'ultima, che poco collima con lo stesso criterio di non onerosità delle integrazioni documentali, di cui alla lett. z) della Legge Delega 28 gennaio 2016, n. 11.

¹⁴ *Contra*: Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 e Id., 30 luglio 2014, n. 16.

¹⁵ Sempre nell'ottica della 'semplificazione', v. anche l'opportuna previsione contenuta nell'art. 97, che pone fine alle note *querelles* – per riferimenti: Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 2015, n. 3; C.G.A.R.S., 24 marzo 2015, n. 305; Cons. Stato, Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9 – in punto di oneri di sicurezza aziendale, allo stato oggetto di valutazione, da parte della stazione appaltante, ai soli fini del giudizio di anomalia delle offerte.

¹⁶ In particolare: la L. 6 novembre 2012, n. 90, il D.L. vo 14 marzo 2013, n. 33, la L. 27 maggio 2015, n. 69 e, quindi, la L. 7 agosto 2015, n. 124.

¹⁷ Da scegliersi giusto pubblico sorteggio da una lista di candidati comunicata dall'A.N.A.C.

¹⁸ V. il Documento di lavoro della Commissione europea, 25 giugno 2008, SEC (2008), 2193.

¹⁹ G. Bottino, *La spinta verso un "mercato digitale" che favorisce le piccole imprese*, in V. Italia (a cura di), *Codice degli appalti/2. La guida alle nuove regole*, Il Sole 24 Ore, 84.

²⁰ N. Parisi, *La centralità dell'A.N.A.C. nella regolazione e vigilanza per "prevenire" la corruzione*, in V. Italia (a cura di), *Codice degli appalti/2. La guida alle nuove regole*, cit., 9.

²¹ Così, U. Petronio, *La concezione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")*, in *Quad. fior.*, 1998, 27.

²² J.C. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Paris, 1827-1832, I, 258.

212 conferisce significativi poteri di monitoraggio, impulso e coordinamento nell'adozione di atti attuativi e decreti correttivi, che lo stesso Legislatore – con una presa di coscienza analoga a quella del Codificatore francese – testualmente prevede, ma anche di un'inedita *soft law*, destinata a promanare dall'A.N.A.C..

La Cabina di regia ha, infatti, sia la funzione di pianificare e coordinare la prima fase attuativa del Codice, sia quella di monitorare *ex post* l'impatto dello stesso sulla legislazione vigente.

Quanto alla prima funzione, sta alla Cabina effettuare una ricognizione degli atti attuativi, coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, e rilevando eventuali sovrapposizioni o difficoltà di applicazione, anche al fine di proporre soluzioni correttive e di miglioramento. I compiti di 'pianificazione' e 'coordinamento' si sommano, quindi, a quelli di monitoraggio *ex post* e, più segnatamente, di verifica dell'impatto del Codice e successiva, periodica, predisposizione di una relazione di controllo, da sottoporre alla Commissione europea.

Ancor più rilevante è l'attribuzione all'A.N.A.C., vero e proprio arbitro del settore, di peculiari poteri, e di regolazione e paragiurisdizionali²³.

Vanno, quanto alla funzione di *regulation*, menzionati, oltre alla predisposizione di regole di secondo livello (quali bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati), peculiari atti attuativi, le linee guida adottate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti su proposta dell'A.N.A.C. (art. 214, c. 12) e le ulteriori linee guida, vincolanti o non vincolanti, direttamente emanate dal Garante *ex art.* 213, c. 2²⁴.

Se le linee guida ministeriali di cui all'art. 214, c. 12, sono veri e propri regolamenti *ex art.* 17 della L. n. 400 del 1988 adottati su

mera proposta dell'A.N.A.C.²⁵, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari²⁶, le *guidelines* direttamente emanate dal Garante presentano aspetti di indubbia peculiarità.

Mentre le linee guida non vincolanti consistono in atti amministrativi, con funzione di indirizzo per stazioni appaltanti ed operatori economici, quelle propriamente vincolanti, pur atteggiandosi ad atti di regolazione riconducibili agli atti amministrativi generali²⁷, recano un contenuto sostanzialmente normativo²⁸.

Alla singolarità di una *soft law*²⁹ – o, per dirla con il Consiglio di Stato francese, di una ipotesi di *droit souple* – vincolante³⁰, si

²⁵ La quale definisce il contenuto finale di un atto sostanzialmente ministeriale.

²⁶ In questi termini si è, del resto, espresso il Consiglio di Stato: "anche indipendentemente dal nomen juris fornito dalla delega e dallo stesso codice (che potrà comunque precisarlo in sede di approvazione definitiva, nei singoli articoli di riferimento), tali atti devono essere considerati quali 'regolamenti ministeriali' ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400" (v. Cons. Stato, n. 855/2016, cit.).

²⁷ Alla tesi favorevole alla riconduzione delle linee guida alla categoria degli atti normativi *extra ordinem* si è opposto il Consiglio di Stato, secondo cui: "Questo Consiglio di Stato ritiene, invece, preferibile l'opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l'ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. Pertanto, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, 'di regolazione'" (ancora Cons. Stato, n. 855/2016, cit.).

²⁸ Ciò lo si desume, a titolo di esempio, dagli artt. 83 e 84 del Codice, che prevedono che le linee guida debbano, tra l'altro, stabilire i requisiti di partecipazione alle procedure e definire il sistema di qualificazione delle imprese, così condizionando lo stesso esercizio del diritto di impresa. Del resto, sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti, v., per tutti, V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti - A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009, 75.

²⁹ Sul relativo concetto, per tutti: E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Milano, 2008; in particolare, sul nesso tra *soft law* e *governance*: R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 28. In tema, v. anche F. Terpan, *Soft law in the European Union - The changing nature of EU law*, in *European Law Journal*, n. 1/2015, 68.

³⁰ Tanto da indurre a non parlare di *soft law* (in questo senso, C. Deodato, *Le linee guida dell'A.N.A.C.: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2016, § 5: "Mentre il fenomeno della *soft law* (generato nel diritto internazionale per risolvere questioni, transazioni, rapporti non soggetti ad alcuna normazione cogente)

²³ Per la relativa nomenclatura, con riguardo al più ampio fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti: M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

²⁴ Per i primi esempi di proposte di linee guida, v. quelle in tema di "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", "Direttore dei Lavori", "Direttore dell'esecuzione", "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", "Offerta economicamente più vantaggiosa" e "Servizi di ingegneria e architettura" sul sito *www.anticorruzione.it*.

aggiunge quella di poteri paragiurisdizionali, destinati ad alternativamente esplicarsi o attraverso pareri di precontenzioso, anch'essi vincolanti (pur a fronte, in questo caso, del previo consenso delle parti; v. l'art. 211, c. 1), o in virtù di raccomandazioni (v. l'art. 211, c. 2), che formalmente 'invitano' all'esercizio dei poteri di autotutela, in presenza di atti ritenuti illegittimi, ma sostanzialmente vincolano, in ragione delle sanzioni all'inobbedienza correlate³¹.

Sembra che, con l'istituzione della Cabina di regia, dotata anche del potere di proporre soluzioni correttive di incidenza sul D.L. vo n. 50 del 2016, e, ancor più, con l'attribuzione all'A.N.A.C. dei detti poteri di regolazione e paragiurisdizionali, il Legislatore abbia, al di là delle enunciazioni di forma ('riserva di codice' anzitutto), preso coscienza dell'ontologica 'incompletezza' dell'ordito normativo, non solo a fronte dell'imperante globalizzazione giuridica³², ma anche delle specifiche, complesse e cangianti, dinamiche del settore degli appalti pubblici.

E, se il riconoscimento di una mai piena adeguatezza ed esaustività di un Codice è, di per sé, prova di maturità, la prevista 'vincolatività' del diritto, per sua natura, 'morbido', dell'A.N.A.C. sembra risolversi in una contraddizione in termini, retaggio dell'ideologica 'mitologia' del Codice.

postula logicamente (come segnalato, peraltro, dall'uso dell'aggettivo "soft") l'assenza di vincolatività (viceversa prodotta solo dalla hard law) della regola di cui si tratta (proprio perché ascrivibile al novero delle tertiary rules), il cui rispetto viene sostanzialmente rimesso dall'adesione volontaria (anche per effetto della moral suasion o dissuasion operata, ad esempio, dalle autorità indipendenti) dei soggetti coinvolti nella sua sfera di operatività, le linee guida, al contrario, sono state pensate e previste (perlomeno in larga misura) come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari, tanto da sostituire [...] le disposizioni (sicuramente) regolamentari contestualmente abrogate". In senso contrario all'impiego dell'espressione *soft regulation*, si veda lo stesso Consiglio di Stato, che ha qualificato il relativo concetto "estraneo all'ordinamento nazionale e comunque troppo generico, in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale" (così, Cons. Stato, n. 855/2016, cit.).

³¹ Così, infatti, dispone l'art. 211, c. 2, del Codice: "Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250, 00 e il limite massimo di euro 25.000, 00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente decreto".

³² Per tutti, S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2001; Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; Id., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

Oltre a porsi in potenziale contrasto con i postulati della teoria generale, con il principio di legalità³³ e – quanto alle raccomandazioni di cui all'art. 211, c. 2 – con la stessa ricostruzione dell'autotutela decisoria in termini di *contrarius actus*, subordinato non solo all'esistenza di un vizio di invalidità, ma anche al doveroso vaglio di conformità della rimozione all'interesse pubblico e agli "interessi dei destinatari e dei controinteressati" (art. 21- *nonies* della l. n. 241 del 1990), la singolare ricostruzione accolta dal Codice potrebbe rischiare – ma saranno gli "auto-vincoli" dell'*Authority*, attuativi dei generali criteri di cui all'art. 213, c. 2, ad auspicabilmente smentirlo – di svuotare legittimazione democratica e legalità sostanziale, senza il puntuale adeguamento della 'struttura' – assetto organizzativo e procedimenti – alle pervasive 'funzioni' attribuite dal Codice. Se queste, come nel caso di specie, attengono alla regolazione di un settore, non è dato prescindere dai canoni di legalità procedurale, a compensazione del deficit di quella sostanziale³⁴, e, quanto all'organizzazione interna, dalla separazione delle funzioni³⁵ e dalla collegialità della struttura³⁶. Ciò è ancor più vero ove si con-

³³ E, quindi, con la legittimazione democratica – v., sul punto, C. Deodato, *Le linee guida dell'A.N.A.C.: una nuova fonte del diritto?*, cit., § 7: "E' sufficiente, al riguardo, rammentare che gli artt. 83 e 84 del Codice affidano alle linee guida dell'ANAC il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle procedure e il regime delle SOA, per dimostrare che il predetto atto (nonostante lo stravagante nomen, che, a riflettere bene, rivela anche stranezze e disarmonie lessicali) riveste una portata normativa particolarmente pregnante, nella misura in cui finisce per limitare o, comunque, condizionare l'accesso al mercato degli appalti pubblici e, in ultima analisi, lo stesso esercizio della libertà d'impresa".

³⁴ V., per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874: "[...] l'esercizio dei poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti, in quanto posto al di fuori del tipico circuito di responsabilità delineato in via di principio dell'articolo 95, Cost., risulta comunque giustificato dall'esistenza di un procedimento adeguatamente rispettoso delle regole di partecipazione, inteso quale strumento sostanzialmente sostitutivo della dialettica propria delle strutture stricto sensu rappresentative".

³⁵ Sulla concezione regolativo-giustiziale delle funzioni: N. Longobardi, *La regolamentazione e i controlli: le autorità amministrative indipendenti – Il modello regolativo giustiziale*, in Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 253.

³⁶ V., del resto, sulla posizione e sui poteri autonomi assunti dal Presidente dell'Autorità: N. Longobardi, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2016, § 6: "[...] l'attribuzione di poteri autonomi al Presidente dell'Autorità – mentre la collegialità è caratteristica delle autorità indipendenti

sideri che le competenze dell'A.N.A.C., per come disegnate dal nuovo Codice, sono destinate a trascendere un specifico 'settore', riguardando un mercato – quello dell'affidamento delle commesse pubbliche – che è lungi dall'essere 'settoriale'³⁷.

E se un Codice può, in forza del formale rispetto dell'*iter legis*³⁸ trovare in se stesso la propria legittimazione, ciò non vale per un formante 'morbido' che, come quello discendente dalle prescrizioni dell'A.N.A.C., si legittima dal 'basso', con l'adesione dei destinatari, all'esito di un 'giusto procedimento'³⁹.

Non è, in sé, contraddittorio – ancorché in distonia con talune scelte sottese al Codice, come il, pur avallato, incremento, sotto più profili, della discrezionalità delle stazioni appaltanti (e fermo restando il possibile arretramento rispetto agli obiettivi di sintesi, chiarezza e tempestiva attuazione della novella⁴⁰) – coniugare diritto (im)posto e regole flessibili, purché la flessibilità sia, tanto quanto la legittimazione dal 'basso', effettiva⁴¹. Regole non contenute nel Codice ma, ad un tempo, vincolanti⁴² rischiano – se adottate all'esito di procedimenti non adeguatamente tipizzati⁴³, sostanzialmente

preordinata a garantire imparzialità e ponderatezza delle decisioni – ed il profilo emergenziale di questa figura delineato dalla normativa più recente risultano non poco stridenti con la qualificazione di autorità amministrativa indipendente". Si confrontino altresì, in materia di commissariamento degli appalti, i rilievi di A. Maltoni, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1079 ss. Più in generale, sull'imparzialità, nella sua dimensione, e procedimentale e organizzativa, v. F. Vetrò, *Il principio di imparzialità*, in M. Renna - F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 2012, 91 ss.

³⁷ In questo senso, correttamente, C. Deodato, *Le linee guide dell'A.N.A.C.: una nuova fonte del diritto?*, cit., § 6.

³⁸ O, come nel caso che ne occupa, dei "surrogati" di cui all'art. 76 Cost.

³⁹ In argomento, per tutti: N. Longobardi, *La regolamentazione e i controlli: le autorità amministrative indipendenti – Il modello regolativo giustiziale*, cit., 243 e Id., *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 281.

⁴⁰ Così, R. De Nicolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., § 7.

⁴¹ V.P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1996, 72 e segg.

⁴² E la cui stessa vincolatività sembra – quanto alle linee guida di cui all'art. 213, c. 2 – sostanzialmente discendere da una discrezionale scelta dell'*Authority*: il Codice non stabilisce, infatti, con chiare, testuali, indicazioni, quando la linea guida possa essere 'non vincolante' e quando debba, piuttosto, vincolare i destinatari.

⁴³ E, pertanto, in dubbia sintonia con il principio di

rimessi alla libera scelta del Garante – di risolversi in ossimori di dubbia compatibilità con il sistema⁴⁴. Tramontata l'autoreferenzialità del *princeps*, portato dell'assolutismo giuridico, codificare e de-codificare⁴⁵ diventano operazioni, almeno in astratto, conciliabili; possibile è la loro convivenza purché entrambe sottendano un'adeguata *ratio* legittimante, che è, in definitiva, in ambo i casi, destinata a coincidere con l'effettività.

ANDREA GIORDANO
Procuratore dello Stato

© RIPRODUZIONE RISERVATA

legalità, che – come è noto – impone che, nell'ipotesi di remissione di poteri regolatori a fonti subordinate alla legge, vengano da quest'ultima predefiniti i parametri ai quali i detti poteri debbono attenersi. Appaiono, del resto, alquanto deficitari i criteri stabiliti dall'art. 213, c. 2, del nuovo Codice, che si limita a stabilire che "L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice". La generica "qualità della regolazione" e il c.d. divieto di *gold plating* sono, a Codice invariato, gli unici obiettivi ai cui perseguimento dovranno essere orientati forme e metodi di consultazione. Analoghe carenze si colgono, in materia di procedimenti sanzionatori, alla luce dell'art. 213, c. 13, che si limita a stabilire "Con propri atti l'Autorità disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza".

⁴⁴ Non sembra, del resto, appieno in linea con il principio del c.d. giusto procedimento, nella particolare accezione richiesta nei procedimenti avanti ai Garanti, il Regolamento sulla disciplina di partecipazione ai procedimenti di regolazione, adottato dall'A.N.A.C. il giorno 8 aprile 2015 (si pensi, ad es., all'art. 3, c. 1, che prevede l'audizione innanzi al Consiglio dei soli soggetti portatori di interessi, collettivi e diffusi, pubblici e/o privati che l'Autorità ritiene "opportuno" ascoltare; lo stesso impiego dei metodi di consultazione preventiva è subordinato ad una valutazione di mera opportunità dell'*Authority*).

⁴⁵ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; Id., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, 101.

Il mediatore civile, come esercente di un servizio di pubblica necessità

1. Introduzione

Il tema delle qualifiche soggettive nei reati contro la Pubblica Amministrazione ha notevole rilevanza ed è costantemente al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, atteso che le relative norme definitorie esplicano effetti sull'intero sistema penale. Gli articoli 357 e 359 del codice penale definiscono, rispettivamente, le qualifiche soggettive di pubblico ufficiale, della persona incaricata di un pubblico servizio e di quella esercente un servizio di pubblica necessità, elementi soggettivi dei reati cd. Propri, ovvero degli illeciti penali realizzabili soltanto da colui che riveste una determinata qualifica o posizione (es. il peculato può essere commesso soltanto dal p. u. o dall' i.p.s.). La ratio sottesa alla figura dei reati de quibus va rinvenuta nella maggior tutela che l'ordinamento ha inteso predisporre rispetto alla natura privilegiata del bene giuridico tutelato, ovvero il buon andamento e l'imparzialità delle P.A. e, in determinate fattispecie, anche il suo patrimonio. Al riguardo, proprio la particolare rilevanza del bene/interesse protetto, giustifica il conferimento di specifici obblighi di comportamento in capo al soggetto qualificato. La dottrina maggioritaria riconosce a tale qualifica soggettiva la natura di elemento costitutivo del fatto di reato e in assenza del quale la condotta diverrebbe penalmente irrilevante. La giurisprudenza prevalente, invece, considera tali qualifiche soggettive come presupposti della fattispecie penale, previsti al fine di delimitare i destinatari della norma incriminatrice.

2. Le figure giuridiche soggettive: il pubblico ufficiale

L'art. 357 c. p. statuisce: "agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa". Dall'inciso "agli effetti della legge penale" si evince chiaramente l'ambito di operatività della qualifica soggettiva: fermo restando la sua esclusiva pertinenza alla materia penale, essa non concerne esclusivamente il settore dei reati contro la P.A., ma si

estende, altresì, all'intera parte generale e speciale. Si evidenzia, inoltre che mentre le prime due funzioni sono state meramente enunciate, maggiore rilevanza viene data alla pubblica funzione amministrativa, definita dal secondo comma dell'art. 357 c. p., come la funzione "disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o da suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi". In particolare, la funzione amministrativa viene, pertanto, definita "pubblica" solo nei casi in cui vi sia il concorso di due elementi, i.e. il tipo di fonte caratterizzata da norme di diritto pubblico e atti autoritativi e il relativo contenuto (poteri di formazione e manifestazione della volontà, poteri certificativi e autoritativi). Vi sono, in altri termini, specifiche restrizioni alla pubblica funzione amministrativa, ossia limiti "esterni", tesi a distinguere l'ambito pubblicistico da quello privatistico, e limiti "interni", necessari per delineare i confini della pubblica funzione rispetto al pubblico servizio. Sovviene, al riguardo, quanto statuito dalla Corte di Cassazione, Sez. V penale, nella sentenza 26 giugno 1991: "la qualità di pubblico ufficiale appartiene a tutti coloro che, dipendenti di enti pubblici o che comunque esplicano compiti da questo affidati, abbiano nei confronti dei terzi poteri alternativamente certificativi o autoritativi". I poteri autoritativi non sono solo quelli coercitivi tout court, che autorizzano il ricorso alla forza, ma anche quelli in base ai quali la P.A. emana provvedimenti, ovvero atti tipici incidenti unilateralmente sulla sfera giuridica altrui. I poteri certificativi, invece, si esercitano mediante l'attestazione di conformità ad una sottostante realtà di un atto, che in tal guisa assume una specifica efficacia probatoria. Nonostante l'avversa posizione di taluni Autori, tali poteri non vengono limitati dal legislatore ai soli atti che fanno fede fino a querela di falso, bensì quelli che coinvolgono anche altre documentazioni non assistite da certezza legale.

2.1. L'INCARICATO DI UN PUBBLICO SERVIZIO

Ai sensi dell'art. 358 c.p., primo comma: "Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio". Trattasi, invero, di una definizione tautologica, poiché l'unico elemento necessario e sufficiente è rappresentato dalla prestazione di un "pubblico servizio", così come definito, in virtù dell'art. 18 della legge 1990, n. 86, i.e. "un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni d'ordine e della prestazione di opera meramente materiale". La figura dell'incaricato di pubblico servizio si evince, pertanto, da due elementi di carattere negativo, ossia l'assenza dei poteri tipici della pubblica funzione, da un lato, e l'impossibilità a svolgere mansioni d'ordine e prestazioni d'opera meramente materiali, dall'altro. Quanto al primo profilo, giova rilevare che pubblico servizio e pubblica funzione sono accomunati dal fatto di essere regolati da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, ovvero dal suddetto criterio formale ex art. 357 c.p. teso a distinguere l'area pubblicistica da quella privatistica, con conseguente riconducibilità del pubblico servizio esclusivamente alla prima delle due. Dal combinato disposto degli articoli 357 e 358 c.p., tuttavia, si evince un limite posto alla qualifica soggettiva in commento, ovvero l'esclusione della stessa con riguardo a quelle attività aventi natura pubblicistica, e implicanti l'esercizio dei "poteri tipici della pubblica funzione". Tale delimitazione è ben riassunta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 27 marzo 1992, n. 7958: "sono incaricati di pubblico servizio coloro i quali, pure agendo nell'ambito di un'attività disciplinata nelle forme della pubblica funzione, mancano dei poteri tipici di questa. Il pubblico servizio è dunque attività di carattere intellettuale, caratterizzata, quanto al contenuto, dalla mancanza dei poteri propri della pubblica funzione, con la quale è solo in rapporto di accessorialità o complementarietà".

2.2. L'ESERCENTE UN SERVIZIO DI PUBBLICA NECESSITÀ. PROFILI GENERALI

L'esercente un servizio di pubblica necessità è, dopo il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio, la figura giuridica soggettiva di minor rilievo prevista all'interno del codice penale 1930. Ai sensi dell'art. 359 c. p., sono esercenti un servizio di pubblica necessità:

- (i) "i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi" (co.2, n.1);
- (ii) "i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della P.A." (co.2, n.2);

a differenza del pubblico servizio ove l'attività svolta dell'agente è, a tutti gli effetti, un'attività pubblica propria della P.A., da questa esplicita direttamente (o da privati in sua vece) in virtù di un atto della sua volontà, nel servizio di pubblica necessità si assiste ad un'attività privatistica, esercitata da soggetti privati in nome e per conto proprio, senza alcun rapporto con la P.A. nota comune ad entrambi i servizi è a "destinazione" dell'attività svolta, che, come ricorda la Relazione Ministeriale programmatica al codice penale, "è quella di soddisfare a un bisogno di indole collettiva, avvertito cioè, da tutti i consociati o dalla grande maggioranza di essi". Del resto, nel pubblico servizio, l'attività dell'agente, soddisfacendo bisogni sociali di primo ordine, si configura a tutti gli effetti come attività pubblica di cui è titolare la P.A., e ciò anche se o svolgimento di una tale attività venga concesso a privati; nel servizio di pubblica necessità, invece, l'attività svolta ha essenzialmente natura privatistica.

In tale prospettiva sembra porsi, inoltre, la Cassazione, che ha distinto le due attività in tal guisa: "nel servizio di pubblica necessità, l'attività del privato agevola soltanto quella della Pubblica Amministrazione, mentre nel pubblico servizio l'attività del privato è preordinata a raggiungere un fine fatto proprio dalla Pubblica Amministrazione". La dottrina prevalente, invece, preferisce fondare la distinzione su quella della diversa natura giuridica dell'atto legittimante l'esercizio dell'attività: orbene, quando il privato agisce in base ad una "concessione", si sarebbe in presenza di un pubblico servizio; diversamente, nei casi in cui si svolga la propria attività in virtù di un'"autorizzazione", ricorrerebbe un servizio di pubblica necessità. La nozione di esercente un servizio di pubblica necessità presenta, dunque, un carattere indubbiamente "residuale": tale qualifica, infatti, è attribuibile solo a chi non eserciti, alla stregua degli artt. 357 e 358 c. p., una pubblica funzione o un pubblico servizio. Così, ad es., il medico che presta la sua opera libera-professionale per una casa

di cura convenzionata, è considerato pubblico ufficiale, in quanto partecipa alle pubbliche funzioni che l'A.S.L. svolge per il tramite della sua struttura privata; ad opposta conclusione dovrà, invece, giungersi allorché l'attività da lui esercitata consista nella visita del paziente/cliente presso il suo studio privato.

3. E figure professionali riconducibili alla categoria degli esercenti un servizio di pubblica necessità. Profili giurisprudenziali

3.1. LE FIGURE PROFESSIONALI DI CUI ALL'ART. 359 CO. 2, N.1, C.P.

Il primo gruppo di soggetti riconducibili alla categoria di esercenti un servizio di pubblica necessità ex art. 359 co. 2, n. 1, c.p. è rappresentato da coloro che esercitano "professioni forensi o sanitarie o altre professioni per il cui servizio è necessaria una speciale abilitazione dello Stato e della cui opera il pubblico è obbligato, per legge o per regolamento, a valersi quando ne abbia bisogno". In proposito, col termine "professione forense" si fa riferimento all'attività di avvocato; con l'espressione "professione sanitaria", invece, il richiamo è all'attività del medico-chirurgo nonché, conformemente al dettato dell'art. 99 TU L. San., alla professione di veterinario, di farmacista, di biologo, dell'odontoiatra non medico e di altri soggetti che svolgono professioni sanitarie c.d. ausiliarie, quali la levatrice, l'infermiera diplomata, ecc. Una puntualizzazione va fatta, infine, con riguardo alle "altre professioni", per le quali è necessario che vi sia la sussistenza di due elementi, i.e. che si tratti di libere professioni e non già di arti ausiliarie (es. gli ottici e gli odontotecnici) o di mestieri (es. guida di autoveicolo); nonché di attività il cui esercizio sia vietato in mancanza di una speciale abilitazione dello Stato, intendendosi per quest'ultima, non solo l'esame di stato richiesto dall'art. 173 R.D. 31 agosto 1933, n. 1592 per l'esercizio di talune professioni previste ex lege, ma anche una qualsiasi dichiarazione di idoneità richiesta ex lege per l'esercizio di una professione. Quanto sinora detto non è, tuttavia, sufficiente: per il configurarsi di un "servizio di pubblica necessità" ex art. 359 co. 2, n.1, c.p., infatti, la norma prevede altresì l'obbligo penale, per il pubblico, di avvalersi dell'opera del professionista. Alcuni autori ritengono che il requisito in esame sia solo "apparente" in quanto, se per l'esercizio di un'attività è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, è evidente che

ciò equivale a vietare l'esercizio dell'attività ai professionisti non abilitati. Secondo l'orientamento maggioritario, invece, si tratta di un autentico requisito, che si riferisce alle sole professioni diverse da quelle forensi e sanitarie, in base a quanto peraltro previsto dalle Reazioni Ministeriali programmatica al codice penale. Sulla scorta della distinzione fra obbligo e onere, inoltre, la dottrina prevalente afferma l'inoperatività dell'art. 359 c. p. allorché per l'esercizio di una determinata attività non esista l'obbligo, sanzionato normativamente, di ricorrere all'assistenza di un professionista abilitato. Ad esempio, l'ingegnere che ottiene l'incarico di assistere un privato nella stipula di un contratto di compravendita, non può considerarsi quale esercente un servizio di pubblica necessità in quanto il ricorso alla sua opera non costituisce un obbligo, ma un mero onere. Ad opposta conclusione dovrà giungersi, invece, qualora l'assistenza richiesta allo stesso ingegnere riguardi la redazione di un progetto in cemento armato e di dimensioni notevoli: in tal caso, infatti, la sua attività, non potendo essere espletata da altri professionisti, rientrerà nell'alveo dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità. In presenza di particolari condizioni, il servizio di pubblica necessità potrebbe trasformarsi in pubblico servizio o in pubblica funzione. Si esaminano, in proposito, e seguenti ipotesi:

- il medico di guardia o il sanitario convenzionato con il Servizio Sanitari Nazionale. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, pur se l'esercizio di tale professione si configura, in generale, quale servizio di pubblica necessità, lo stesso diviene una "pubblica funzione" quando, in forza di una convenzione con un ente pubblico mutualistico, si traduce in una prestazione di assicurazione sociale;
- l'ingegnere, nelle ipotesi in cui assolve una funzione pubblica come, ad es., l'attività di collaudatore nella verifica di opere pubbliche;
- il direttore dei lavori di un'opera pubblica che, per conto di una P.A., attesti l'effettiva esecuzione delle opere realizzate e la loro corrispondenza quantitativa ai capitolati;
- quanto all'avvocato, ci si è chiesti se il compimento di atti qualificabili come pubblici, (atti pubblici in senso stretto o certificati), possa modificare la sua condizione soggettiva, con conseguente eventuale imputabilità di reati a lui altrimenti non ascrivibili. Si consideri, in proposito, il contrasto dottrinale circa il

reato di falso ideologico configurabile in capo all'avvocato che attesti falsamente l'autenticità della firma de cliente. L'orientamento più rigoroso ritiene che l'attestazione dell'autenticità della firma de cliente da parte dell'avvocato costituisca esercizio di un potere teso a sostituire l'attività di soggetti pubblici quali il notaio. Si tratterebbe, in particolare, di un atto pubblico (e non di un certificato), in quanto con esso l'avvocato attesta il fatto che il cliente abbia firmato il documento in sua presenza. Di conseguenza, ricorrerebbe gli estremi de reato ex art. 479 c. p. (falsità ideologica commessa del pubblico ufficiale in atti pubblici), e, nel caso in cui il legale sia stato l'autore della falsificazione della firma, anche quelli de reato ex art. 476 c. p. (falsità materiale commessa da pubblico ufficiale in atti pubblici). Secondo altro orientamento della Cassazione, invece, sarebbe configurabile il reato ex art. 481 c. p. (falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità). Ai sensi dell'art. 359 c.p., infatti, l'avvocato sarebbe una persona esercenti un servizio di pubblica necessità (non un P.U. o un I.P.S.), in quanto svolgerebbe pur sempre un'attività tesa al perseguimento di un interesse privato, e non una funzione pubblica. In caso di falso ideologico, pertanto, il soggetto de quo termine "certificato" ivi previsto un'accezione onnicomprensiva. Quest'ultimo orientamento è stato, tuttavia, smentito dalle Sezioni Unite con la sentenza 2006, n. 32009. La Suprema Corte, verbalizzazione durante indagini difensive es artt.391bis e 391 ter c. p. p. (ne senso di qualificare quale reato di falsità ideologica in atto pubblico l'infedele condotta del difensore che documenta e poi utilizza processualmente le informazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili), ha aderito teoria oggettiva, secondo cui se l'avvocato compie un'attività "oggettivamente pubblica", perché regolata da norme di diritto pubblico e volta a perseguire fini pubblicistici, assume una pubblica qualifica.

3.2. LE FIGURE PROFESSIONALI DI CUI ALL'ART. 359 CO.2, N.2, C.P.

Ai sensi dell'art.359 co. 2, n. 2, c.p. sarebbero esercenti un servizio di pubblica necessità anche "i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiendo un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica amministrazione". In tale

categoria la giurisprudenza di legittimità comprende l'attività di assicurazione contro i rischi della responsabilità civile nella circolazione stradale, in quanto configuratesi come attività autorizzata in forza di un atto della P.A. e sposta al servizio di inderogabili esigenze della collettività, tanto più oggi, che essa è obbligatoria. Ulteriore caso è quello dell'agenzia di pratiche automobilistiche emittente un certificato sostitutivo della carta di circolazione di cui all'art. 7 della legge 1991, n.264. ne deriva che il privato che falsifichi materialmente il documento risponderà de reato di "falsità materiale commessa da privato" ex art. 482 c. p.

La figura del mediatore quale esercente un servizio di pubblica necessità

Ci si chiede, sulla scorta di quanto figura detto, se la figura de mediatore civile, introdotta dal D.lgs. 2010, n.28, sia riconducibile alla categoria degli esercenti un servizio di pubblica necessità ex art. 359 c. p. orbene, la figura del mediatore civile di cui al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, sembrerebbe, invero riferibile ad una delle "altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione della Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi", di cui a predetto co.2, n. 1, dell'art. 359 c.p. Ciò è confermato da fatto che con decorrenza dal 21 marzo 2011, il predetto decreto ha introdotto la mediazione obbligatoria per una molteplicità di materie di diritto civile e commerciale vertenti su diritti disponibili, configurandola quale "condizione di procedibilità della domanda giudiziale". Il "pubblico" coinvolto in controversie aventi ad oggetto tali materie (elencate all'art. 5, co. 1), è quindi, "per legge obbligato avvalersi" dell'attività del mediatore. Quest'ultimo, da canto suo, per poter operare in concreto, deve ottenere l'abilitazione del Ministero della Giustizia, conseguibile in seguito ad una specifica formazione presso enti di formazione accreditati presso lo stesso Dicastero. Una volta ottenuta l'abilitazione, inoltre, il mediatore, è tenuto, pena la perdita del proprio status, ad uno specifico aggiornamento almeno biennale, da acquisire presso gli enti di formazione registrati, nonché a partecipare, nel medesimo biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti a registro tenuto dal Ministero della Giustizia. Ma vi è di più. Ad ulteriore riprova del fatto che il mediatore "abilitato" sia configurabile quale esercente un servizio di pubblica necessità nelle materie in cui sia ex lege "imposto" il tentativo di concilia-

zione, i commi 3 e 4 di cui all'art.11, D.lgs. 2010, n.28, prevedono, sia ne caso di conclusione dell'accordo amichevole (co.3, prima parte) che in quello di conciliazione non riuscita (co.4), l'obbligo per lo stesso, non solo di sottoscrivere i relativo verbale, ma anche di "certificare" l'autografia della sottoscrizione delle parti ovvero la loro impossibilità di sottoscrivere. Il caso di contumacia, inoltre, il mediatore deve dare atto della mancata partecipazione di una delle parti a processo di mediazione. In tali disposizioni, pertanto, il legislatore attribuisce al mediatore un precipuo "potere certificativo". Ne deriverebbe l'inevitabile rinvio all'art. 481 c. p.: il mediatore, infatti, al pari di chi esercita una professione forense o sanitaria, qualora attesti falsamente, in un "certificato", fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, sarebbe punito con la reclusione fino ad un anno, o con a multa da euro 51 a euro 516.

4.1. PUÒ IL MEDIATORE ASSUMERE LA VESTE DI UN PUBBLICO UFFICIALE?

Ci si pone, infine, un altro quesito, cioè se anche il mediatore, al pari dell'avvocato e degli altri esercenti un servizio di pubblica necessità, possa, in presenza di particolari condizioni, svolgere le funzioni di pubblico ufficiale. Al riguardo, la seconda parte dell'art.11, co.3, D.Lgs 2010, n.28, secondo cui "se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., può procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione de processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato" sembrerebbe di per sé far propendere per una risposta negativa a quesito iniziale. Con tale norma, infatti, il legislatore ha inteso assicurare anche al verbale di conciliazione "soggetto a trascrizione" quel controllo di legalità sostanziale affidato a p.u., cui non potrebbe in alcun modo supplire la verifica attuata in sede di omologazione da parte de giudice: quest'ultima, infatti, costituisce un mero accertamento della regolarità formale del verbale de quo, a fine di conferire alo stesso la natura di titolo esecutivo per l'esecuzione forzata e di titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. De resto, come sostenuto dalla dottrina, il mediatore "non ha i poteri propri del pubblico ufficiale, stante che tale qualifica non gli viene attribuita né dalla legge delega, né dal decreto legislativo in esame". La funzione di certificazione attribuitagli, quindi, non costituirebbe un'autenticazione in senso proprio, come quella effettuata da notaio o atro p.u. autorizzato ai sensi dell'art.2703

c.c., bensì una mera attestazione della provenienza delle sottoscrizioni, previa identificazione delle parti. Il legislatore, invero, non è limitato a richiedere la mera sottoscrizione delle parti in calce a verbale, ma ha preteso che la sottoscrizione provenisse con "certezza" dalle stesse: configurata in questi termini, a certificazione effettuata da mediatore costituirebbe una mera "autentica minore" (o di "vera di firma") che impedisce alle parti che hanno sottoscritto il verbale di contestarne l'autenticità, nonché di disconoscere i fatti narrati, dei quali tale documento costituisce prova. Di diverso avviso, invece, altra parte della dottrina, secondo a quale il mediatore si configurerebbe quale pubblico ufficiale sulla scorta dell'art. 11 co.4, D. Lgs 2010, n. 18, che, come detto, attribuisce alo stesso il potere di certificare l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Secondo tale indirizzo, la funzione certificativa in commento, generalmente di competenza dei notai, verrebbe svolta dal mediatore in via eccezionale, con conseguente attribuzione al verbale da questi sottoscritto del valore di scrittura privata autenticata, sia pure atipica, in quanto non valida ai fini dell'applicazione dell'art. 2657, co.1, c.c.

MARIO LALICATA

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Nuovi strumenti di comunicazione a disposizione del mediatore

"Ma il guaio è che voi, caro, non saprete mai, né io potrò mai comunicare come si traduce in me quello che voi dite. Non avete parlato turco, no. Abbiamo usato, io e voi, la stessa lingua, le stesse parole. Ma che colpa abbiamo, io e voi, se le parole, per sé, sono vuote? Vuote, caro mio. E voi le riempiate del senso vostro, nel dirmele; e io nell'accoglierle, inevitabilmente le riempio del senso mio. Abbiamo creduto di intenderci; non ci siamo intesi affatto".

L. Pirandello, *Uno, Nessuno e Centomila*

Premessa

La professione del mediatore civile e commerciale richiede la saturazione di almeno tre tipologie di competenza: quella tecnica, quella comunicativa e negoziale, quella relazionale.

Qualcuno potrebbe osservare che *comunicare* e *negoziare* sono aspetti della relazione. Tuttavia, le tecniche di comunicazione verbale, o di conduzione del discorso, così come quelle negoziali, possono essere espunte dall'insieme di cui fanno parte per essere analizzate separatamente, senza fare torto alla veridica affermazione *comunicare è comportarsi* e a quella complementare *comportarsi è comunicare*.

Per l'appunto, la relazione interpersonale sta in un rapporto implicito, ma necessario e ineliminabile, con il comportamento, cosicché se comunico con qualcuno mi comporto in un certo modo nei confronti di questi, perché non posso separare l'aspetto verbale-esplicito da quello non verbale-implicito (mentre gli parlo ho un certo atteggiamento). La matrice della mia relazione con il prossimo, quindi, sta nel mio atteggiamento che rivela *come ti vedo, se e come ti riconosco, se e come ti condivido*.

Nell'ambito della relazione, così sommariamente descritta, il ruolo della comunicazione verbale è quello di esplicitare l'aspetto di contenuto del discorso. In particolare vorremmo fornire qualche indicazione su come dare e ricevere feed-back all'interlocutore per minimizzare i rischi dell'incomprensione, degli equivoci e dei fraintendimenti, spesso dovuti alle aspettative delle parti che, umanamente, tendono a riempire del proprio significato le parole del mediatore.

La segmentazione del processo di comunicazione

Suddividere in parti il processo di comunicazione comporta una serie di vantaggi per chi ha il compito e la responsabilità di esporre una tesi, informare, convincere. Il primo passo è quello di *concordare con l'interlocutore il significato delle sue e delle nostre parole*.¹ Si tratta della fase n° 1 che chiameremo di *Definizione* (d'ora in avanti "D").

Nella fase D si ricercano due obiettivi: a) ottenere dall'interlocutore le informazioni di base che ci occorrono per svolgere il nostro compito: ascolto di 1° livello, il *cosa*; b) ascoltare con attenzione il lessico dell'interlocutore: ascolto di 2° livello, il *come*. Occorre considerare, in questa fase, che anche i termini dal significato più scontato (per noi) possono essere fonte di equivoci.

Si comprende che la fase D si realizza tramite *domande*. Poiché cerchiamo informazioni, le domande saranno *neutre, aperte o chiuse* a seconda della convenienza. Una volta registrate le risposte, sarà opportuno *riassumere e riproporre* all'interlocutore quanto riteniamo di aver compreso attraverso una *riformulazione* (reframing).

La riformulazione è un metodo molto efficace di verificare la reale comprensione di quanto ci è stato detto; di più, è un metodo efficace di ristrutturazione e cambiamento del discorso che ci è stato fatto, quando occorra (come vedremo più avanti).

La riformulazione introduce la fase n° 2: di *Accettazione* (d'ora in avanti "A"). La riformulazione si chiude con la formula *"è corretto quello che ho detto?"* o *"mi conferma che"*

¹ Nell'economia del metodo è irrilevante che si abbia di fronte uno o più interlocutori.

quello che le ho detto è ciò che intendeva dirmi?" e simili. Quindi, chiediamo una formale conferma che quello che riteniamo di aver compreso è quello che effettivamente ci è stato detto. L'accordo sul significato così ottenuto presenta anche un vantaggio non secondario: riformulare il discorso dell'interlocutore implica che lo abbiamo ascoltato con attenzione, quindi che gli abbiamo riservato il nostro interesse, *stroke* gratuito non da poco in questa società in cui tutti sgomitano per esistere e farsi riconoscere. L'accettazione può esserci, ma potrebbe anche mancare, nel senso che il nostro interlocutore potrebbe non concordare con la riformulazione. In breve, questi potrebbe risponderci "sì" oppure "no".

Se la risposta sarà stata positiva procederemo come sarà chiaro tra poco. In caso contrario il metodo ci offrirà la splendida opportunità di riprendere il discorso, correggerci, chiarire...; per poi proporre un'altra A includendovi le ultime acquisizioni, fino a quando non avremo ottenuto il consenso.

La tecnica che qui proponiamo prosegue con la fase n° 3: la *Comprova* (d'ora in avanti "C"). La C comporta la *gestione della relazione fra le parti*, dato il quadro informativo acquisito. Tale denominazione lascia intendere quale modalità gestionale degli interlocutori il mediatore metta in atto: recepire le argomentazioni delle parti, cogliere i motivi di resistenza e dissenso, *ristrutturare* il significato dei messaggi di contenuto negativo, facendo anche ricorso ai buoni uffici della logica, alla ricerca della coerenza (comprovare = dimostrare che ciò che il mediatore dice è risolutivo per l'interesse di entrambe le parti).

Durante la fase C ci si alterna, si negozia, talvolta si torna temporaneamente alla A per nuove informazioni che si fossero nel frattempo aggiunte al quadro; comunque occorre sempre riformulare quel che ci viene detto e chiedere nuovamente l'accettazione. In altri termini, la *richiesta di una nuova accettazione è il modo in cui rientriamo nel programma dal punto in cui siamo usciti*.

Stiamo per giungere alla fine del percorso: la fase n° 4: di *Accettazione finale*. Si tratta di ottenere l'accordo dell'interlocutore sulle soluzioni che gli abbiamo prospettato. Fino a questo momento abbiamo ottenuto, a volte faticosamente, una *catena di sì*. Dice il Manzoni, a proposito di Gertrude costretta a farsi monaca, che durante il noviziato la poverina dovette sottoporsi a vari esami di verifica della sincerità della sua vocazione prima di poter prendere tutti

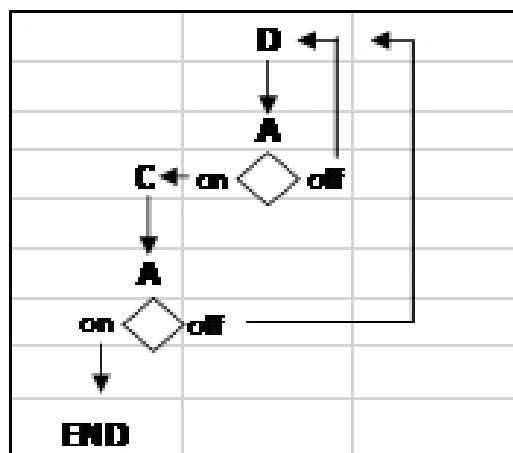
i voti. Si trattava di "dire un no più strano, più inaspettato, più scandaloso che mai, o ripetere un sì tante volte detto; lo ripeté, e fu monaca per sempre"².

Similmente, dopo la catena dei "sì" il consenso finale è la logica conclusione della nostra fatica. Anche in questo caso, un *no più scandaloso che mai* si affronta tornando alla fase precedente, la C, e indagando su eventuali aspetti mal compresi o mal digeriti dall'interlocutore, per poi chiedere un nuovo consenso...

Il processo di comunicazione fin qui descritto si può riassumere nell'acronimo D.A.C.A.:

- ☐ D. definizione
- ☐ A. accettazione
- ☐ C. comprova
- ☐ A. accettazione

che si può rappresentare con il seguente diagramma di flusso:



La riformulazione come tecnica di ristrutturazione

Nelle righe precedenti abbiamo citato il *reframing* o riformulazione. Al di là dell'uso di controllo e verifica della comprensione del significato di un messaggio, il reframing consente di condurre strategicamente l'interlocutore verso un obiettivo, quando assuma il valore di strumento di *ristrutturazione*.

Ristrutturare significa *porre in un ordine nuovo e con parole diverse* un certo discorso. Non si tratta di un semplice *lifting* capace di rendere più attraente il messaggio, ma di una vera e propria ricostruzione del

² A. Manzoni, *I Promessi Sposi*, cap. X.

discorso che contenga elementi nuovi e significati diversi; così come da un'abitazione di X mq, originariamente pensata per una coppia, si può ottenere un appartamento diverso dall'originale, adatto nella nuova formula a una coppia con figli.

L'aspetto più qualificante della similitudine è quello del diverso uso dello spazio: da questo si ottengono insospettabili funzionalità che l'occhio del committente non vede (perché ha bisogni ma non ha soluzioni), e che l'occhio dell'architetto vede molto bene (perché questi ha soluzioni e legge i bisogni con razionalità).

Possiamo ristrutturare il *contenuto* o il *contesto* a seconda delle circostanze. Ristrutturare il contenuto vuol dire mettere in luce qualche aspetto del discorso dell'interlocutore che questi ha tralasciato (per molteplici motivi che non possiamo trattare qui ed ora), ricavando una conclusione negativa da tale operazione limitante. Per esempio

Parte X: *"cedere alle richieste della controparte significa mostrare debolezza"*.

Mediatore: *"mi sta dicendo che la controparte, orientata ad accordarsi, ha l'obiettivo di mostrare tutta la propria debolezza?"*.

Di possibili modi di ristrutturare un'affermazione del genere possono essercene

molte; qui vogliamo solo far comprendere che ristrutturare il contenuto significa mostrare l'altra faccia della luna: non debole, ma ragionevole e, per questo, vincente.

Ristrutturare il contesto vuol dire condividere la correttezza di un'affermazione che, tuttavia, risulti inadeguata rispetto alle circostanze (momento, obiettivi, ostacoli eventuali, ecc.). Ristrutturare il contesto è come dire *"tu hai ragione, ma devi aspettare il momento giusto per esercitarla"*. Con questo si invita implicitamente l'interlocutore ad assumere una maggiore flessibilità. Usando l'esempio precedente, si può replicare con

Mediatore: *"è vero, cedere in genere dice qualcosa sulla personalità di chi fa troppo spesso scelte simili. Questo, secondo lei, vale comunque e sempre? Cedere e tornarsene a casa con le pive nel sacco vale quanto negoziare e trovare un motivo di soddisfazione personale?"*. In questo caso, l'interlocutore può replicare in molti modi, e occorre che il mediatore sia preparato per trattare le eventuali contestazioni nello stesso modo: ristrutturando.

LUCIANO SPATARO

© RIPRODUZIONE RISERVATA

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.

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.

Modello di controllo e gestione anticrimine (D. Lgs. 231/1)

Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231 stabilisce che in caso di commissione di reato da parte di un soggetto apicale, dipendente o collaboratore di una società, di tale reato, risponde anche la Società in quanto tale e i suoi amministratori a titolo personale.

Il tema non è di poco conto, e rappresenta profili di drammatica attualità. Un dato per tutti: allo stato vi sono circa 8.000 società iscritte nel Registro degli Indagati per non aver adottato o non aver efficacemente attuato il Modello di Controllo e Gestione Anticrimine.

La Magistratura, in applicazione del D. Lgs. 231/01, agisce ormai pesantemente sugli amministratori e sulle società che non hanno adottato il modello.

La responsabilità viene invece esclusa qualora la società si sia dotata di un Modello di Controllo e Gestione Anticrimine secondo le prescrizioni di cui al D. Lgs. 231/01, lo abbia attuato efficacemente e abbia nominato un Organismo di Vigilanza.

Cosa succede in caso di mancata adozione del modello? Gli effetti sono molteplici e gravi ed in particolare: l'iscrizione della Società e degli Amministratori nel Registro degli indagati e l'applicazione, già in fase di avvio dell'indagine, e quindi già prima dell'accertamento della responsabilità, delle pesanti sanzioni previste per la mancata applicazione del D. Lgs. 231/02. Ed in particolare le sanzioni previste sono:

- fino a un milione e mezzo di euro a carico della società;
- fino a un milione e mezzo di euro personalmente a carico degli amministratori;
- blocco delle attività e perdita di contributi o finanziamenti;
- commissariamento della società;
- risarcimento, a carico personale dell'amministratore, dei danni cagionati ai soci, fornitori, banche e dipendenti per non aver adottato il modello 231/1 (trib. Milano 1774/08).

I benefici previsti in caso di adozione del modello di controllo e gestione D. Lgs. 231/01 sono:

- 1) la tutela degli amministratori e delle figure apicali dalla responsabilità penale: il reato resta incardinato in capo a chi lo ha commesso e la Magistratura inquirente non può estenderlo né alla società né agli amministratori;
- 2) la tutela degli amministratori da personale responsabilità economico/patrimoniale: l'Amministratore non risponde nei confronti degli stakeholders (Banche, Fornitori, dipendenti e soci) per gravi danni derivanti dall'eventuale applicazione delle sanzioni previste in caso di mancata adozione del Modello (trib. Milano n. 1774/08). Viceversa, in caso di mancata adozione, l'amministratore dovrà personalmente risarcire i danni ai soci, fornitori, banche, dipendenti, ecc.;
- 3) la riduzione dei premi INAIL (Art. 24 MATINAIL): per effetto dell'art. 24 del MAT (Modalità di Applicazione delle Tariffe INAIL) la società può godere di una riduzione dei premi annuali da corrispondere all'INAIL che va da 10 al 35%;
- 4) la presunzione di rispetto della normativa sulla sicurezza sul lavoro: l'Art.30 del TU 81/08 (Legge sulla sicurezza sui luoghi di lavoro) espressamente stabilisce che in caso di adozione del Modello 231 si presumono rispettate le regole poste in capo all'imprenditore e relative appunto alla sicurezza del personale. L'importantissima conseguenza è l'inversione dell'onere della prova, nel senso che sarà il Magistrato a dover dimostrare la violazione della normativa e non l'imprenditore a doverne dimostrare il rispetto che, appunto, si presume per legge;
- 5) la tutela dell'azienda e quindi della famiglia: in caso di reato commesso direttamente dallo stesso imprenditore: in tal caso l'imprenditore risponderà del reato (ovviamente se accertato), ma la società

sarà salva perché ad essa non si applicheranno le sanzioni previste dal D. Lgs. 231/01 e quindi l'attività aziendale potrà essere proseguita dai familiari o collaboratori dell'imprenditore.

Gli amministratori, per effetto dell'art. 2392 Codice Civile, che tratta la responsabilità degli amministratori verso la società, sono chiamati a rispondere personalmente dei danni causati alla società stessa dal loro inadempimento degli obblighi di vigilanza.

A questo punto occorre chiedersi come possono gli Amministratori evitare di incorrere in tale responsabilità (civile e penale). Ci soccorre la lettura combinata dell'art. 6 del D. Lgs. 231/2001, dell'art. 9 della Legge 123/07 e dell'art. 2392 c.c..

Dalla combinazioni di tale norme può affermarsi che gli amministratori potranno evitare la responsabilità civile per i danni causati alla società e quella penale per omesso

impedimento dei reati, solo adottando efficacemente i Modelli di Controllo e Gestione 231/01.

In tal senso il Tribunale di Milano, con sentenza 1774/08 ha chiarito ogni dubbio, condannando gli Amministratori di un'azienda per non aver sollecitato il Consiglio di Amministrazione ad attuare i modelli di cui al D. Lgs. 231/01.

Ormai inoltre, vedi le ultime direttive ANAC, per partecipare a bandi di gara pubblici e privati, per continuare a beneficiare di talune autorizzazioni Amministrative, e obbligatorio essere in possesso del Modello 231. Nonché infine per avere un migliore accesso al credito (rating di legalità).

GIAN LUCA BUCCIARELLI
ALESSANDRO FERRARO

www.crissrl.it

© RIPRODUZIONE RISERVATA

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.

Giurisprudenza/1

La proposta del Mediatore disposta dal Giudice

TRIBUNALE DI VASTO - ORDINANZA DEL: 15-06-2016 - GIUDICE: FABRIZIO PASQUALE

TRIBUNALE ORDINARIO DI VASTO

dice ha statuito che, in caso di effettivo svolgimento della mediazione che non si fosse concluso con il raggiungimento di un accordo amichevole, il mediatore dovesse comunque provvedere alla formulazione di una proposta di conciliazione, anche in assenza di una concorde richiesta delle parti;

preso atto che, per concorde deduzione svolta dalle parti all'udienza del 03.03.2016, il mediatore – contravvenendo ad una puntuale prescrizione del giudice – ha immotivatamente omeso di formulare la propria proposta conciliativa, limitandosi a dichiarare chiuso il procedimento di mediazione con esito negativo;

ritenuto, pertanto, che la procedura di mediazione non è stata ritualmente svolta, essendo stato omeso un passaggio cruciale e ineludibile, che connota la natura stessa dell'attività del mediatore (viepiù alla luce della riforma introdotta dal D.L. 21.06.2013 n. 69, a seguito del quale la mediazione, all'art. 1, comma 1°, lett. a), non viene più definita come «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e analizzata ad assistere due o più soggetti, sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa», bensì come «l'attività [...] per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa») e senza il quale al giudice è preclusa la possibilità di compiere le valutazioni ad esso spettanti, ai sensi dell'art. 13 D. Lgs. n. 28/10;

ritenuto, pertanto, che la procedura di mediazione debba essere completata con la formulazione di una proposta conciliativa da parte del mediatore, in ottemperanza alle direttive impartite dal giudice con l'ordinanza del 14.07.2015;

considerato, peraltro, che il procedimento di mediazione debba essere riaperto innanzi allo stesso mediatore che lo ha precedentemente condotto e senza oneri economici aggiuntivi per le parti, dal momento che la irrituale definizione della procedura è da imputarsi esclusivamente ad una omissione del mediatore;

PER QUESTI MOTIVI

dispone che le parti provvedano, senza oneri economici aggiuntivi, a riattivare la procedura di mediazione innanzi allo stesso mediatore che l'ha precedentemente condotta, affinché il mediatore formuli una proposta di conciliazione, ai sensi dell'art. 11 del D. Lgs. n. 28/10, anche in assenza di una concorde richiesta delle parti;

asigna alle parti termine di giorni quindici per la riattivazione della procedura di mediazione, rendendo noto che l'omissione è sanzionata – per la parte attrice – a pena di improcedibilità della domanda giudiziale;

precisa che le parti dovranno essere presenti di-

nanzi al mediatore personalmente e con l'assistenza legale di un avvocato iscritto all'Albo e che la mancanza (o il rifiuto) di partecipazione personale delle parti senza giustificato motivo agli incontri di mediazione può costituire, per la parte attrice, causa di improcedibilità della domanda e, in ogni caso, per tutte le parti costituite, presupposto per l'irrogazione – anche nel corso del giudizio – della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. n. 28/10, oltre che fattore da cui desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.;

invita le parti a produrre copia dei verbali degli incontri di mediazione e a comunicare all'Ufficio l'esito della procedura di mediazione con nota da depositare in Cancelleria, almeno 10 giorni prima della prossima udienza, la quale dovrà contenere informazioni in merito ai motivi del rifiuto della proposta di conciliazione formulata dal mediatore;

rinvia la causa all'udienza del 29/11/2016, ore 10.00, per le determinazioni da assumere in ordine al prosieguo della causa;

manda alla Cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza per intero.

Vasto, 15 giugno 2016.

IL GIUDICE

Dott. Fabrizio Pasquale

Giurisprudenza/2

Il Giudice dispone alle parti di comparire personalmente

TRIBUNALE CORTE D'APPELLO DI MILANO – ORDINANZA 13-09-2016 - GIUDICE: FRANCESCA FIECONI

CORTE D'APPELLO di MILANO - SEZIONE PRIMA CIVILE - ORDINANZA

RILEVATO IN FATTO CHE:

1. Con atto di citazione notificato il la società Z a conveniva in giudizio W S.r.l., per sentire accertare l'inadempimento della convenuta in merito alla fornitura dei servizi commerciali e tecnici, come da contratto del ..., finalizzato a tutelare, per un periodo di cinque anni, la continuità degli affari relativi al ramo di azienda che la stessa W aveva ceduto alla Z.
2. La società attrice chiedeva, pertanto, di dichiarare risolto, ex art.1453 e.e., il contratto *de quo* e di condannare la convenuta alla corresponsione della somma di euro 98.089,00 a titolo di risarcimento danni.
3. Costituitasi, W S.r.l. contestava in fatto ed in diritto le domande di parte attrice ed, eccependo, a sua volta, l'inadempimento della Z S.p.a. formulava domanda riconvenzionale di condanna per inadempimento.
4. Il Tribunale di Milano con sentenza n. 0000 /2015, pubblicata il, accertava l'inadempimento di W in relazione agli obblighi di cui al contratto di prestazione di servizi *inter partes* del; dichiarava risolto detto contratto per colpa di W srl con ef-

fetti dal in merito alle reciproche pretese creditorie il giudice di prime cure, operando parziale compensazione dei debiti/crediti previamente accertati, condannava W a pagare a Z la somma di euro 26.735,06 con gli aggiustamenti richiesti dal calcolo degli interessi sulle somme da ciascuno dovute secondo le statuizioni di cui in motivazione e maggiorazione degli interessi legali sulla somma così ottenuta dalla data di pubblicazione della sentenza al saldo, unitamente alle spese legali.

5. La società W S.r.l. svolge appello chiedendo la riforma parziale della sentenza impugnata e deducendo, in particolare: i) la contraddittoria motivazione in relazione all'esame dei comportamenti contrattuali ed errata valutazione delle prove e dei documenti; ii) L'omesso giudizio sulla gravità dell'inadempimento imputatogli; iii) la contraddittoria motivazione sull'eccezione di inadempimento.
6. L'appellata Z S.p.a., di contro, sostiene l'innammissibilità e l'infondatezza dell'appello e di conseguenza chiede la conferma integrale della sentenza n./2015 del Tribunale di Milano.

LA CORTE, TUTTO QUANTO SOPRA CONSIDERATO, RITENUTO CHE:

1. I motivi d'appello riguardano i) l'erronea valutazione dei comportamenti contrattuali e delle prove orali e documentali; ii) L'omesso giudizio sulla gravità dell'inadempimento imputatogli; iii) la contraddittoria motivazione sull'eccezione di inadempimento.
2. Alla luce di quanto sopra, pare alla Corte che la risoluzione della controversia non possa prescindere da una corretta individuazione degli oneri contrattuali cui le parti si sono vicendevolmente obbligate e, più precisamente, da una corretta valutazione dell'impegno contrattuale cui W era contrattualmente tenuta allo scopo di mantenere una certa redditività delle vendite, nonché di mantenere i rapporti con la clientela, durante i primi anni successivi alla cessione del suo ramo di azienda a Y S.p.a.
3. In proposito, essendo il contratto del ... generico in merito ai suddetti rilievi, potrebbe risultare particolarmente utile la ricostruzione delle finalità che le stesse si erano prefissate: tutte circostanze acquisibili in sede di mediazione al fine di raggiungere un accordo stabile tra le medesime in ordine alle modalità di risoluzione di un rapporto contrattuale che né l'una né l'altra parte intende più proseguire.
4. L'art. 5 del d.lgs. 28/2010 sulla mediazione, coordinato con le modifiche del "decreto del fare" del 2013, testualmente 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. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata,*

assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione". Sicché, giova rammentare alle parti che la norma in esame intende incentivare strumenti di risoluzione delle controversie preposti a facilitare l'accesso alla giustizia con l'assistenza di un mediatore qualificato al fine di promuovere una stabile composizione amichevole delle controversie e di ridurre i costi del contenzioso civile, senza peraltro costituire un'alternativa deteriore alla giurisdizione o all'arbitrato, in attuazione dell'art. 5 della direttiva 2008/52/CE.

5. L'esercizio del potere giudiziale di avviare le parti verso una soluzione amichevole della controversia è demandato alla discrezionalità del giudice in ordine alla valutazione sulla "mediabilità" della controversia, anche in fase di appello, a prescindere dalla obbligatorietà o meno della mediazione *ante causam* o dalla vigenza o meno della norma prima dell'introduzione della controversia, ed è collegato a una preliminare considerazione della qualità delle parti e della particolarità della lite sottoposta al vaglio del giudice. Nel caso in questione, come sopra esposto, non appaiono invero sussistere particolari ostacoli all'esercizio di detto potere giudiziale, finalizzato a promuovere una stabile composizione bonaria della controversia inerente ad una vicenda commerciale che si inserisce in una più ampia contrattazione, che ha visto i l perfezionarsi in un primo momento ed in via del tutto pacifica, la cessione di azienda in favore di Y S.p.a.. Pertanto, appare piuttosto auspicabile che le parti si concentrino sulla trattazione delle questioni attinenti a un mutuo scioglimento del vincolo contrattuale, a prescindere dalle inadempienze reciproca ente dedotte che, per essere giuridicamente rilevanti, devono avere un apprezzabile grado di gravità.

P.Q.M.

1. Assegna alle parti il termine di quindici giorni per promuovere il procedimento di mediazione innanzi all'organismo che ritengono più idoneo e qualificato per trattare la controversia commerciale in oggetto, a far tempo dalla comunicazione della presente ordinanza.
2. Assegna il termine di tre mesi per l'espletamento del procedimento di mediazione;
3. Dispone che le parti *compaiano personalmente innanzi al mediatore designato, il quale sarà tenuto sin dal primo incontro a formulare una proposta d'intesa.*
4. *Dispone che l'esito del procedimento di mediazione venga comunicato in cancelleria a cura dell'ufficio del mediatore e nel rispetto dell'obbligo della riservatezza.*
5. Fissa la data del ore...+-. per l'eventuale prosecuzione del giudizio innanzi alla Corte d'Appello in caso di esito negativo.
Si comunichi.

Milano, 13 settembre 2016.

Il Consigliere relatore
Francesca Fieconi

IL PRESIDENTE
Amedeo Santosuosso

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

MODULO
ORDINE

la MEDIAZIONE

MODULO
ORDINE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

"LA RIVISTA DEL CENTRO STUDI ADR"

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 (cartaceo) - € 40,00 (online Iva 22% compresa)
- ☐ 5 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 300,00 (cartaceo) - € 180,00 (online Iva 22% compresa)
- ☐ 10 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 500,00 (cartaceo) - € 330,00 (online Iva 22% compresa)
- ☐ 100 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 2000,00 (solo online Iva 22% compresa)

☐ ACQUISTO DI SINGOLI NUMERI ARRETRATI

N. Anno..... € 20,00 (cartaceo, spedizione inclusa) - € 12,00 (online Iva 22% compresa)

Modalità di pagamento:

☐ Bonifico bancario. IBAN IT45N0200805133000400565301

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

N. del di € Banca

Intestazione: Centro Studi ADR S.r.l.

Come sottoscrivere l'abbonamento:

- ▶ Inviare questo modulo (o fotocopia) in busta chiusa a: Centro Studi ADR S.r.l., Viale Giulio Cesare 94, 00192 Roma
- ▶ per e-mail: abbonamenti@rivistalamediazione.it
- ▶ dal sito internet **www.rivistalamediazione.it** compilando il modulo online
- ▶ per conoscere le nostre convenzioni, vi invitiamo a visitare il sito www.rivistalamediazione.it

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: Centro Studi ADR S.r.l. - Viale Giulio Cesare, 94 - 00192 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 RIVISTA DEL CENTRO STUDI ADR

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.