

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Periodico di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

RIVISTA FONDATA E DIRETTA DA MARCO CEINO



In questo numero anche

la MEDIAZIONE

& Normativa di Luigi Butti, Sabrina Contino, Massimo Saraceno

& Comunicazione di Gabriele Colla e Gian Piero Turchi

& Penale di Gianmarco Palmieri e Martina Rea

& Organismi di Fabio Felicini

& Codice della Crisi di Gabriele Felici e Francesca Villani

& Giurisprudenza

& Libri Mediazione forense

I NUMERI della MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

| | |
|----------------------------|---------------|
| Organismi di mediazione | 591 * |
| Numero mediatori | 24.059 * |
| Enti formazione | 251 * |
| Numero formatori | 1.204 * |
| Costo mediazione | 3,4% ** |
| Costo giudizio | 29,9% ** |
| Numero mediazioni iscritte | 1.138.016 *** |
| Numero mediazioni definite | 1.033.248 *** |
| Accordi/procedimenti | 11,33% *** |
| Successo al tavolo | 27,30% *** |
| Mancata partecipazione | 49,60% **** |

(*) Ministero della giustizia al 05.03.2019 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 dal 21.03.2011 al 31.12.2018

(****) Dati Ministero della giustizia dal 01.01.2018 al 31.12.2018

I NUMERI degli O.C.C.*

| | |
|--|------------------|
| Organismi della Composizione della Crisi | 197 |
| Gestori delle crisi da sovra indebitamento | 7.837 |
| Istanze presentate nel 2017 agli OCC | 2.139 |
| Procedure definite nel 2017 | 336 |
| Decreti di omologazione/ammissione | 119 pari 35,4%** |

(*) Dati Ministero della giustizia al 5 marzo 2019

(**) Sul totale procedure definite nel 2017

Gli strumenti alternativi di risoluzione del conflitto nel settore artistico culturale

di Monica De Rita

Mediazione civile e commerciale

Concormedia gestisce ogni forma di mediazione in materia di diritti disponibili nel rispetto del D.Lgs 28/2010 e successive modifiche:

- Mediazione obbligatoria;
- Mediazione volontaria e facoltativa;
- Mediazione per contratto o statuto.

Mediazione delle controversie di lavoro

Il tentativo di conciliazione in sede sindacale si svolge presso la nostra sede di Roma in presenza dei rappresentanti sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Mediazione familiare

Il nostro organismo gestisce in maniera professionale la Mediazione Familiare di cui cura anche il settore della formazione in collaborazione con l'Associazione Europea Mediatori Familiari (A.E.Me.F.) in possesso del prestigioso "Attestato di Qualificazione dei servizi di mediazione familiare" del Ministero dello Sviluppo.

Mediazione libera ed internazionale

La nuova procedura di Mediazione Libera è alternativa e totalmente svincolata dagli schemi previsti dal Decreto legislativo 28/2010 e successive modifiche.

Tale procedura viene disciplinata dal Regolamento di Mediazione Libera ed Internazionale predisposto da Concormedia che garantisce flessibilità e riservatezza secondo le migliori prassi internazionali.

CONCORMEDIA è un organismo privato di mediazione civile e commerciale, iscritto presso il registro tenuto presso il Ministero della giustizia al n. 137 ai sensi del d.lgs. 28/2010 e s.m.i., e un ente di formazione dei mediatori in materia civile e commerciale iscritto presso l'Elenco degli Enti di Formazione tenuto ai sensi del d.m. 180/2010 e s.m.i. presso il Ministero della giustizia al n. 158.

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

Email PEC

C.F. P.IVA Codice Univoco

desidera sottoscrivere l'abbonamento alla rivista

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

1 Abbonamento (4 numeri) € 50,00 (cartaceo) - € 40,00 (online)

5 Abbonamenti (4 numeri) € 200,00 (cartaceo) - € 150,00 (online)

10 Abbonamenti (4 numeri) € 350,00 (cartaceo) - € 250,00 (online)

100 Abbonamenti (4 numeri) € 2000,00 (online)

ACQUISTO DI SINGOLI NUMERI ARRETRATI

N. Anno..... € 15,00 (cartaceo, spedizione inclusa) - € 12,00 (online)

Modalità di pagamento:

Bonifico bancario.
IBAN IT45N0200805133000400565301

Intestazione: Centro Studi ADR S.r.l.

Come sottoscrivere l'abbonamento:

- ▶ inviare per email questo modulo (o fotocopia) a: 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

Periodico di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

RIVISTA FONDATA E DIRETTA DA MARCO CEINO

***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.**

EDITORIALE di Marco Ceino 3

la MEDIAZIONE & News

| | |
|--|---|
| Convegno/1 - <i>MEDIATORE INTERNAZIONALE</i> di Maria Teresa Bettiza | 4 |
| Convegno/2 - <i>UIA: La mediazione in ITALIA criticità e prospettive</i> | 4 |
| Ministero Giustizia/1 - <i>I dati della mediazione anno 2018</i> | 5 |
| Ministero Giustizia/2 - <i>Il Registro degli O.C.C. e elenco dei gestori</i> | 7 |

la MEDIAZIONE & Attualità

| | |
|--|---|
| I risultati della mediazione per materia: la filiera del consenso di Marco Ceino | 8 |
|--|---|

la MEDIAZIONE & Arte

| | |
|--|----|
| Gli strumenti alternativi di risoluzione del conflitto nel settore artistico culturale di Monica De Rita | 10 |
|--|----|

la MEDIAZIONE & Normativa

| | |
|---|----|
| L'attività notarile a valle del procedimento di mediazione di Massimo Saraceno | 14 |
| La conciliazione tra potere pubblico e autonomia privata. Il potere conciliativo del Giudice di Pace di Sabrina Contino | 20 |
| La proposta del mediatore di Luigi Butti | 22 |
| Note sull'intervento personale delle parti nel procedimento di mediazione di Massimo Saraceno | 24 |
| Dagli ADR di diritto anglosassone alla Mediazione comunitaria di Sabrina Contino | 26 |

la MEDIAZIONE & Comunicazione

| | |
|--|----|
| La mediazione e lo spazio discorsivo di Gian Piero Turchi e Gabriele Colla | 27 |
|--|----|

la MEDIAZIONE & Penale

| | |
|--|----|
| Mediazione penale e giustizia ripartiva: riflessioni sull'introduzione dell'istituto nell'ordinamento italiano di Martina Rea e Gianmarco Palmieri | 29 |
|--|----|

la MEDIAZIONE & Organismi

| | |
|---|----|
| Riuscirà il Codice di Condotta Europeo a far chiarezza sulla qualità degli organismi di mediazione? di Fabio Felicini | 33 |
|---|----|

la MEDIAZIONE & Codice della Crisi

| | |
|---|----|
| Codice della crisi e dell'insolvenza, con la riforma del fallimento le nuove procedure di sovraindebitamento di Gabriele Felici e Francesca Villani | 35 |
|---|----|

la MEDIAZIONE & Giurisprudenza

| | |
|--|----|
| Giurisprudenza/1 - <i>Corte Costituzionale sentenza n. 97 del 18.04.2019 Legittimità costituzionale del d.l. 69/2013</i> | 38 |
| Giurisprudenza/2 - <i>Corte di Cassazione, Sez. 3 Civile, Nr. 8473/2019</i> | 46 |
| Giurisprudenza/3 - <i>Tribunale di Vasto - Giudice F. Pasquale Sent. del 17.12.2018</i> | 52 |

la MEDIAZIONE & Libri

| | |
|-------------------------|----|
| La "Mediazione forense" | 56 |
|-------------------------|----|

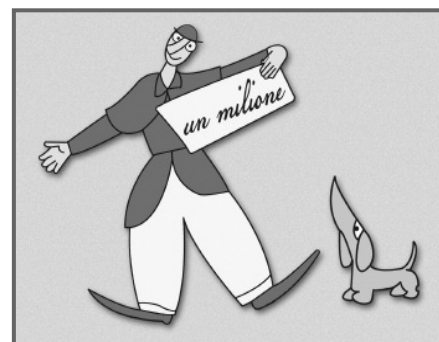


Foto di copertina: elaborazione fotografica sulla base del personaggio "Signor Bonaventura"

DIRETTORE RESPONSABILE E FONDATORE

Dott. Marco Ceino
direttore@rivistalamediazione.it

COMITATO SCIENTIFICO

Claudio Berliri, *Avvocato*
Giuseppe Buffone, *Magistrato*
Monica De Rita, *Avvocato*
Massimo Moriconi, *Magistrato*
Giuseppe Ruffini, *Avvocato*,
Ordinario di Diritto Processuale Civile nell'Università degli Studi Roma Tre
Piero Sandulli, *Avvocato, Docente di Diritto di Procedura Civile nell'Università degli Studi di Teramo*
Giuseppe Tinelli, *Avvocato, Ordinario di Diritto Tributario nell'Università degli Studi di Roma Tre*
Giancarlo Triscari, *Magistrato*

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Luigi Butti, Gabriele Colla, Sabrina Contino, Monica De Rita, Gabriele Felici, Fabio Felicini, Gianmarco Palmieri, Martina Rea, Massimo Saraceno, Gian Piero Turchi, Francesca Villani

REDAZIONE

Via Giulio Cesare, 94
00192 Roma

Copyright © 2018

Centro Studi ADR S.r.l.

Via 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

Pixartprinting S.p.A. (VE) Italia

la MEDIAZIONE

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

ringrazia:

- **i gentili ABBONATI**
- **i componenti del Comitato Scientifico** Claudio Berliri, Giuseppe Buffone, Monica De Rita, Massimo Moriconi, Giuseppe Ruffini, Piero Sandulli, Giuseppe Tinelli e Giancarlo Triscari.
- **i 118 Autori della** Roberto Raffaele Addamo, Giorgio Altieri, Marco Amore, Massimo Antonazzi, Domenico Arena, Pier Giorgio Avvisati, Andrea Bandini, Gianmario Battaglia, Maria Teresa Battista, Alessio Bellanza, Massimiliano Bellini, Tania Borrelli, Franco Bufalieri, Luigi Butti, 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, Gabriele Colla, Raffaele Condemi, Sabrina Contino, Bernardino Cordeschi, Rossella Cosentino, Maria Coviello, Elena Cuppini, Roberto D'Andrea, Giuseppina de Aloe, Monica De Rita, Roberto De Rossi, Giuliano Di Stefano, Alberto Donnini, Tiziana Ducci, Emanuela Eboli, Francesca Falvo, Alessandro Ferraro, Gaetano Iorio Fiorelli, Ombretta Fuligiani, Gabriele Felici, Fabio Felicini, Giulio Renato Fiorimanti, Andrea Giordano, Ivan Giordano, Andrea Giorgi, Nina Kecojević, Mario Lalicata, Giusy A.M. La Marca, Federica Laurora, Vincenzo Lazzaro, Beatrice Lomaglio, Marino Maglietta, Caterina Marchetto, Marco Marianello, Giuseppe Marsoner, Maria Martello, Paola Martinelli, Edoardo Merlino, Laura Merlino, Marco Migliaccio, Barbara Morici, Roberto Nicodemi, Salvatore Paolo Nicosia, Anna Nicola, Laura Nicolamaria, Filippo Pagliarulo, Michela Paglione, Emanuela Palamà, Gianmarco Palmieri, Salvatore Pappalardo, Alessandra Panduri, Alessandra Passerini, Ilaria Patta, Paolo Pelino, Arianna Perez, Marco Perrini, Fabio Piccilini, Stefania Pieroni, Donatella Pizzi, Mario Quinto, Martina Rea, Tiziana Restifo, Giuseppe Ruotolo, Stefano Sablone, Pietro Sandulli, Elisabetta Sanesi, Giorgio Santacroce, Angelo Santi, Luca Santi, Massimo Saraceno, Fabrizio Scarinci, Massimo Scuffi, Michela Sitzia, Luciano Sparatore, Mario Antonio Stoppa, Luca Tantalo, Giuseppe Tiracorrendo, Antonio Tomai, Francesca Tempesta, Mario Tocci, Giancarlo Triscari, Gian Piero Turchi, Cesare Vaccà, Juan Carlos Verzulla, Carlo Vettore, Gabriella Vigliar, Francesca Villani, 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

Un milione di mediazioni *... e qui inizia l'avventura...*

... e qui inizia l'avventura del signor Bonaventura... è così che nelle tavole del fortunato personaggio del Corriere dei piccoli prendevano il via storie di imprevedibili eventi che si abbattevano su di lui, ma Bonaventura mantenendo intatta un'istintiva e primitiva innocenza riusciva sempre a cavarsela e alla fine compariva a ricompensa un fazzoletto di carta bianca con su scritto "un milione".

Sulla mediazione civile e commerciale si sono già abbattuti provvedimenti e atteggiamenti ostili che minano l'applicazione e la semplicità delle sofisticate tecniche utilizzate dimenticando che la pacificazione delle relazioni è una esigenza sociale e competitiva. Ciononostante la mediazione festeggia un milione di procedure definite e il 13% di accordi raggiunti. Non sono noti i dati degli altri effetti positivi della chiamata in mediazione come gli accordi raggiunti al di fuori del procedimento e l'abbandono dall'azione giudiziale.

Indiscrezioni e dichiarazioni del guardasigilli indicano una riduzione delle materie oggetto della mediazione, come condizione di procedibilità, basata sul solo dato della percentuale degli accordi raggiunti.

La rivista la MEDIAZIONE ritiene che i diversi risultati per materia, vedi articolo a pagina 8, sono caratterizzati dalla filiera del consenso. La filiera del consenso collega gli interessi delle parti alla controversia e all'accordo. La filiera del consenso deve permettere la fluidità della comunicazione degli interessi delle parti, dove ciò non avviene, i risultati in termini di svolgimento dei procedimenti e di accordi ne risentono. Un'analisi dei risultati della mediazione, attraverso lo studio della filiera del consenso, permette di segnalare l'opportunità di interventi normativi e giurisprudenziali mirati. Ad esempio nella materia dei contratti bancari è difficile comunicare con le parti nei tempi e nelle modalità previste. Il legislatore deve intervenire, non con la facile soppressione dell'istituto, ma con strumenti idonei a migliorarlo. Per non dover dire un giorno ... e qui inizia la sventura...

Un cenno alla sentenza della Corte di Cassazione nr. 8473 del 27 marzo 2019. Nei molti ed interessanti commenti letti a riguardo un elemento viene meno. La sentenza si basa su un ricorso presentato su procedimento di mediazione partecipato dai soli avvocati. Al primo incontro è stata chiesta una sospensione con un rinvio. Alla data fissata nessuna delle parti si è presentata. La Corte di Cassazione si è soffermata su alcuni punti decisivi per la mediazione ed in particolar la presenza personale delle parti. Nella circostanza non è detto che la verbalizzazione del mediatore avrebbe dovuto concludersi con la chiusura del procedimento con un esito negativo per mancata partecipazione senza giustificato motivo di entrambe le parti.

La rivista inoltre va in stampa con il testo della sentenza n. 97 depositata il 18 aprile 2018 dalla Consulta che finalmente dichiara la legittimità costituzionale del così detto decreto del fare (d.l. 69/2013) e evidenzia la disomogeneità tra mediazione e negoziazione assistita.

MARCO CEINO

Convegno/1

Un organismo europeo per la mediazione. Il progetto del notariato

La recente globalizzazione ed il forte sviluppo di un'idea di commercio internazionale ed intercontinentale hanno rafforzato la necessità di crescita, sotto il profilo giuridico, per quanto concerne la regolamentazione delle più diverse questioni, non soltanto strettamente giuridiche, che possono sorgere nell'ambito delle trattative all'interno delle reciproche attività commerciali e degli scambi industriali.

La Consapevolezza che la giustizia civile lenta sia un freno all'economia è divenuta terreno per lo sviluppo della mediazione, la quale consente di gestire i conflitti commerciali internazionali in maniera rapida, appropriata e conveniente, riuscendo a favorire il dialogo anche quando le norme nazionali sono in conflitto.

Dirimere efficacemente le controversie nel minor tempo e con il conseguimento del miglior risultato, è divenuta, pertanto, una necessità imprescindibile. Proprio allo scopo di fornire gli strumenti più efficaci è stata istituita, dal D. lgs. N. 28 del 2010 e dai D.M. n. 180 del 2010 e 145 del 2011, la figura del "mediatore internazionale", soggetto di importanza fondamentale per il corretto sviluppo dei rapporti economici, nonché commer-

ciali e giuridici, tra le imprese operanti in Europa e nel Mondo.

Di mediazione internazionale si è parlato in occasione del SEMINARIO INTERNAZIONALE, svoltosi a Roma nel 2018, dove gli esperti del settore - oltre 90 notai da tutta Europa - hanno discusso delle attività notarili nell'ambito dello sviluppo della mediazione transnazionale ed approfondito il funzionamento della mediazione in Francia, Spagna e Italia, attraverso la presentazione e la risoluzione di casi pratici.

La creazione di un organismo europeo di mediazione notarile è il progetto europeo di cui si sta occupando il notariato italiano

"*La Médiation pour les Notaires - Les Notaires pour la Médiation*", co-finanziato dalla Direzione Generale della Giustizia e dei Consumatori della Commissione Europea (DG JUST) e coordinato dalla Consiglio dei Notariati dell'Unione Europea (CNUE).

Lo scorso 9 ottobre si è, infine, tenuta a Bruxelles una importante conferenza che ha riunito i notai europei, i rappresentanti delle istituzioni europee ed altre organizzazioni internazionali e che ha rappresentato il punto conclusivo del tavolo di lavoro che ha visto, durante tutto l'anno, confrontarsi Bel-

gio, Francia, Spagna, Italia e Slovenia sulla mediazione.

Cinque sono stati i workshops organizzati nei differenti paesi per confrontare i diversi sistemi di mediazione nazionale di ciascuno degli Stati coinvolti. Ciò che emerge è la volontà, condivisa fra i notai d'Europa, di sviluppare una trama comune per l'esercizio della mediazione notarile internazionale.

Con l'ausilio ed il supporto della Commissione Europea, il CNUE ha portato a conclusione questo progetto di messa a confronto dei diversi sistemi di mediazione nazionale, con particolare riferimento ai casi di mediazione transnazionale, al fine di costruire una rete di notai mediatori con esperienza transnazionale.

L'ambizioso obiettivo potrà essere raggiunto solo creando una reale rete di mediatori esperti nel settore che si potrà ottenere sviluppando, in sinergia con le istituzioni europee, un programma di formazione a livello internazionale, la creazione di clausole comuni per gli accordi di mediazione e l'istituzione di una sede europea per le mediazioni internazionali.

MARIA TERESA BATTISTA

NOTAIO

Convegno/2

UIA: criticità e prospettive della mediazione

Il comitato nazionale italiano di UIA (Unione Internazionale Avvocati) ha organizzato un interessante convegno a Roma sulla mediazione in Italia. Il network di UIA, con oltre due milioni di iscritti e presente in oltre 110 paesi ha sede a Parigi, è organizzazione non governativa nata nel 1927 e consulente presso le Nazioni Unite e il Consiglio d'Europa.

L'incontro, dopo un saluto dall'avvocato Claudio Coggiatti, Presidente del comitato nazionale di UIA, e una brillante relazione di

Maria Cristina Biolchini, Vice-presidente nazionale dell'UNAM, sull'evoluzione della mediazione in Italia con particolare riferimento alla mediazione delegata ed ai protocolli con i tribunali, è stata l'occasione per presentare il volume *La mediazione Forense*. Il Volume, a cura di Giampaolo Di Marco e Carlo Mastellone, con prefazione di France-

sco Paolo Luiso, edito da Giappichelli per la Collana UNAM, tratta il ruolo dell'avvocato in mediazione come un'opportunità per la professione.

Il taglio estremamente pratico pone in risalto l'attività negoziale ed è particolarmente significativo di averla anteposta nei primi capitoli e dopo trattare gli aspetti normativi.



Ministero Giustizia/1

Un milione di procedimenti definiti

L'andamento dei risultati dei procedimenti di mediazione rappresenta ormai un trend positivo in termini di accordi raggiunti. I dati al 31 dicembre 2018, pubblicati dal Ministero della giustizia, rafforza infatti la convinzione, già espressa dalla nostra rivista, che la stabilità normativa, permette agli operatori del settore, mediatori e organismi, di ottenere risultati al tavolo sempre migliori. In quattro anni l'assettamento della norma, del cosiddetto decreto del fare, ha permesso di attenuare le difficoltà negoziali dovute al primo incontro, in un mercato, quello della mediazione, ormai maturo. La mediazione civile e commerciale ha superato un milione di procedimenti. Infatti le istanze presentate da marzo 2011 a dicembre 2018 sono 1.138.016 e le procedure definite raggiungono il tetto del milione ed in particolare 1.033.248. Particolarmente interessante il dato confermato dei primi sei mesi del 2018, dove per la prima volta, la mancata partecipazione al tavolo di una delle parti, scendeva sotto il cinquanta per cento.

Si rileva che le materie dove sussiste la condizione di procedibilità rappresentano l'8% dei procedimenti giudiziali intrapresi.

Dalla tabella che segue i risultati sono stati suddivisi in tre periodi: dall'entrata in vigore della condizione di procedibilità alla sentenza della Corte Costituzionale con cui veniva abrogata (2011-2012), il periodo che la condizione di procedibilità non era prevista normativamente (2013) e il terzo periodo relativo ai quattro anni del decreto del fare, con la condizione di procedibilità a termine, e il periodo successivo che con il d.l. 50/2017, convertito nella legge 96/2017, ha previsto la così detta mediazione obbligatoria strutturale (1.10.2013-31.12.2018) - Vedi "Tabella 1".

Dalla tabella possiamo rilevare che la percentuale più elevata degli accordi raggiunti sulle procedure di mediazione definite è rappresentato dal periodo nel quale era stata abrogata la condizione di procedibilità

Tabella 1

| | Procedure definite | Accordi raggiunti | % |
|--|--------------------|-------------------|--------------|
| Da marzo 2011 a dicembre 2012 (d.lgs. 28/2010) | 192.793 | 22.846 | 11,85 |
| 2013 (Effetti della sentenza n. 272/2012 della Corte Costituzionale) | | | |
| * TOTALE ANNO | 24.019* | 3.300* | 13,74* |
| ** DA 1.1.2013 A 30.9.2013 | 14.401** | 2.247** | 15,16** |
| TOTALE PERIODO DEL DECRETO DEL FARE (Dal 1.10.2013 sino al 31.12.2018) | 826.054 | 94.024 | 11,38 |
| TOTALE | 1.033.248 | 119.117 | 11,53 |

Tabella 2

| | Procedure definite | Accordi raggiunti | % |
|---|--------------------|-------------------|--------------|
| 1° anno DECRETO DEL FARE (Dal 1.10.2013 sino al 30.09.2014) | 147.216 | 14.778 | 10,04 |
| 2° anno DECRETO DEL FARE (Dal 1.10.2014 sino al 30.09.2015) | 156.551 | 15.420 | 9,85 |
| 3° anno DECRETO DEL FARE (Dal 1.10.2015 sino al 30.09.2016) | 177.761 | 19.665 | 11,06 |
| 4° anno DECRETO DEL FARE (Dal 1.10.2016 sino al 30.09.2017) | 162.252 | 19.681 | 12,20 |
| 1° anno dopo DECRETO DEL FARE (Dal 1.10.2017 sino al 30.09.2018) | 144.882 | 18.940 | 13,08 |
| 2° anno dopo DECRETO DEL FARE (Dal 1.10.2018 sino al 31.12.2018) | 37.452 | 5.540 | 14,79 |
| TOTALE PERIODO DEL DECRETO DEL FARE (Dal 1.10.2013 sino al 31.12.2018) | 826.054 | 94.024 | 11,38 |

Tabella 3

| | Procedure definite | Accordi raggiunti | % |
|---|--------------------|-------------------|--------------|
| 1° trimestre dopo il DECRETO DEL FARE (Dal 1.01.2017 sino al 31.12.2017) | 37.340 | 4.537 | 12,15 |
| 2° trimestre dopo il DECRETO DEL FARE (Dal 1.01.2018 sino al 31.03.2018) | 39.325 | 5.182 | 13,18 |
| 3° trimestre dopo il DECRETO DEL FARE (Dal 1.04.2018 sino al 30.06.2018) | 39.834 | 5.188 | 13,02 |
| 4° trimestre dopo il DECRETO DEL FARE (Dal 1.07.2018 sino al 30.09.2018) | 28.323 | 4.033 | 14,24 |
| 5° trimestre dopo il DECRETO DEL FARE (Dal 1.10.2018 sino al 31.12.2018) | 37.452 | 5.540 | 14,79 |
| TOTALE PERIODO DOPO IL DECRETO DEL FARE (Dal 1.10.2017 sino al 31.12.2018) | 182.274 | 24.480 | 13,43 |

Tabella 4

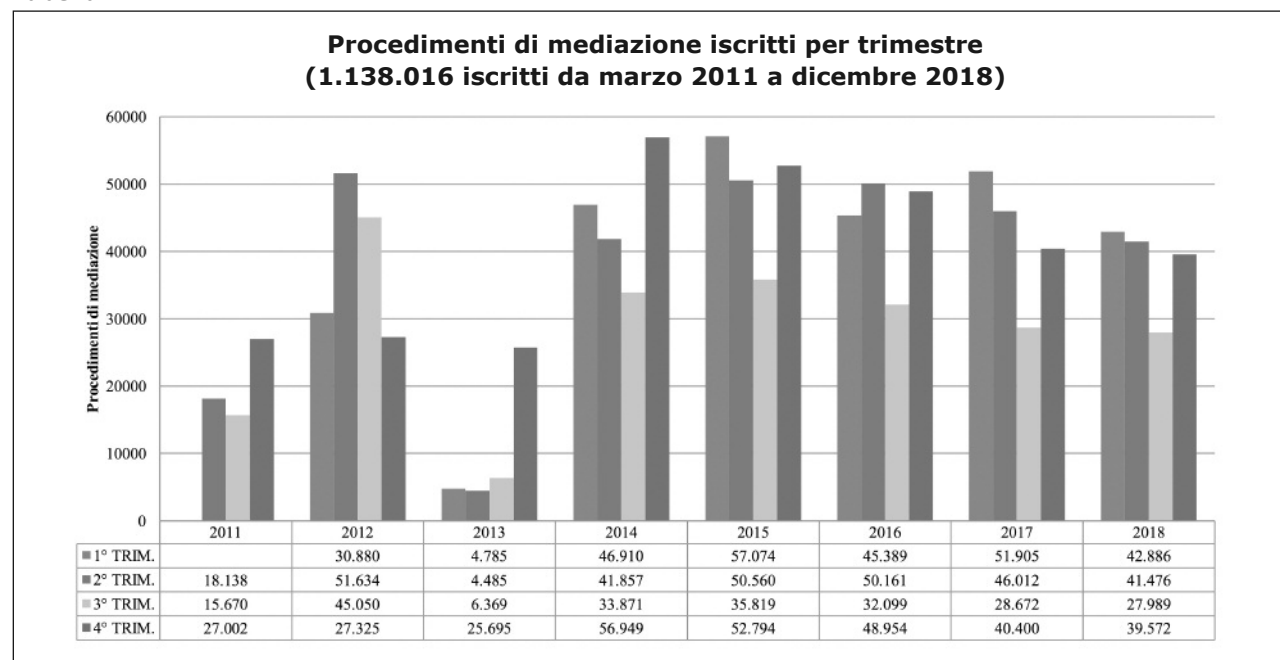


Tabella 5

| | 2011 % | 2012 % | 2013 % | 2014 % | 2015 % | 2016 % | 2017 % | 2018 % |
|----------------------------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| DEMANDATA DAL GIUDICE | 1,7 | 3,3 | 2,0 | 5,6 | 9,7 | 11,0 | 13,4 | 14,8 |
| • Improcedibilità (A) | - | - | - | - | - | - | 12,3 | 13,6 |
| • Materia non obbligatoria | - | - | - | - | - | - | 1,1 | 1,2 |
| OBBLIGATORIA (B) | 77,9 | 84,9 | 57,5 | 83,8 | 81,6 | 79,6 | 76,5 | 73,7 |
| MATERIE OBBLIGATORIE (A+B) | 77,9 | 84,9 | 57,5 | 83,8 | 81,6 | 79,6 | 88,8 | 87,0 |
| CLAUSOLE CONTRATTUALE | 0,5 | 0,3 | 1,5 | 0,6 | 0,4 | 0,5 | 0,5 | 0,6 |
| VOLONTARIA | 19,9 | 11,6 | 39,0 | 10,2 | 8,3 | 8,8 | 9,6 | 11,2 |

Tabella 6

| Tipologia Organismo | Definiti 2014 | % | Definiti 2015 | % | Definiti 2016 | % | Definiti 2017 | % | Definiti 2018 | % |
|---------------------------|---------------|--------|---------------|--------|---------------|--------|---------------|--------|---------------|--------|
| DELLE CAMERE DI COMMERCIO | 18.185 | 11,63 | 20.361 | 10,96 | 18.728 | 10,80 | 16.175 | 10,40 | 14.009 | 9,67 |
| ORGANISMI PRIVATI | 84.723 | 54,20 | 98.415 | 52,98 | 90.270 | 52,04 | 82.567 | 53,11 | 76.029 | 52,46 |
| ORDINE DEGLI AVVOCATI | 52.211 | 33,40 | 65.398 | 35,21 | 62.987 | 36,31 | 55.291 | 35,57 | 53.918 | 37,20 |
| ALTRI ORDINI | 1.198 | 0,77 | 1.571 | 0,85 | 1.489 | 0,86 | 1.424 | 0,92 | 978 | 0,67 |
| TOTALE COMPLESSIVO | 156.317 | 100,00 | 185.745 | 100,00 | 173.474 | 100,00 | 155.457 | 100,00 | 144.934 | 100,00 |

(15,16%) dove si nota anche un forte calo del numero dei procedimenti. Confrontando invece i due periodi in cui è presente la condizione di procedibilità: il primo periodo (2011-2012), che rappresenta

gli effetti del decreto legislativo 28/2010 con il periodo dal cosiddetto decreto del fare, noteremo che i risultati in termini di successo sono passati dall'11,85% al 11,38%. Il risultato è caratterizzato dalle diffi-

coltà relative all'introduzione del primo incontro informativo. Nella tabella che segue sono riportati i risultati in termini di procedimenti definiti e accordi da quando è stata introdotta la condizione di procedi-

bilità - Vedi "Tabella 2".

Negli ultimi cinque trimestri esaminati, vedi tabella n. 3, i risultati sono in continuo miglioramento. Nell'ultimo trimestre esaminato la percentuale tra gli accordi raggiunti e le procedure definite ha raggiunto il 14,79%. La stabilità normativa ha contribuito a tale risultato positivo - Vedi "Tabella 4".

L'andamento trimestrale delle istanze presentate è rappresentato nel seguente grafico. È evidente che i procedimenti nell'ultimo anno è complessivamente diminuito. Il minor numero dei procedimenti è caratterizzato dalla diminuzione dei procedimenti giudiziali e dall'introduzione della negoziazione assistita - Vedi "Tabella 4".

I dati forniti dal Ministero segnalano un incremento dei risultati dei procedimenti avuti dalla mediazione demandata dal giudice che passa da un risultato percentuale pari all'1,7 del 2011 al 14,8% del primo semestre 2018, come da tabella che

segue. Il dato deve essere considerato con estrema cautela in quanto è consuetudine degli istanti indicare erroneamente, nella compilazione dell'istanza di mediazione, che trattasi di delegata anche quando la condizione di procedibilità, nelle materie obbligatorie, è rilevata dal giudice - Vedi "Tabella 5".

Nell'anno 2018 i procedimenti di mediazione si sono svolti principalmente negli organismi privati di mediazione (52,44%), seguiti da gli organismi degli ordini forensi (37,23%) e dalle camere di commercio (9,61%). Rispetto agli anni precedenti si riscontra che per la prima volta gli organismi del sistema camera scendono sotto il dieci per cento del totale procedimenti - Vedi "Tabella 6".

Particolarmente interessante è il dato che emerge dalla tabella che segue in merito alle procedure definite suddivise per tipologia di organismo. I risultati degli organismi privati sono migliori rispetto a quelli

degli avvocati e del sistema camerale. Nel 30,3% delle volte che l'aderente compare nei procedimenti di mediazione svolti presso gli organismi privati si perviene all'accordo contro il 25,9% degli organismi camerale e il 24,2% degli avvocati. Nel 50,6% delle volte che si supera il primo incontro negli organismi privati si raggiunge l'accordo, nel 47,3% del sistema camerale e il 37,9% negli organismi forensi.

Dalla Tabella 7 abbiamo calcolato il numero medio di procedimenti di mediazione è pari a 243 per organismo: si rileva anche che mediamente gli organismi forensi hanno gestito 523 procedimenti nel 2018, mentre gli organismi privati 203 e quelli camerale 177. Senza altro la possibilità data solo agli ordini forensi di poter istituire sedi dell'organismo di mediazione presso i tribunali (art. 18 d.lgs. 28/2010) rappresenta un rilevante vantaggio competitivo rispetto agli altri organismi di mediazione.

Tabella 7

| Tipologia Organismo | Organismi al 31.12.2018 | 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 (%) |
|----------------------------|-------------------------|----------|----------------------------|---|---|
| DELLE CAMERE DI COMMERCIO | 79 | 14.009 | 177 | 25,9 | 47,3 |
| ORGANISMI PRIVATI | 375 | 76.029 | 203 | 30,3 | 50,6 |
| ORDINE DEGLI AVVOCATI | 103 | 53.918 | 523 | 24,2 | 37,9 |
| ALTRI ORDINI PROFESSIONALI | 40 | 978 | 24 | 36,3 | 60,2 |
| TOTALE COMPLESSIVO | 597 | 144.934 | 243 | 27,3 | 44,8 |

Ministero Giustizia/2

28 gli OCC costituiti presso enti locali

Alla data del 5 marzo 2019 gli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento iscritti nel Registro tenuto presso il Ministero della giustizia risultano quindi essere 197 di cui 169 nella sezione A (74 degli Ordini dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 44 degli Ordini degli Avvocati, 2 ODCEC con Ordine Avvocati, 30 del sistema camerale, associazioni territoriali di ordini professionali 2, 1 dei notai, 15 segretariato sociale ex L.

328/2000 e 1 non identificato dal sito del Ministero) e 28 nella sezione B (Comune di Acireale, Comune di Vairano Patenora, Comune di Villastellone, Comune di Carmignano, Unione dei Comuni dell'Alto Bradano, Comune di Lenola, Comune di Castronovo, Comune di Tollo, Pianezza Città, Comune di Cussago, Sesto San Giovanni, Comune di Villorba, Comune di Roccaforte del Greco RC, Comune di Cerro al Volturno, Massa Carrara, Comune di

Marcaria MN, Comune d'Avola, Provincia di Novara, Villa Litterno CE, Casarano LE, Scaletta Zinlea ME, Nichelino BR, Rende CS, Campobello di Mazara TP, Campofiorito PA, Modica RG, Maglie LE e Monteroni LE). 7.837 risultano essere i gestori da crisi da sovraindebitamento iscritti nell'elenco ministeriale di cui 218 sono professionisti dell'ODCEC di Roma (n. 1 nel Registro istituito ai sensi dell'art. 3 del Decreto Ministeriale 24 settembre 2014 n. 202).

I risultati della mediazione per materia: la filiera del consenso

Per la prima volta pubblichiamo i dati elaborati dal Ministero della giustizia rielaborati dalla nostra rivista suddivisi per materia. Lo studio intende favorire il dibattito tra gli operatori, mediatori e organismi di mediazione, ma anche il lavoro del Ministero della giustizia e del legislatore. L'iniziativa trae spunto dalle dichiarazioni del guardasigilli che al XXXIV Congresso forense di Catania ha dichiarato che "Ho studiato le statistiche sulla mediazione civile e commerciale ed è emerso che in alcuni settori funziona... In questi casi la volontà è di dare continuità all'obbligatorietà." La stampa specializzata riprendendo l'argomento sulla riforma del processo civile, che il Ministro ha più volte annunciato imminente, ha fatto riferimento a bozze ministeriali dove la mediazione, come condizione di procedibilità, non interesserà più le materie della responsabilità medica e sanitaria, dei contratti assicurativi, dei contratti bancari e dei contratti finanziari.

L'ipotesi tracciata è allarmante soprattutto in relazione ai risultati registrati nelle materie indicate come soppresse ai fini della condizione di procedibilità.

La rivista **la MEDIAZIONE** ha voluto approfondire l'argomento cercando di non perdere di vista l'approccio tecnico-giuridico e scientifico che ha sempre contraddistinto la pubblicazione. La ricerca di un criterio significativo su il monitoraggio degli esiti dei procedimenti di mediazione (già previsto dal *Decreto del Fare* di fatto e che mai visto la luce) è alla base del lavoro che segue che vuole essere un punto di partenza di un confronto tra gli operatori del settore (mediatori, organismi di mediazione, giudici, professionisti, ministero della giustizia e legislatore).

Nella tabella, sulla base dei dati e degli indicatori pubblicati dal Ministero, abbiamo calcolato i risultati dei procedimenti in relazione alla partecipazione delle parti al primo incontro, al superamento dello stesso primo incontro e agli accordi raggiunti.

Nell'anno 2018 su 144.934 procedure definite (concluse) le parti (istanti ed invitate) hanno partecipato al primo incontro nel 50,3% delle volte. Nello stesso periodo 122.064 sono state le mediazioni definite nelle materie per le quali è prevista la condizione di procedibilità e le parti hanno partecipato nel 50,73% delle procedure e nel 31,01% hanno superato il primo incontro raggiungendo l'accordo 12,96% delle volte. Dalla tabella emergono risultati diversi nelle varie fasi dei procedimenti a seconda della materia ed in particolare riportiamo ad esempio:

- la partecipazione delle parti al primo incontro: nelle successioni ereditarie rappresenta il 66,00%, patti di famiglia 60,70% sino ad arrivare ai contratti assicurativi al 14,10%;
- le parti decidono di iniziare il procedimento di mediazione andando oltre il primo incontro: successioni ereditarie 45,00%, patti di famiglia 43,52%, divisione 41,99%, diritti reali 41,86%;
- si raggiunge l'accordo: diritti reali 23,86%, patti di famiglia 23,07%, successioni ereditarie 19,80% sino ai contratti assicurativi 1,97%;
- non si raggiunge l'accordo in mediazione e/o si abbandona il giudizio: il dato non è calcolato dal Ministero della giustizia anche se rilevante per valutare l'effettiva riuscita della mediazione civile e commerciale.

I risultati dei procedimenti di mediazione per materia sono stati aggregati in due raggruppamenti:

I. da 1 a 9 (diritti reali, patti di famiglia, successioni ereditarie, divisioni, affitto di aziende, comodato, locazione, condominio, risarcimento danni diffamazione a mezzo stampa e pubblicità). In totale rappresentano 77.747 procedimenti di mediazione dove il 56,34 % delle volte le parti partecipano al primo incontro, nel 38,60 lo superano e nel 18,34% si accordano;

II. da 10 a 13 (risarcimento danni responsabilità medica e sanitaria, contratti finanziari, contratti bancari e contratti assicurativi ovvero le materie che potrebbero cessare l'obbligatorietà): rappresentano 44.317 (36,31% del totale) procedimenti nei quali le parti partecipano al primo incontro nel 40,89% e lo superano nel 17,70 delle volte e accordandosi nel 3,51% delle mediazioni. I dati ministeriali non tengono in considerazione i 106.913 procedimenti di un solo organismo che opera nel settore del recupero crediti con circa cento sedi in Italia.

Nel primo raggruppamento (**I.**) i risultati sono senz'altro migliori del secondo raggruppamento (**II.**). La differenza dei risultati è caratterizzata dalla diversa filiera del consenso. In una mediazione in materia di successione ereditaria le parti sono naturalmente e direttamente coinvolte, mentre in materia, ad esempio, di contratti bancari è più difficile comunicare con le parti. Attivare la comunicazione è necessario per

| PROCEDIMENTI | DEFINITE | | PARTI PRESENTI AL 1° INCONTRO | | PARTI OLTRE 1° INCONTRO (=A) | | ACCORDI (=B) | | ACCORDI (B/A) |
|---|----------------|---------------|-------------------------------|---------------|------------------------------|---------------|--------------|--------------|---------------|
| | n. | n. | % | n. | % | n. | % | % | |
| MATERIE | n. | n. | % | n. | % | n. | % | % | |
| 1. DIRITTI REALI | 21.814 | 12.696 | 58,20 | 9.132 | 41,86 | 5.205 | 23,86 | 57,00 | |
| 2. PATTI DI FAMIGLIA | 155 | 94 | 60,70 | 67 | 43,52 | 36 | 23,07 | 53,00 | |
| 3. SUCCESSIONI EREDITARIE | 7.224 | 4.768 | 66,00 | 3.251 | 45,00 | 1.430 | 19,80 | 44,00 | |
| 4. DIVISIONE | 7.761 | 4.641 | 59,80 | 3.259 | 41,99 | 1.532 | 19,73 | 47,00 | |
| 5. AFFITTO DI AZIENDE | 1.138 | 682 | 59,90 | 449 | 39,48 | 198 | 17,37 | 44,00 | |
| 6. COMODATO | 2.056 | 975 | 47,40 | 650 | 31,60 | 331 | 16,12 | 51,00 | |
| 7. LOCAZIONE | 17.175 | 9.154 | 53,30 | 5.493 | 31,98 | 2.746 | 15,99 | 50,00 | |
| 8. CONDOMINIO | 19.344 | 10.330 | 53,40 | 7.460 | 38,57 | 2.686 | 13,88 | 36,00 | |
| 9. RIS. DANNI DIFF. MEZZO ST/PUBL. | 1.080 | 462 | 42,80 | 249 | 23,05 | 97 | 8,99 | 39,00 | |
| TOTALE da 1 a 9 | 77.747 | 43.801 | 56,34 | 30.010 | 38,60 | 14.261 | 18,34 | 47,52 | |
| 10. RIS. DANNI RESP. MED.SANITARIA | 6.727 | 3.000 | 44,60 | 1.560 | 23,19 | 390 | 5,80 | 25,00 | |
| 11. CONTRATTI FINANZIARI | 5.757 | 2.562 | 44,50 | 1.025 | 17,80 | 307 | 5,34 | 30,00 | |
| 12. CONTRATTI BANCARI | 22.734 | 11.276 | 49,60 | 4.510 | 19,84 | 677 | 2,98 | 15,00 | |
| 13. CONTRATTI ASSICURATIVI | 9.099 | 1.283 | 14,10 | 748 | 8,23 | 180 | 1,97 | 24,00 | |
| TOTALE da 10 a 13 | 44.317 | 18.121 | 40,89 | 7.844 | 17,70 | 1.554 | 3,51 | 19,81 | |
| TOT. OBBL. 1 - 13 | 122.064 | 61.922 | 50,73 | 37.853 | 31,01 | 15.815 | 12,96 | 41,78 | |
| 14. ALTRE | 22.870 | 10.978 | 48,00 | 7.784 | 34,04 | 4.281 | 18,72 | 55,00 | |
| TOTALE | 144.934 | 72.900 | 50,30 | 45.637 | 31,49 | 20.096 | 13,87 | 44,03 | |

il mediatore per far consapevolizzare alle parti i rispettivi interessi. Il legislatore e anche la giurisprudenza sono intervenuti sull'argomento, ma non in maniera incisiva. A tale riguardo avrebbe avuto maggiore efficacia se la previsione dell'art. 8, c. 4-bis, d.lgs. 28/2010 a riguardo della *mancata partecipazione senza giustificato motivo* prevedesse che la condanna al pagamento di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio dovesse avvenire per un importo maggiore e soprattutto da effettuarsi prima dell'udienza successiva.

Prima di intraprendere nuove strade per la mediazione si ritiene utile un'analisi più approfondita ad iniziare dalla elaborazione dei dati ministeriali raccolti.

Si suggerisce di suddividere i risultati raccolti per fasce di grandezza degli organismi di mediazione per numero di procedure svolte per anno (ad esempio meno di 200, tra 200 e 500, tra 500 e 1.000 e oltre 1.000 mediazioni).

L'attività di monitoraggio, prevista normativamente dal cosiddetto decreto del fare in una prima fase di sperimentazione, deve basarsi su i dati e sull'esperienza dei protagonisti dei procedimenti di mediazione. In particolare i risultati numerici devono essere

letti congiuntamente con i risultati qualitativi.

Le elaborazioni e gli approfondimenti necessari prima di muoversi legislativamente devono tenere in considerazione gli interrogativi quali: quali sono le cause che impediscono alle parti di intervenire in mediazione in materia di...? quali sono le cause che impediscono alle parti di iniziare il procedimento di mediazione in materia di...? quali sono le cause che impediscono alle parti di accordarsi in materia di...? quali sono le cause che impediscono alle parti di eseguire spontaneamente un accordo in materia di...?

Da ultimo è utile ricordare, prima di prendere ogni decisione in merito, che la riforma sulla mediazione ha già dato degli ottimi risultati in termini di efficienza, efficacia ed economicità del sistema sulla base dell'entusiasmo e della professionalità di migliaia di persone che hanno investito lavoro e capitali e le materie di risarcimento danni da responsabilità medica e sanitaria e contratti assicurativi, bancari e finanziari rappresentano oltre un terzo del giro d'affari degli organismi di mediazione.

MARCO CEINO

® RIPRODUZIONE RISERVATA

Gli strumenti alternativi di risoluzione del conflitto nel settore artistico culturale

I vantaggi degli ADR nel mondo dell'arte: concretezza, flessibilità e creatività.- Gli strumenti alternativi di risoluzione del contenzioso hanno conquistato un loro spazio di attenzione e di rispetto non solo in Italia ma in tutta Europa e, per alcune tipologie di controversie, quali quelle attinenti al mondo artistico e culturale, stanno dando prova di saper emergere con più vigore e capacità prospettica.

È quanto è emerso a dicembre 2018, nell'ambito degli Stati Generali degli Autori, la manifestazione organizzata a Roma, in palazzo Ferra-joli, dalla Fuis (Federazione Unitaria degli scrittori). Una manifestazione giunta alla settima edizione, dedicata all'Europa e ai diritti degli scrittori e dove si è parlato anche degli strumenti alternativi di risoluzione del conflitto nel settore artistico e culturale.

Non c'è da stupirsi dell'esito dell'analisi condotta poiché l'amore fra il mondo dell'arte e gli strumenti alternativi di risoluzione del contenzioso non è una novità. Basti pensare all'importante attività svolta per il ritorno delle opere artistiche e i beni culturali illecitamente esportati dal territorio di uno Stato o trafugati durante il periodo bellico. Molti casi, infatti, sono stati risolti grazie a commissioni, appositamente costituite, che hanno operato con i meccanismi negoziali degli ADR (Alternative Dispute Resolution).

Recentemente questo connubio si è consolidato molto rapidamente a causa del moltiplicarsi delle controversie nel settore originate dalle sempre più prolifiche transazioni nel mercato dell'arte e dalla scarsità di soluzioni adeguate da parte del sistema giudiziario.

Peter Polak, presidente del comitato arte e cultura dell'Associazione Internazionale degli Avvocati (IBA), ha recentemente affermato che quello che emerge dall'analisi dei fatti sono: "una grande varietà di interessi in gioco" e la contestuale: "insufficienza e inadeguatezza della cornice giuridica di riferimento".

In effetti, è difficile identificare un "diritto dell'arte". Le norme che regolano e proteggono l'uso e la circolazione delle opere d'arte trovano la loro disciplina nelle varie sfere del diritto, da quello civile a quello penale o a quello amministrativo, tributario, ecc.

Inoltre, quando si parla di arte, ci si riferisce anche alla protezione del patrimonio artistico e culturale di un Paese. La nostra Carta Costituzionale, per esempio, tutela l'arte come attività libera dell'uomo e come fatto di creazione umana sotto un duplice profilo, *individuale* e *collettivo*.

Va da sé che le controversie inerenti questo settore si caratterizzano, quindi, per una notevole dose di complessità, attinente tanto ai soggetti coinvolti che all'oggetto del contendere.

Le parti, infatti, possono essere persone fisiche, come artisti e collezionisti ma anche enti, come musei e fondazioni e, persino, soggetti pubblici come lo Stato e i Ministeri e le Sovrain-tendenze della cultura.

Queste controversie possono riguardare tanto le obbligazioni extracontrattuali, tanto quelle contrattuali. Nel primo caso, ci si riferisce, per esempio, ai conflitti già menzionati riguardanti le restituzioni di opere d'arte sottratte in periodo bellico. Nel secondo caso, si ha riguardo a molti e svariati casi, quali per esempio, le controversie inerenti la vendita delle opere d'arte oppure le questioni concernenti i prestiti di opere d'arte e i diversi contratti di assicurazione. Si pensi, più specificamente, ai problemi che un gallerista può avere con il proprietario dei locali all'interno del quale vengono esposte le opere oppure al contenzioso legato alla spedizione di opere d'arte per una mostra.

Un fattore molto importante da considerare è che le controversie in materia di diritto dell'arte hanno sovente carattere internazionale e la soluzione per esse può rimanere frustrata dalla concomitanza di applicabilità di leggi di diversa nazionalità e in contrasto fra di loro. Inoltre, la lentezza e gli alti costi che si affrontano in un processo giudiziario scoraggiano le parti a rivolgersi ai Tribunali.

Gli strumenti di ADR, invece, vengono incontro alle esigenze sopra descritte e ciò per le caratteristiche loro intrinseche. Si pensi alla flessibilità e creatività che può nascere da un accordo di mediazione dove è possibile dare spazio e riconoscimento ad aspetti emozionali, etici ma anche politici e morali e addirittura religiosi e spirituali che in tribunale rimangono silenti perché il giudice applica la legge.

Una testimonianza della creatività delle soluzioni possibili nel settore, è data dall'accordo internazionale raggiunto nel 2007 tra il *Tasmanian Aboriginal Centre* (TAC) e il *National History Museum* (NHS) di Londra per la restituzione di 17 resti umani detenuti dall'NHS; resti con un valore di sacralità per il TAC. Dopo vent'anni dalla prima richiesta di restituzione da parte del TAC all'NHS, le parti hanno raggiunto un accordo in mediazione che ha contemplato gli interessi di entrambi le parti: l'NHS ha consegnato i resti al TAC, mentre quest'ultimo si è impegnato a permettere all'NHS di condurre analisi scientifiche non invasive sugli stessi.

Nelle controversie commerciali, invece, si pensi alle numerose soluzioni che possono crearsi per risolvere i conflitti tra chi detiene il diritto allo sfruttamento patrimoniale di un'opera e l'autore dell'opera stessa, interessato alla tutela dei propri diritti. Qui possono venire incontro, strumenti quali la proprietà, il trust e altro ancora.

Si consideri che la complessità di una lite in questo settore è così delicata che può essere necessario nominare preventivamente professionisti esperti del settore solo al fine di identificare correttamente gli elementi fondamentali del contenzioso. La terzietà e imparzialità del mediatore e dell'arbitro ed anche la specializzazione nel settore della controversia consentono di affrontare rapidamente ed esaurientemente nella stessa sede tutte le questioni necessarie.

Poi, la maggior parte dei rapporti nel mondo dell'arte contempla relazioni di lungo termine da parte di pochi soggetti che godono, quindi, anche di ampia fama nel proprio settore. Aspetti, quindi, quali la fiducia, la confidenzialità e l'immagine assumono un valore molto elevato.

Gli ADR consentono di mantenere la riservatezza delle questioni sottese alla controversia e consentono anche un approfondimento dei rapporti umani che va al di là delle tutele legali.

Inoltre, le procedure ADR permettono alle parti di scegliere il foro più adatto, risparmiando tempo e denaro. Ciò è particolarmente evidente nel caso le parti optino per risolvere una controversia ricorrendo ad una procedura arbitrale. Grazie alla convenzione di New York, infatti, il lodo arbitrale finale può essere riconosciuto ed eseguito in un paese diverso rispetto a quello nel quale è stato emesso. La differenza fondamentale fra la mediazione e l'arbitrato sta nell'essere il primo uno strumento puramente negoziale dove le parti raggiungono un accordo finale mentre il secondo, a carattere aggiudicativo, consiste in un giudizio privato dove le parti affidano a uno o più giudici privati (arbitri) il compito di decidere la controversia attraverso un provvedimento finale (lodo arbitrale) che ha gli stessi effetti della sentenza emanata dal giudice togato.

Un esempio molto famoso di arbitrato applicato al modo dell'arte viene dalla nota vicenda dalla quale ha tratto spunto un famoso film, *"Woman in Gold"*, ispirato al caso fra Maria Altmann e la Repubblica d'Austria. Ferdinand Bloch-Bauer, zio di Maria e noto industriale dello zucchero, lasciò l'Austria nel 1938 a causa delle persecuzioni naziste. A Vienna rimasero i suoi beni, tra cui sei dipinti di Gustav Klimt che furono confiscati: uno di essi, il rinomato *Ritratto di Adele Bloch-Bauer I* entrò in possesso della Galleria austriaca del Belvedere in Vienna. Alla sua morte, Ferdinand lasciò la sua eredità alle nipote Maria e Louise Altmann. Alla fine degli anni '90, l'Austria approvò una legge per la restituzione delle opere d'arte sequestrate dai nazisti. Nel 1999, Maria Altmann, anch'ella fuggita dall'Austria e diventata cittadina americana, iniziò la sua battaglia legale chiedendo, dapprima, la restituzione dei sei quadri dello zio Ferdinand, e poi, a causa dei costi troppo elevati del procedimento, citando in giudizio la Repubblica d'Austria e la Galleria austriaca del Belvedere davanti alla Corte Distrettuale della California, arrivando fino alla Corte Suprema degli Stati Uniti. L'Austria, nel timore, sua volta, della lunghezza del procedimento giudiziale, accettò la proposta di Maria Altmann di risolvere la controversia mediante un collegio arbitrale, istituito in Austria nel 2005. L'anno successivo, gli arbitri concordarono che l'Austria dovesse restituire cinque dei sei dipinti a Maria Altmann fra i quali il *Ritratto di Adele Bloch-Bauer I* che fu, poi, venduto da Maria a Ronald Lauder per 135 milioni di dollari, ed è oggi visibile permanentemente nella *Neue Galerie* di New York.

Per finire è appena il caso di citare quanto riferito dal Sole 24 Ore il 24 ottobre 2018. Mentre in Europa ci si interroga sul ruolo dell'arbitrato nelle controversie aventi ad oggetto beni d'arte, a New York un giudice ha demandato in arbitrato il famoso caso Indiana. È quanto sta accadendo nella battaglia legata all'eredità dell'artista Pop, Robert Indiana, autore della scultura "LOVE". La Morgan Art Foundation (MAF), nel maggio 2018, ha intentato un procedimento legale contro il beneficiario istituito del testamento Jamie Thomas e l'American Image Art (AIA) di Michael McKenzie per contraffazione e conseguente commercio di opere contraffatte, nonché contro James W. Brannan, legale rappresentante del patrimonio del defunto Robert Indiana, per la proprietà di alcuni diritti d'autore. A sua volta l'AIA ha agito con un'azione di accertamento della proprietà dei diritti controversi e conseguente ingiustificato arricchimento (royalties non pagate) contro Brannan.

Il 7 settembre scorso, la difesa di James Brannan ha sollevato un'eccezione di arbitrato in forza di una clausola compromissoria inserita

in un contratto sottoscritto fra le parti nel 2008 e rinvenuta successivamente perché scarsamente leggibile all'avvio del procedimento.

Rilevata la mancata opposizione dell'AIA e stante il tradizionale favor della giurisprudenza statunitense per l'arbitrato ("Federal policy favors resolution by arbitration") il giudice ha rimesso le parti davanti agli arbitri e ha sospeso il procedimento. (Dal sole 24 ore) *La mancata contestazione di AIA all'eccezione di arbitrato, pur stando qualche perplessità, è un indice del crescente interesse del mondo dell'arte per il procedimento arbitrale. Necessità di risolvere rapidamente controversie tipicamente internazionali prevenendo la formazione di giudicati contrastanti, elevata specializzazione richiesta agli addetti ai lavori, esigenze di confidenzialità e riservatezza a tutela del mantenimento delle buone relazioni tra le parti, ampia discrezionalità nell'individuazione della sede e della legge applicabile; facilità di circolazione ed esecuzione della decisione: sono questi i tradizionali vantaggi dell'arbitrato internazionale che sembrano tagliati su misura per le esigenze del mondo dell'arte.*

Gli organismi di ADR che si occupano di arte: interessanti fenomeni in espansione. Ci sono degli interessanti esempi di organismi nazionali ed internazionali che si occupano di queste controversie.

Il primo da citare, è il Comitato Intergovernativo istituito dall'UNESCO per la restituzione o il ritorno dei beni culturali nei paesi di origine quando illecitamente esportati. (ICPRCP). Gli Stati membri dell'UNESCO che hanno perso determinati oggetti culturali di importanza fondamentale possono chiedere la loro restituzione (se le convenzioni internazionali non possono essere applicate) rivolgendosi direttamente al Comitato intergovernativo che opera con gli strumenti della mediazione e della conciliazione. Nel 2010 il Comitato ha adottato uno specifico Regolamento interno di mediazione che è inteso come complementare al lavoro del comitato intergovernativo.

Più vicino alla tipologia di transazioni d'arte odierne, troviamo l'interessante esperienza del Mediation and Arbitration Center di WIPO (World Intellectual Property Organization): nell'ambito dei servizi ADR, il WIPO Center fornisce pareri in merito alla risoluzione delle controversie e servizi di mediazione e arbitrato amministrato per la soluzione delle controversie aventi ad oggetto l'arte e il patrimonio culturale. Molto interessante è la recente iniziativa intrapresa da WIPO insieme all'International Council of Museums (ICOM) per l'offerta di uno speciale procedimento di mediazione per le controversie in materia di arte e beni culturali. La mediazione ICOM-WIPO è rivolta anche ai paesi non membri dell'ICOM e

può riguardare molteplici controversie; quali la restituzione delle opere, il prestito d'opera, il deposito, la vendita di opere in genere e la proprietà intellettuale. Altri esempi includono l'assicurazione di opere d'arte, la garanzia nel finanziamento di transazioni d'arte e la donazione e il rimpatrio. Possono utilizzare il processo di mediazione Stati, musei, comunità indigene e individui.

Si possono poi citare i londinesi *Art Resolve* e *Art ADR Global*, enti privati volti alla risoluzione di controversie in campo artistico tramite la mediazione.

Molto recente, invece, è l'iniziativa varata in Olanda. Il 7 giugno scorso, all'Aja (Olanda) è stata attivata la Corte Arbitrale per l'Arte (CAA), fondata dal The Netherlands Arbitration Institute (l'Istituto Arbitrale dei Paesi Bassi) e l'associazione no-profit Authentication in the Art. Il team di art lawyers che collabora con l'istituzione ha codificato le nuove regole del tribunale arbitrale in vigore dal 30 aprile 2018. Nonostante la sede del Tribunale sia all'Aja, è possibile avviare un procedimento arbitrale in ogni parte del mondo dando esecuzione ai lodi arbitrali raggiunti in forza della Convenzione di New York del 1958 e di altre convenzioni internazionali. È possibile sottoporre alla CAA una ampia gamma di conflitti, dalle liti riguardanti l'autenticità e l'attribuzione di un'opera a questioni di diritto d'autore e contrattualistica fino ad arrivare a truffe e furti di beni artistici.

Per chi è un amante delle opere d'arte "perdute" non si può non ricordare che, dal dopoguerra fino ad oggi, l'estrema flessibilità e creatività degli ADR, li ha resi i metodi prescelti specialmente nelle contese per la restituzione di opere d'arte appartenute a famiglie ebraiche e confiscate dai nazisti o ad essi vendute dietro minaccia e costrizione. Molti organismi nazionali sono sorti all'uopo. Ne è un esempio la sezione della Camera Arbitrale Informale tedesca, "Art Lost Foundation", dove sono adottati dei pareri, sotto forma di raccomandazioni, aventi efficacia di *soft law* (quindi non vincolanti per le parti, ma persuasivi) per la risoluzione pacifica di controversie aventi ad oggetto beni del bottino nazista. Lo statuto della camera si ispira ai "Principi della Conferenza di Washington applicabili alle opere d'arte confiscate dai nazisti" del 1998, adottata in occasione della "Washington Conference on Holocaust -Ere Assets". Anche la nota casa d'asta Sotheby's ha istituito un Dipartimento specializzato nelle restituzioni di opere d'arte del periodo 1933-1945 presso Sotheby's (Londra). Qui, lo storico dell'arte Richard Aronowitz-Mercer, opera da mediatore tra gli eredi delle famiglie spossessate di opere d'arte durante la seconda guerra mondiale e gli attuali possessori che concedono all'incanto lotti a Sotheby's al

fine di venderle. La maggior parte di queste controversie vengono risolte stragiudizialmente tramite accordi conclusi in virtù dei Principi della Conferenza di Washington del 1998.

Anche l'Italia si sta muovendo nel settore con iniziative recenti ma che mostrano spunti d'interesse e che in alcuni casi stanno già dando i primi frutti. Mi riferisco in particolare ai casi di Milano e Roma.

A novembre 2015 è nato a Milano il progetto "ADR Arte", ad opera della Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano allo scopo di offrire strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie in ambito di arte e beni culturali.

Come si apprende dal sito dell'istituzione milanese, questo servizio di ADR Arte è basato sull'uso della mediazione e può essere attivato secondo le regole della mediazione civile e commerciale disciplinata dal D.lgs. n. 28/2010 oppure tramite la procedura "Fast Track Mediation Rules". In quest'ultima procedura, le parti possono nominare un mediatore conosciuto e dalle stesse apprezzato che possieda specifiche competenze. Inoltre, è prevista la possibilità di selezionare il mediatore all'interno di una lista ad hoc o mediatori di altre istituzioni (come, a titolo esemplificativo, WIPO-ICOM).

Sono molteplici, infatti, le fattispecie che possono essere oggetto di mediazione nell'ambito ADR Arte, quali ad esempio: certificati di provenienza e autenticità; protezione e gestione delle

collezioni; diritto di seguito; contratti (compravendita, noleggio, prestito, etc.); trasmissione ereditaria di opere d'arte; restituzione di opere d'arte e molto altro.

La Camera Arbitrale della Camera di Commercio capitolina, Arbitra Camera, ha avviato, nel 2017, un progetto per la soluzione delle controversie nel settore editoriale e culturale più in generale, denominato ADR PER LA CULTURA e propone quale soluzione per questa tipologia di problematiche una procedura che preveda l'uso congiunto della mediazione e dell'arbitrato in una procedura semplificata rispetto a quella ordinaria.

All'interno del progetto "ADR PER LA CULTURA" Arbitra Camera ha incontrato la FUIS, Federazione Unitaria Italiana Scrittori e la EIM, Editori Indipendenti del Mediterraneo, con i quali ha stipulato una convenzione con l'obiettivo di facilitare la risoluzione delle controversie non solo fra scrittori ed editori ma anche quelle che coinvolgono gli autori delle diverse espressioni artistiche e culturali.

A giugno scorso, nell'ambito di un interessante convegno sull'arbitrato, anche la Camera Arbitrale di Venezia ha annunciato l'apertura di una Sezione dedicata all'arbitrato per i conflitti aventi ad oggetto beni d'arte.

MONICA DE RITA

AVVOCATO - ESPERTA IN ADR

® RIPRODUZIONE RISERVATA

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.

L'attività notarile a valle del procedimento di mediazione

La cumulabilità delle funzioni di mediatore e notaio in conseguenza dell'annullamento dell'art. 14 bis del D.M. 180/2010, ad opera della sentenza TAR Lazio n. 14664/2014, che prevedeva l'incompatibilità per il mediatore nell'intrattenere rapporti professionali nei due anni successivi alla definizione del procedimento di mediazione, costituisce un valore aggiunto nel procedimento di mediazione, in quanto il mediatore notaio potrà verificare – sin dalla prima disamina della documentazione – se essa sia completa e sufficiente per la successiva immissione dell'accordo nei pubblici registri, invitando in caso contrario le parti ad integrarla e ad operare le necessarie regolazioni (urbanistiche e catastali) per il conseguimento, nel minor tempo possibile, del risultato avuto di mira dalle parti.

Il valore aggiunto della cumulabilità delle funzioni di mediatore notaio si coglie anche sotto il profilo della possibile contestualità fra la formazione dell'accordo in mediazione e l'atto notarile necessario per la pubblicità immobiliare o commerciale.

Non si trascuri il rilievo che la domanda introduttiva di una procedura di mediazione non è, allo stato, trascrivibile (sotto questo profilo è auspicabile, *de iure condendo*, una modifica dell'art. 2653 comma 2 c.c. nella parte in cui, pur equiparandosi la domanda giudiziale all'atto notificato con il quale una parte dichiara all'altra di volersi avvalere del compromesso o della clausola compromissoria per far valere il procedimento arbitrale, non si estende tale equiparazione anche all'istanza di mediazione) e, pertanto, nulla vieta che l'invitato in mala fede, con il quale l'istante abbia raggiunto un accordo in mediazione, alieni a terzi l'immobile (o subisca trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli) nelle more fra la conclusione dell'accordo e il perfezionamento dell'atto notarile idoneo alla pubblicità.

Quindi la contestualità risolverebbe, o quanto meno attenuerebbe, i problemi della mancanza di alcuna efficacia prenotativa dell'istanza di mediazione in assenza di alcun meccanismo trascrittivo.

L'intervento notarile ha, evidentemente, un raggio d'azione diverso rispetto a quello degli avvocati, chiamati a rendere l'attestazione e la cer-

tificazione di conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, come previsto dall'art. 12 D.lgs.28/2010, strumentale all'acquisizione della forza di titolo esecutivo dell'accordo, in quanto il filtro di legalità notarile non è solo diretto a confermare la delibazione di non contrarietà dell'accordo a norme imperative o all'ordine pubblico ma è propedeutico all'immissione dell'accordo nei pubblici registri.

In particolare, il notaio dovrà curare la formazione di un titolo idoneo alla pubblicità, anche sul piano della legittimazione a disporre dell'alienante (ivi compresa l'analisi dei profili relativi al regime patrimoniale coniugale), della rappresentanza, dell'effettuazione dei controlli ipocatastali, nonché del rispetto delle norme fiscali, quali ad esempio la previa presentazione delle dichiarazioni di successione eventualmente omesse e, ovviamente, dell'integrazione dell'accordo con le menzioni urbanistiche, sulla conformità catastale e, ove necessario, con l'allegazione dell'attestato di pre-stazione energetica.

L'intervento del notaio non è solo limitato agli atti di cui all'art. 2643 c.c., come la lettera dell'art. 11 comma 3 cpv D.lgs. 28/2010 sembrerebbe far intendere, ma è da intendersi esteso a tutti gli atti soggetti a trascrizione o a iscrizione sia nei registri immobiliari che al registro delle imprese. In particolare, con sentenza del Tribunale di Roma in data 4 novembre 2015 RG. 12136/2015 è stato accolto il ricorso presentato da un notaio di Roma avverso la trascrizione con riserva ex art. 2674 bis c.c. effettuata dal Conservatore di Roma 2 relativo a un accordo di mediazione con sottoscrizioni autenticate dal notaio ricorrente portante una divisione immobiliare. La riserva era stata giustificata dal Conservatore con il rilievo che il richiamo all'art. 2643 c.c. contenuto nell'art. 11 comma 3 D.lgs.28/2010 doveva intendersi come tassativo e che, pertanto, non potendo l'accordo concluso in sede di mediazione avere quale effetto lo scioglimento della comunione essere sussunto sotto la categoria dei negozi di divisione (art. 2646 c.c.) o transazione (art. 2643 n. 13 c.c.) non potesse essere trascritto in assenza di una norma espressa che lo consenta. Il Tribunale ha ravvisato, in primo luogo,

un'aporia sistematica nell'omesso richiamo ad altre norme, quali l'art. 2646 c.c., che disciplinano la trascrizione, sia pure ad effetti diversi di quelli tipicamente dichiarativi; aporia che finisce per diventare vera e propria contraddizione ove si consideri che da un lato l'art. 5 D.lgs. 28/2010 comprende la divisione fra le materie per le quali la mediazione costituisce condizione di procedibilità e, dall'altro, non consente espressamente la trascrivibilità del relativo accordo.

Lo stesso discorso può essere esteso alle altre forme di trascrizione, non contemplate espressamente nell'art. 11 D.lgs.28/2010, quale quella di cui all'art. 2647, 2645 ter c.c., o anche agli atti soggetti ad annotamento, il che amplia ulteriormente l'ambito dell'intervento notarile oltre il perimetro dell'art. 2643 c.c.

E ciò non tanto per gli annotamenti con funzione di pubblicità notizia, quale quello dell'art. 2668 comma 3 c.c. (avveramento della condizione sospensiva o mancato avveramento della condizione risolutiva), o ancora l'annotamento delle quietanze a margine di atti di trasferimento con riserva della proprietà (in questo caso tra l'altro unilaterali), quanto per gli annotamenti che spiegano effetti rilevanti ai fini della successiva circolazione degli immobili.

Così, non è dubbio che in mediazione possa essere accertato l'avveramento di una condizione risolutiva (o il mancato avveramento della condizione sospensiva pur in assenza di espressa previsione normativa) o stipulato un negozio risolutorio agli effetti dell'art. 2655 c.c. (senza entrare nel merito della *vexata quaestio* dell'ammissibilità dei negozi risolutivi, che sembrano ormai essere ritenuti leciti dalla giurisprudenza di legittimità, da ultimo Cass., sezione V, 6 ottobre 2011 n. 20445).

Più delicato è il discorso da svolgersi per le convenzioni che "accertino" l'eventuale nullità, annullabilità, revocazione, rescissione, *simulazione* di un atto soggetto a trascrizione.

Così, nell'ipotesi in cui l'istante instauri una mediazione avente ad oggetto l'accertamento una di queste patologie negoziali e l'invitato non si opponga, è possibile che la mediazione si concluda con un accertamento della nullità, annullabilità, revocazione, rescissione, che sia poi trasfuso in atto notarile, con una delle tecniche redazionali di cui ci occuperemo più avanti, agli effetti dell'art. 2655 c.c., cioè per la continuità delle trascrizioni, cioè per far sì che producano regolarmente i propri effetti le successive iscrizioni o trascrizioni contro il soggetto a favore del quale si è verificato uno degli eventi indicati al primo comma dell'art. 2655 c.c.?

Da un lato, il tenore letterale dell'ultimo comma del 2655 sembrerebbe far propendere per una soluzione positiva in quanto il titolo per l'annotazione è costituito dalla sentenza o dalla "convenzione", senza alcuna distinzione a se-

conda del fatto "risolutore" dell'effetto reale.

Ma, per converso, almeno per i vizi di invalidità si potrebbe in astratto sostenere che si tratti di un accertamento riservato all'autorità giudiziaria, non disponibile dai privati.

In realtà, parte della dottrina ha distinto a seconda che si tratti di nullità o risoluzione stragiudiziale (quale quella dipendente da diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa o termine essenziale ex art. 1454, 1456 e 1457 c.c.), fatti questi che sarebbero suscettibili di costituire oggetto di un mero accertamento e, pertanto, di una convenzione annotabile, oppure di fatti che dovrebbero essere posti a base di una sentenza di carattere costitutivo (annullamento, risoluzione giudiziale, rescissione e revocazione), non surrogabile attraverso una convenzione fra privati; e ha fondato tale distinzione sul verbo "risultare" contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2655 c.c., nel senso che tale termine presupporrebbe un'attività di mero accertamento che non si riscontra in realtà nelle ipotesi in cui sul fatto risolutore dell'effetto deve pronunciarsi il giudice con sentenza ad efficacia costitutiva (L.FERRI-P.ZANELLI, *Trascrizione immobiliare*, 3 ed., sub.artt.2654-2656, p.371).

Si è autorevolmente replicato (G.GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile diretto ad Rodolfo Sacco*, 2012, p.168) che tale termine si riferisce indifferentemente alle sentenze e alle convenzioni e, quindi, non si vede come rispetto a queste ultime l'interprete possa immaginare un più ristretto ambito di applicazione.

Sul piano sostanziale, si è poi osservato come non possa considerarsi preclusa all'autonomia privata la facoltà di prevenire o comporre una controversia sull'annullamento attraverso il riconoscimento fatto da una delle parti del buon fondamento della domanda preannunciata o proposta dall'altra; riconoscimento che può essere puro e semplice, o comportare reciproche concessioni configurandosi in tale ultimo caso come transazione.

Si potrebbe semmai discutere, in chiave notarile, cioè nell'ottica del notaio, chiamato a valle dell'accordo di mediazione che abbia accertato la nullità o l'annullamento, a prestare la propria opera professionale, se annotare ex art. 2655 c.c. in ogni caso oppure, laddove vi siano i caratteri della transazione che abbia implicato un riconoscimento di nullità o di annullabilità, se trascrivere ex art. 2643 n. 13 c.c.

(Nicolo', *La trascrizione*, Milano, 1973, 82 sembra per la positiva, cioè per ammettere le convenzioni che accertino la nullità).

Bisogna, poi, anche tener presente, nell'ottica del mediatore - notaio, che qualora la transazione verta su titolo nullo, anch'essa è nulla ove il titolo sia illecito, e che negli altri casi di titolo nullo la transazione è annullabile solo ad istanza di chi ignorava la causa di nullità (art. 1972 c.c.).

Il problema, quindi, dell'accertamento in mediazione di una patologia negoziale suscettibile di porre nel nulla gli effetti reali già prodottisi è opinabile, ma almeno nel caso della simulazione (tra l'altro non previsto dal 2655 c.c.) sarei favorevole.

Il caso è questo: Tizio invita in mediazione Caio per far valere l'accordo simulatorio scritto in virtù del quale la compravendita fra gli stessi intercorsa non ha prodotto i propri effetti e quindi Tizio è ripristinato nella titolarità del proprio diritto (simulazione assoluta) o ha prodotto effetti diversi da quelli derivanti dal contratto simulato (simulazione relativa).

In questo caso, a differenza della nullità, l'accertamento ha riguardo a una contro-dichiarazione contenuta nell'accordo simulatorio e non mi pare dubitabile che con l'accordo delle parti la contro-dichiarazione, fino a quel momento tenuta segreta fra le parti, possa essere palesata e soggetta a pubblicità immobiliare e, in particolare, nel caso di simulazione assoluta o di simulazione relativa (volta a far valere effetti diversi) ad annotazione ex art. 2655 c.c. mentre in caso di interposizione fittizia di persone a trascrizione contro l'interposto e favore delle interponente, ma non già ai fini dell'art. 2644, non potendosi ravvisare tra l'interposto e l'interponente una vicenda circolatoria ma ai sensi dell'art. 2650 c.c. (così GAZZONI, Trattato della Trascrizione, La trascrizione degli atti e delle sentenze, 2012, p.450).

Quindi la contestualità risolverebbe, o quanto meno attenuerebbe, i problemi della mancanza di alcuna efficacia prenotativa dell'istanza di mediazione in assenza di alcun meccanismo trascrittivo.

Quanto all'accertamento dell'usucapione in mediazione, esso costituisce gran parte delle mediazioni incardinate presso ADR Notariato Srl e di esse proverò a cogliere i tratti salienti, sia in chiave ricostruttiva che pratico-operativa.

Come si legge nelle schede di lettura dell'art. 84-bis della legge 9 agosto 2013 n. 98, di conversione del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, introduttiva dell'art. 2643 n. 12 bis c.c., si è fatta finalmente chiarezza sulla questione della trascrivibilità dei negozi di accertamento dell'usucapione, che aveva ricevuto soluzioni oscillanti nella giurisprudenza e aveva trovato la dottrina tradizionale per lo più attestata su posizioni negative, fondate sull'inidoneità del negozio di accertamento a modificare il rapporto originario, quand'anche investisse, sotto l'aspetto interpretativo o di migliore specificazione, un atto soggetto a trascrizione.

Un atto, quindi, con cui le parti non intendono modificare una data situazione giuridica preesistente o spostare il regolamento posto in essere col negozio originario rispetto ad un determinato conflitto di interessi, ma semplicemente intendo-

no "dichiarare il rapporto preesistente imponendo una determinata intelligenza".

Ovviamente l'accertamento dell'usucapione non ha ad oggetto un rapporto giuridico già instaurato fra le parti ma un fatto storico, cioè il possesso ininterrotto, non violento né clandestino, per il tempo protratto dalla legge, che ha quale effetto legale l'acquisto della proprietà.

La scelta compiuta dal legislatore con l'introduzione dell'art. 2643 n. 12 bis c.c. è, però, chiaramente quella di tracciare un doppio binario della pubblicità dell'usucapione, l'una dichiarativa, tipica del meccanismo degli artt. 2643, 2644 e 2650 c.c. e l'altra di mera notizia, propria delle sentenze, cui viene riservata l'applicabilità dell'art. 2651 c.c.

Nonostante, dunque, l'accertamento negoziale mantenga i caratteri dell'acquisto a titolo originario, costituendo un negozio di secondo grado, che presuppone la preesistenza di un fatto o di una relazione giuridica da accertare con carattere definitività è innegabile come l'accertamento negoziale investa esclusivamente i rapporti tra usucapito e usucapiente e non possa avere un'efficacia generalizzata verso i terzi.

Quindi, pur essendo l'usucapione negoziale accostabile all'usucapione giudiziale in ordine ai presupposti di fatto che legittimano la formazione di un titolo di acquisto del diritto reale in capo all'usucapiente, il limite rinvenibile nell'usucapione negoziale è piuttosto rappresentato dalla persistenza di un legame fra usucapito e usucapiente che connota il relativo negozio di un carattere *lato sensu* dispositivo (sia pure non dia luogo ad un acquisto derivativo in senso stretto) sul piano degli effetti della relativa pubblicità nei rapporti *inter partes* e nei confronti dei terzi.

In altri termini, mentre l'usucapione giudiziale ha la forza di radicare un diritto nuovo in capo all'usucapiente al quale i terzi aventi causa dall'usucapito non potranno opporre i loro diritti in base alle regole previste agli artt. 2644 e 2650 c.c., interrompendo pertanto la catena delle trascrizioni fino a quel momento intervenute contro l'usucapito e instaurando *ex novo* una catena il cui anello iniziale è appunto costituito dall'acquisto dell'usucapiente sin dal momento dell'inizio del possesso, il negozio di accertamento dell'usucapione s'inscrive all'interno di una vicenda pubblicitaria di matrice chiaramente dichiarativa in cui i terzi aventi causa dall'usucapito o i creditori iscritti contro di lui potranno opporre i loro diritti all'usucapiente che abbia trascritto l'accordo in un momento successivo.

Nessuna efficacia liberatoria potrà, pertanto, ricondursi al negozio medesimo, con ciò potendosi sicuramente bandire qualsiasi riflesso della c.d. *usucapio libertatis*, che è il diretto corollario del carattere retroattivamente originario dell'usucapione giudiziale.

Bisogna, peraltro, dar conto dell'autorevole, quanto isolata, voce dottrinale (C.M.BIANCA, La trascrizione del verbale dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione, in Vita Not., 2016, pp.119 ss.) secondo la quale anche l'accertamento negoziale dell'usucapione è un acquisto a titolo originario in senso tecnico, esattamente equivalente a quello giudiziale, che estingue il diritto del proprietario e travolge gli atti dispositivi che esso abbia compiuto, a prescindere dalla trascrizione.

Addirittura, sostiene l'autore, un'interpretazione diversa, volta cioè ad attribuire valenza dichiarativa alla trascrizione dell'accertamento convenzionale dell'usucapione in contrapposto all'efficacia di pubblicità notizia della trascrizione della sentenza di accertamento darebbe luogo a un profilo di incostituzionalità della norma per irrazionalità del diverso trattamento di due atti aventi funzione di accertamento dell'effetto acquisitivo della proprietà determinato per legge.

Pur con il massimo rispetto dell'opinione dell'autore, affidare all'accordo di accertamento dell'usucapione la funzione (sia pure ancillare) di travolgere gli effetti di qualsiasi atto trascritto contro l'usucapito (c.d. *usucapio libertatis*) al di là di un accertamento giudiziale, che non si limita a riscontrare il riconoscimento dell'usucapito del possesso altrui ma è volto a supportare quell'accertamento con ogni altro utile elemento probatorio, è francamente eccessivo in quanto introdurrebbe un grave vulnus nel sistema di circolazione immobiliare e si presterebbe a facili accordi fraudolenti fra usucapito e usucapiente.

Verifichiamo, invece, quale debba essere l'atteggiamento del notaio a valle della procedura di mediazione, o anche durante lo svolgimento della procedura, se il mediatore è anche notaio.

Certamente, il mediatore e il notaio non potranno incidere sul piano dell'accertamento del possesso altrui, cioè dovranno limitarsi a recepire le dichiarazioni dell'usucapiente e dell'usucapito, ma ovviamente tali dichiarazioni dovranno essere congruenti con la documentazione acquisita al fascicolo e, laddove si ravvisi un'incongruenza documentale fra le dichiarazioni delle parti e le evidenze documentali, il mediatore e il notaio dovranno avvertire le parti circa la probabile inidoneità del loro accordo a produrre gli effetti sperati.

Quid iuris, ad esempio, se l'usucapito, pur vantando a proprio favore un titolo ultraventennale, abbia disposto del proprio diritto di proprietà in favore di terzi con un atto trascritto, ad esempio cinque anni fa?

Certamente, se risulta dall'atto che al trasferimento della proprietà sia seguita l'immissione nel possesso dell'acquirente, il mediatore/notaio dovrà avvertire le parti che quell'accertamento negoziale dell'usucapione potrà non spiegare al-

cun effetto contro l'avente causa dall'usucapito che vanti a proprio favore una trascrizione prioritaria.

Ma di per sé l'eventuale atto di disposizione di un diritto reale da parte del proprietario, individuato come tale al ventennio dall'esame dei registri immobiliari, pur se legittimamente trascritto, non comporta di per sé interruzione dell'altrui possesso ove l'atto non si accompagni ad un'effettiva perdita di possesso del precedente possessore.

Gli atti interruttivi dell'usucapione (diversi dalle domande giudiziali o dalle intimazioni stragiudiziali) si caratterizzano tutti per la materialità dello spoglio del possessore, nel senso che essi devono necessariamente implicare l'effettività della perdita del potere di fatto sulla cosa e, sotto questo profilo, potrebbe apparentemente ritenersi che un atto di disposizione di un diritto reale senza immissione nel possesso dell'acquirente, non interrompendo il termine ad usucapionem, non determini mai la soccombenza dell'usucapiente rispetto ai terzi aventi causa dall'usucapito.

In realtà nell'usucapione negoziale il carattere dichiarativo della pubblicità immobiliare dell'accordo accertativo fa soccombere comunque l'usucapiente rispetto a qualunque avente causa dall'usucapito che abbia trascritto il proprio titolo di acquisto prima della trascrizione dell'accordo, anche ove a quell'atto dispositivo non sia seguita l'immissione nel possesso del bene.

Non così nell'usucapione giudiziale, in cui il tipico effetto retroattivo dell'acquisto a titolo originario da parte dell'usucapiente lo rende preferito rispetto a qualunque avente causa (possessore o non possessore) dell'usucapito.

È anche possibile che l'atto dispositivo sia compiuto non in pendenza del termine per il compimento dell'usucapione, ma successivamente allo spirare del termine *ad usucapionem*.

Anche in tal caso l'acquisto del terzo avente causa dall'usucapito prevarrà sulla trascrizione dell'accertamento dell'usucapione, se quest'ultimo venga trascritto successivamente.

Ma non è da escludersi che il terzo avente causa dall'usucapito in entrambi i casi (cioè sia nell'ipotesi di atto dispositivo compiuto in pendenza del termine ma senza immissione nel possesso sia nel caso in cui l'atto dispositivo sia compiuto dopo lo spirare del termine *ad usucapionem*), invitato a partecipare al procedimento di mediazione, vi prenda parte e riconosca, congiuntamente all'usucapito, la sussistenza dei presupposti di fatto che legittimano il perfezionamento della fattispecie acquisitiva del diritto in capo all'usucapiente.

In tal caso, stante l'assenza di alcuna efficacia purgativa dell'atto di accertamento dell'usucapione, occorre verificare se sia ammissibile, accanto alla trascrizione ex art. 2643 n. 12 bis c.c. contro

l'usucapito e a favore dell'usucapiente, un'annotazione di risoluzione ex art. 2655 ultimo comma c.c. dell'atto dispositivo compiuto dall'usucapito nei confronti del suo avente causa.

Come detto dianzi, una volta ammessa la generalizzata portata del negozio risolutorio, non può escludersi che nell'ambito del procedimento di mediazione l'usucapito e il terzo avente causa convengano la risoluzione dell'atto dispositivo in quanto incompatibile con il riconoscimento dell'altrui possesso *ad usucapionem* per il termine previsto per legge.

Corollario pratico della valenza dichiarativa della pubblicità dell'atto di accertamento dell'usucapione è la necessità del rispetto del principio della continuità delle trascrizioni affinché la trascrizione contro l'usucapito e a favore dell'usucapiente consenta di risolvere i conflitti fra aventi causa dall'usucapito e usucapiente.

In assenza della trascrizione del titolo di acquisto a favore dell'usucapito, la trascrizione contro di lui svolge, ed è questa la regola sancita dall'art. 2650 comma 2 c.c., un'efficacia prenotativa, nel senso che le trascrizioni contro l'usucapito produrranno il loro effetto secondo il rispettivo numero d'ordine solo una volta curata la trascrizione dei titoli a favore del dante causa (l'usucapito).

Nella pratica è molto frequente che l'usucapito sia deceduto o che sia deceduto il soggetto che aveva iniziato il possesso sul bene, al quale sono subentrati ex art. 1146 c.c. gli eredi o i legatari.

Sono state enucleate, pertanto, quattro ipotesi concrete:

- a) l'usucapito muore dopo lo spirare del termine *ad usucapionem* (ad esempio inizio dell'usucapione nel 1970 e fine nel 1990 - morte dell'usucapito nel 2000); in questo caso, poiché al momento della morte dell'usucapito, il bene era già uscito al momento della morte dell'usucapito, si ritiene che non vada presentata la dichiarazione di successione in morte dell'usucapito e la trascrizione possa essere eseguita direttamente contro l'usucapito e a favore dell'usucapiente;
- b) l'usucapito muore in pendenza del termine per il perfezionamento dell'usucapione (ad esempio inizio dell'usucapione nel 1990, morte dell'usucapito nel 2000, perfezionamento dell'usucapione nel 2010); in questo caso, poiché al momento della morte dell'usucapito, il bene non era ancora uscito dal patrimonio dell'usucapito, si ritiene che vada presentata la dichiarazione di successione in morte dell'usucapito e vada eseguita una prima trascrizione contro l'usucapito e a favore degli eredi dell'usucapito e una seconda trascrizione contro questi ultimi e a favore dell'usucapiente;
- c) l'usucapiente (*rectius* colui che ha iniziato il possesso) muore dopo lo spirare del termine

ad usucapionem; in questo caso, gli eredi (anche non possessori perché l'usucapione è già compiuta), dovranno dichiarare il bene nella dichiarazione di successione e si eseguiranno due trascrizioni, l'una contro l'usucapito e a favore dell'usucapiente e l'altra contro quest'ultimo e a favore dei suoi eredi;

- d) l'usucapiente (*rectius* colui che ha iniziato il possesso) muore in pendenza del termine *ad usucapionem*; in questo caso al momento della morte il bene non era ancora entrato nel patrimonio del *de cuius* e, pertanto, gli eredi o i legatari subentranti nel possesso non dovranno dichiarare il bene nella dichiarazione di successione e si eseguirà un'unica trascrizione, contro l'usucapito e a favore degli usucapienti (eredi o legatari di colui che aveva iniziato il possesso).

Nei casi non infrequenti di usucapione di quote indivise, (ad es. un coerede usucapisce le quote degli altri), pacificamente ammessi in giurisprudenza (Cass.12 aprile 2012 n. 5226) il principio di continuità è rispettato se la trascrizione dell'accettazione tacita d'eredità viene curata contro il *de cuius* e a favore degli eredi usucapiti per le rispettive quote indivise, ma appare anche possibile curare la trascrizione dell'accettazione tacita d'eredità anche a favore dell'usucapiente, in quanto l'affermazione di costui di aver continuato il possesso del proprio dante causa ex art. 1146 comma 1 c.c. in qualità di successore a titolo universale del *de cuius* non può

È anche possibile che l'usucapiente, dopo aver concluso e trascritto l'accordo negoziale di accertamento dell'usucapione con l'usucapiente, intenda munirsi di una sentenza di accertamento giurisdizionale con i propri effetti tipici, in particolare l'*usucapio libertatis* e la piena efficacia di acquisto a titolo originario che prescinda dal rispetto della continuità delle trascrizioni.

L'ipotesi è stata affrontata (BARALIS, L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione riformata: il senso della trascrizione e i problemi connessi, in Riv.Dir.Civ., 2014, 6) riguardo alla possibile apposizione di una condizione risolutiva al negozio di accertamento negoziale dell'usucapione consistente nella successiva pronuncia giudiziale.

In questo caso la pronuncia giudiziale dovrebbe funzionare quale evento condizionante che legittima l'annotamento di risoluzione ex art. 2655 c.c.

In realtà il vero problema è capire quali siano le sorti del negozio quando in sede giudiziale si accerti che non sussistevano i presupposti fattuali per l'accertamento dell'usucapione in quanto si sia accertato che il preteso usucapiente non abbia posseduto per il termine di legge.

Probabilmente, la soluzione più ragionevole dovrebbe essere quella della perdita di efficacia del negozio *ab origine* per difetto dei presupposti.

Ma al di là dell'apposizione di una condizione risolutiva espressa, ad avviso di chi scrive, la pronuncia della sentenza di accertamento dell'usucapione determina comunque la sopravvenuta inefficacia dell'accordo di accertamento negoziale, che vale a radicare il diritto dell'usucapione *ab origine* in maniera del tutto slegata dalla titolarità del diritto dell'usucapito.

Quanto agli aspetti formali del negozio di accertamento dell'usucapione:

- a) non occorre né la dotazione né l'allegazione dell'attestato di prestazione energetica, non rientrando tale negozio nel perimetro di quelli previsti e disciplinati dall'art. 3 commi 2 e 3 D.lgs.192/2005;
- b) è necessario che il negozio sia corredato dalle menzioni urbanistiche (artt. 30 e 46 D.P.R. 380/01 e art. 40 legge 47/85), in quanto la normativa urbanistica riguarda qualsiasi attività negoziale che abbia quale effetto l'acquisto del diritto reale (con le eccezioni espressamente previste) anche se, come in questo caso, non per effetto di una vicenda non tecnicamente traslativa, ma che s'inscrive nel quadro di un accordo con valenza di pubblicità dichiarativa menzioni rese dall'usucapiente;
- c) è necessario che il negozio sia corredato dalle menzioni sulla conformità catastale oggettiva (art. 29 comma 1 bis della legge 52/85) per le stesse argomentazioni di cui al punto b).

Per quanto riguarda l'allineamento soggettivo, appare condivisibile la ricostruzione contenuta nello studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 718-2013/C che, alla luce della precedente circolare CNN del 28 giugno 2010, aveva escluso la necessità di un previo allineamento catastale per rendere l'intestazione catastale conforme alle risultanze dei registri immobiliari, in quanto l'atto di accertamento negoziale dell'usucapione, pur rendendo evidente il collegamento fra diritti dell'usucapito e quello dell'usucapiente, non è un acquisto a titolo derivativo in senso stretto e sarebbe pertanto contrario allo spirito della riforma, evidentemente ispirata da esigenze deflative del contenzioso, richiedere il c.d. preallineamento catastale prima di autenticare (o ripetere in forma pubblica) l'accordo di mediazione o per inviare il relativo adempimento unico.

Quindi, il notaio chiamato ad autenticare o a ripetere l'accordo avrà senz'altro l'obbligo di ispezionare i registri immobiliari per verificare che l'usucapione sia stata svolta contro un usucapito realmente legittimato passivo per essere il vero intestatario del bene ai registri immobiliari, ma potrà evitare di curare l'allineamento catastale prima procedere all'invio dell'adempimento unico relativo all'atto di accertamento dell'usucapione, a meno che non gli sia stato conferito espresso incarico.

Allo stato attuale, le tre tecniche redazionali atte a consentire l'immissione dell'accordo di mediazione che abbia ad oggetto l'accertamento, la costituzione o il trasferimento di diritti reali o quote di società nei registri immobiliari ovvero commerciali possono essere così sintetizzate:

- 1) autentica delle sottoscrizioni apposte in calce al verbale (se contenente al proprio interno l'accordo), o al verbale e all'accordo (ove quest'ultimo costituisca un allegato del primo); ovviamente l'attività di autenticazione riguarderà solo le sottoscrizioni delle parti, non anche quella del mediatore, né degli avvocati.
- 2) verbale di deposito del verbale di mediazione contenente l'accordo, ovviamente anche in questo caso con l'intervento di tutte le parti, ad esclusione degli avvocati e del mediatore;
- 3) negozio di ripetizione, facendo particolare attenzione a che lo stesso non si atteggi a rinegoziazione dell'accordo con effetti novativi (perché ciò creerebbe problemi fiscali).

Sicuramente è anche possibile che l'atto notarile a valle dell'accordo di mediazione integri un atto solutorio, cioè quale pagamento traslativo in attuazione di un obbligo a contrarre assunto con l'accordo di mediazione.

In questo caso, però, bisogna fare attenzione ai risvolti fiscali, in quanto l'art. 17 comma 3 considera esente dall'imposta di registro solo il verbale di accordo e l'Agenzia delle Entrate potrebbe ritenere che eventuali atti solutori successivi all'accordi esulino dall'ambito di applicazione del detto art. 17 comma 3.

MASSIMO SARACENO

NOTAIO IN ROMA

® RIPRODUZIONE RISERVATA

La conciliazione tra potere pubblico e autonomia privata.

Il potere conciliativo del Giudice di Pace

La capacità di comporre dissidi ha una sua funzione intrinseca, consistente nella creazione di una soluzione pratica capace di armonizzare situazioni di conflitto, sul presupposto della convenienza che le parti riconoscono in modo volontario all'accordo che concludono.

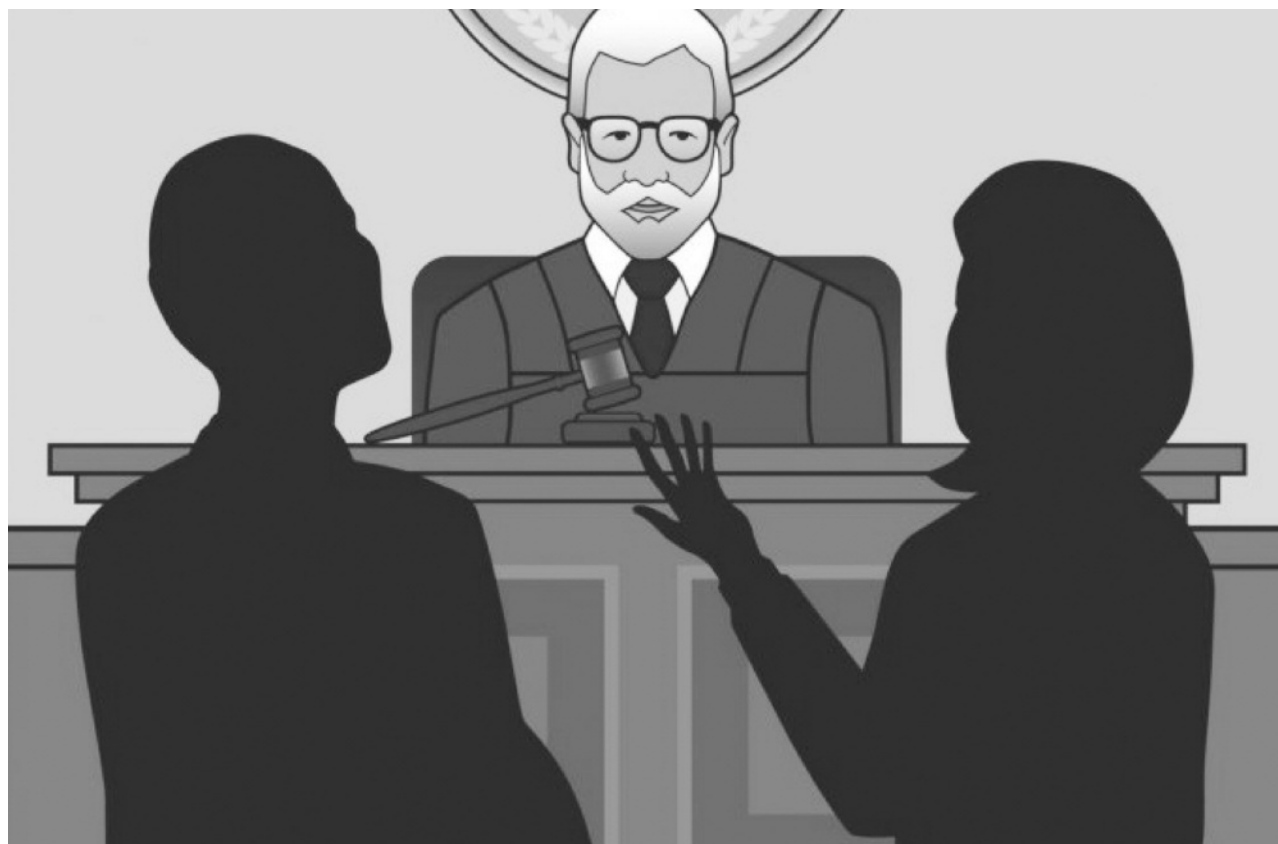
Tuttavia nella prevalente percezione dei rapporti giuridici, anche a causa dell'estremo tecnicismo delle norme stesse, le parti in conflitto sono più spesso abituate a considerarsi soggetti passivi, né gli istituti, tradizionalmente previsti allo scopo dai codici di procedura, hanno ricevuto nel tempo successo, ciò in virtù della diffusa diffidenza nella autorità pubblica, percepita sempre e comunque come un soggetto tendenzialmente impositore.

La novità che ha inciso in modo determinante anche sulla mentalità degli utenti della giustizia

è stata l'introduzione, in Italia, con il Decr. Lsgl. 28/2010 in ottemperanza della Dir. Ue n. 2008/52, della mediazione obbligatoria in materia civile.

Mentre nell'alveo della tradizionale procedura civile l'unica ipotesi di conciliazione non giudiziale è quella dettata dall'art. 322 del cpc a proposito delle competenze del Giudice di Pace.

Il Giudice di Pace può effettuare un tentativo di conciliazione tra parti che non sono in giudizio, su tutte le materie, indipendentemente dal valore, con due soli limiti: le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili (diritti della persona, tasse e tributi) e controversie per le quali sono previsti appositi organi per la composizione stragiudiziale della lite (ad esempio in materia di lavoro). Ogni cittadino può rivolgersi senza l'assistenza di un avvocato al Giudice di Pace al fine di prevenire una lite giudiziaria.



Il Giudice di Pace provvede a convocare le parti all'udienza da lui fissata. Se la parte chiamata non si presenta o se il tentativo di conciliazione non riesce il magistrato redige un verbale negativo di conciliazione e le parti sono libere di agire in giudizio. Se invece il tentativo di conciliazione riesce il Giudice di Pace redige un verbale positivo di accordo che fissa i termini, i tempi e le condizioni dell'accordo stesso, con un vantaggio fiscale, corrispondente all'esenzione dell'imposta di registro fino a €. 51.645,69, per i verbali di conciliazione.

Il verbale in parola, come dispone il secondo comma dell'art. 322 cpc, costituisce titolo esecutivo se la controversia rientra nella competenza giudiziale del Giudice di Pace, mentre come dispone l'ultimo comma dello stesso articolo, il verbale ha valore di mera scrittura privata riconosciuta qualora la conciliazione si riferisca a materie o valore non rientranti nella competenza giurisdizionale dello stesso giudice.

Gli effetti delle due ipotesi sono notevolmente diversi, perché in caso di titolo esecutivo, ciascuna parte può azionare la procedura di esecuzione forzata contro l'inadempiente, mentre se il verbale a valore di scrittura privata riconosciuta la parte che ne pretende l'adempimento potrà soltanto, qualora la controparte sia inadempiente, agire con un giudizio di cognizione, per ottenere la condanna all'adempimento secondo quanto previsto nel verbale, oltre all'eventuale risarcimento del danno.

La conciliazione del Giudice di Pace è l'unica, in materia civile, svolta al di fuori di un procedimento giudiziario civile ad opera di un organo giurisdizionale. In tutti gli altri casi, sia il Giudice di Pace sia il tribunale possono tentare la conciliazione, ma solo relativamente a procedimenti giurisdizionali già iniziati.

Al di fuori di questa unica ipotesi si deve parlare di mediazione civile, intendendo un procedimento in cui il soggetto che tenta la composizione dell'eventuale lite non è un giudice ma un soggetto terzo, che ha come fine istituzionale, quello di tentare la composizione amichevole.

La mediazione ordinaria nel nostro ordinamento è quella prevista dal Decreto Lsgl. 28/2010, che detta le norme valide per il procedimento di mediazione ordinario, il quale prevede necessariamente l'assistenza dei legali e presuppone il principio della riservatezza nella fase delle trattative.

Tutte le controversie relative a diritti disponibili possono essere trattate con il procedimento di mediazione in parola, il quale, se si conclude con verbale di conciliazione, comporta notevoli vantaggi. L'effetto principale consiste nella formazione di un titolo esecutivo insuscettibile di alcun tipo di gravame, e in quanto atto pubblico, fa piena prova di quanto ivi contenuto, fino a querela di

falso. A ciò si affiancano notevoli vantaggi di natura fiscale:

1. *l'art. 17 del Decr. Lsgl. 28/2010 prevede una specifica esenzione parziale al comma 3, dove disciplina che il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro (di cui al D.P.R. n. 131 del 26 aprile 1986 e successive modificazioni) entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.*
2. *relativamente alle imposte di bollo e a tutte le altre spese, tasse o diritti, è disciplinato, al capo terzo, dall'art. 17 comma 2 che "tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo (di cui al D.P.R. 26-10-1972 n. 642 e successive modificazioni) e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura".*

È importante aggiungere che il successivo comma 5 stabilisce allorquando **la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1**, quindi, in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, **all'organismo di mediazione non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato**, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 30 maggio 2002, n. 115.

Accanto a questo tipo di mediazione civile ci sono anche altri tipi di mediazione previste dall'ordinamento: la conciliazione tributaria introdotta dall'articolo 44 del Decr. Lsgl. 546/92, la conciliazione in materia di lavoro regolata dagli artt. 410 e ssgg del cpc, dall'art. 11 del Decr. Lsgl. 124/2004 e quelle, in materia di lavoro previste da contratti o accordi sindacali, la conciliazione agraria disciplinata all'art. 11 Decr. Lsgl. 150/2011 e la mediazione familiare prevista dal già richiamato Decr. Lsgl 28/2010.

Questo vantaggio di strumenti conciliativi è la prova di una specifica scelta legislativa diretta dapprima a spostare la risoluzione delle controversie dallo stato ai privati, e di conseguenza a creare una tendenza culturale volta alla responsabilizzazione della società civile, sulla base del principio per cui anche la fase di crisi dei rapporti, non più valutata come patologica, è ricompresa nella gamma degli eventi fisiologici delle relazioni giuridiche.

SABRINA CONTINO

® RIPRODUZIONE RISERVATA

La proposta del mediatore

Il mediatore può e a volte deve redigere una proposta di accordo, un'ipotesi di conciliazione. La norma vigente prevede la proposta di soluzione della controversia da parte del dominus della procedura, successivamente i regolamenti dei singoli organismi dispongono le modalità attuative della stessa, in particolare regolano le condizioni che permettono al mediatore di formularla. L'esistenza della proposta sposta la procedura da una posizione facilitativa, basata sulla comunicazione sia nelle sessioni congiunte che in quelle separate, ad una posizione valutativa, che si incentra sulla ponderazione del caso da parte del conduttore dell'esperimento procedurale. La formulazione dell'ipotesi risolutiva dipende dalla filosofia a cui si ispirano la procedura ed il mediatore. La filosofia che genera la proposta si può paragonare al diritto naturale da cui poi nasce lo specifico ordinamento giuridico, ovvero essa viene ad essere il contenuto di quella che in filosofia del diritto il Kelsen definisce *Grundnorm*. Si considereranno in seguito tre possibili filosofie ispiratrici.

Il decreto legislativo 28 del 2010, che norma la mediazione, vede coesistere la mediazione facilitativa con la mediazione valutativa, ovvero rispettivamente un approccio minimalista del mediatore oppure un approccio interventista. Chiaramente le posizioni non sono demarcate nettamente, in quanto il mediatore capace ipotizza, con domande ponderate nelle sessioni separate, percorsi plausibili di soluzione, venendo quindi ad ibridare le due definizioni di scuola.

Le ipotetiche ed eventuali ipotesi per giungere ad un accordo condiviso vengono formulate in maniera indiretta, sono spesso poste come domande durante le sessioni separate, e lasciando che sia la parte ad enunciarle e a procedere ad un eventuale formalizzazione.

Kolb (1983) parla di una figura di mediatore direttore d'orchestra *orchestrator* che gestisce un processo interattivo e costruttivo senza ipotizzare soluzioni, e una figura di mediatore creatore di accordo *deal-maker*, che promuove e influenza l'accordo stesso. Ripetiamo le posizioni facilitativa e valutativa non sono nettamente demarcate, si avvicinano o si allontanano secondo il contesto specifico e secondo le caratteristiche dei soggetti coinvolti nella procedura. O meglio le posizioni si differenziano nettamente quando il mediatore procede alla redazione di una proposta.

Dalla lettura della norma sembra però che l'aspet-

to maggiormente premiato dal legislatore italiano sia la mediazione facilitativa, dove il mediatore cerca di fare emergere gli interessi reali sui quali poi addivenire a conciliazione. Tipicamente le camere di commercio, nei loro regolamenti, prevedono che la proposta possa essere formulata solamente con la richiesta congiunta di tutti i centri di interesse intervenuti nella procedura. Altri organismi prevedono che la proposta possa essere fatta anche con la richiesta di uno solo dei soggetti coinvolti nella procedura. Altri organismi ancora prevedono che la proposta possa essere fatta anche in contumacia, con la sola condizione che la parte contumace abbia aderito alla procedura pur senza presentarsi (in antitesi con la commissione Alpa). Al contempo si riscontra la presenza di molti mediatori reticenti a formulare una proposta, quasi timorosi di prendere posizione, posizione che notoriamente non è vincolante, ma certamente di notevole peso specifico e spesso percepita (erroneamente a parere di chi scrive) più autoritaria che autorevole.

In un recente convegno la mediazione valutativa è stata definita mediazione aggiudicativa, ritengo la cosa errata, è un ossimoro, la risultanza aggiudicativa ha come proprio valore atteso il rifiuto di accettazione della proposta da parte del soggetto soccombente. Essendo l'accordo generato dalla volontà delle parti, e non imposto d'autorità, è intuibile che il perdente non lo sottoscriva.

Esistono plurimi stili di mediazione, sostanzialmente uno per ogni mediatore, ma si possono riassumere in tre ispirazioni filosofiche: normativa, equitativa e tecnico-peritale. Una prima filosofia di mediazione, di ispirazione normativa, vede il mediatore con un atteggiamento secondo ordinamento, il mediatore fa ragionare le parti principalmente secondo un protocollo normativo, potremmo definirla mediazione secondo ordinamento, che chiaramente deve considerare non solo la singola norma, non solo il "diritto applicato", ma deve anche ispirarsi al diritto naturale, alla fonte generativa dell'ordinamento giuridico tutto (nonostante nella fase operativa si possano riscontrare sia incongruenze che posizioni antitetiche, ...*il rovescio del diritto*).

Una seconda filosofia ispiratrice potrebbe essere chiamata mediazione secondo equità. Il mediatore si ispira ad un senso di giustizia che trascende giurisprudenza e dottrina, un senso di giustizia come viene percepito sia nel foro interno degli attori che in quello della comunità.

Un terzo taglio di filosofia della mediazione si può definire tecnico-peritale, in cui l'atteggiamento del mediatore è quello di esperto della materia, è un tecnico sul campo. Egli propone una soluzione realizzabile, considerando interessi, costi opportunità, punti di forza e di debolezza.

Queste tre famiglie di mediazione si rispecchiano nel caso in cui il mediatore sia chiamato a formulare una proposta, e la stessa avrà una formulazione diversa in dipendenza della dottrina madre.

Ricordiamo che esistono mediazioni "spoglie" che di fatto sono meramente delle transazioni, con tutte le caratteristiche del contratto transattivo normato dal codice. Si pensi a quelle mediazioni esclusivamente numeriche, quali sono le bancarie con interruzione del rapporto contrattuale, e frequentemente le assicurative.

Proposta secondo ordinamento.

È una proposta da tecnico del diritto, in cui la forma è sostanza. Essa si connota per essere lontana dallo spirito della mediazione, di fatto è una proposta aggiudicativa, segue una logica *win-lose*. Al contempo è una proposta legata al *petitum*, restrittiva di quello che potrebbe essere il campo dell'accordo, è una proposta con confini limitati, ma è la proposta che più di altre può essere condivisa o disattesa in un successivo giudizio di merito, e quindi premiare o sanzionare. È il solo caso in cui credo che si possa parlare di proposta aggiudicativa, chiaramente non mediazione aggiudicativa.

Proposta secondo equità.

Questa è una proposta più libera della precedente, permette di far entrare nel contesto interessi non espressi, proprio per tale motivo è di più facile accettazione. È una posizione che trascende le richieste e, qualora gli interessi reali siano stati correttamente compresi dal dominus della procedura, non solo ha un'alta probabilità di accettazione e quindi di successo della procedura, ma realizza pienamente l'obiettivo primario della mediazione, poiché si posiziona in modalità *win-win*, sono tutti vincitori. Il suo limite è di essere difficilmente comparabile con l'eventuale successivo giudizio di merito, che si posiziona come improbabile e recondito, in quanto quest'ultimo è circoscritto alla domande effettuate.

Proposta tecnico-peritale.

È tipicamente la proposta dell'esperto, del cono-

scitore della materia. Essa non è lontana dalla proposta secondo equità e ne condivide il difetto di comparabilità, al contempo non è avulsa dal contesto normativo in cui è inserito il decreto legislativo 28/2010, in quanto il perito normalmente non effettua valutazioni esterne alla norma. È una proposta che ha la possibilità di far entrare nell'accordo gli interessi reali, ed è un'ottima soluzione al conflitto. È altresì un'ipotesi realistica e di facile attuazione. Tale proposta è tipicamente *win-win*, rispecchia pienamente lo spirito della mediazione.

Riassumendo nel secondo e nel terzo caso la mediazione è reale, potremmo dire che è in accordo con se stessa, rispecchia gli interessi, sommersi ma veri, e quindi porta ad un accordo con due aspetti positivi: l'alta probabilità di perdurare nel tempo, la possibilità concreta di continuare un rapporto tra le parti.

Proposta modulare ovvero con sub-ordine.

Personalmente ritengo possibile e costruttivo che il mediatore formuli una proposta modulare. Ovvero la proposta del mediatore si può estrinsecare in più ipotesi di accordo. Il mediatore formula una prima ipotesi confinata al *petitum*, che si limiti a considerare quanto è stato messo sul tavolo da parte dei centri di interesse coinvolti nell'esperire la procedura. La proposta continua con una o più ipotesi in subordine, in cui il mediatore formula eventuali soluzioni al contenzioso facendo rientrare gli interessi reali, emersi soprattutto nelle sessioni separate. L'idea è quindi che la proposta del mediatore si esplichi con più di una sola soluzione possibile, che dia alle parti una scelta più ampia. E tale proposta è assolutamente in linea con il concetto di mediazione, in quanto le parti sono maggiormente libere, hanno più scelte a disposizione, sono svincolate da una mera annuizione o negazione.

Potrebbe accadere che la proposta avvicini moltissimo le posizioni inizialmente divergenti o in palese contrasto. Accade allora che il mediatore riapra la procedura, la proposta ha ottenuto l'obiettivo di far ragionare le parti, le stesse sono più consapevoli della posizione propria e altrui. Si ritorna al tavolo di mediazione ...e alla mediazione facilitativa, con poca demarcazione tra le due.

LUIGI BUTTI

MEDYAPRO

® RIPRODUZIONE RISERVATA

Note sull'intervento personale delle parti nel procedimento di mediazione

Risulta particolarmente variegato l'attuale panorama giurisprudenziale relativo alla necessità della presenza personale delle parti nel procedimento di mediazione.

Si tratta di questione particolarmente delicata per le gravi conseguenze che potrebbero derivare dall'assenza personale delle parti nei casi di mediazione obbligatoria, ove il giudice di fronte al quale sia successivamente incardinato il giudizio aderisca alla tesi più restrittiva e ritenga, pertanto, non assolta la condizione di procedibilità.

Rispetto a tale problema interpretativo si è formato un primo orientamento c.d. "**partecipazionista**", fondato sulla lettera dell'art. 8 comma 1 D. lgs. 28/2010, che sembra postulare la necessità della presenza delle parti, sia pure assistite dall'avvocato, il quale potrebbe soltanto affiancare la parte, rivestendo pertanto un ruolo di consulente piuttosto che di rappresentante, nonché su argomenti logico - sistematici facenti leva sulla necessità che gli obblighi di informazione da svolgersi a cura del mediatore al primo incontro non possono che essere indirizzati alle parti personalmente e non ai rispettivi avvocati i quali, in quanto operatori giuridici, sono pienamente edotti sulla connotazione normativa e sul significato pratico della mediazione.

In tal senso si sono espresse le pronunce del Trib. Roma, ord. n. 100801 del 2015 e ord. N. 31875 del 2015; Trib. Vasto, ord. 9 marzo 2015; Trib. Reggio Emilia, sent. n. 682 del 2017, tutte orientate a ritenere assolta la condizione di procedibilità soltanto in caso di comparsa personale della parte o, al limite, di delegato di questa, diverso dal difensore.

In particolare, si segnala la recente sentenza del Tribunale di Vasto del 17 dicembre 2018, secondo la quale la delega all'intervento in mediazione può essere rilasciata dalla parte a un terzo purché: i) sussista una ragione ostativa alla partecipazione personale della parte che presenti i caratteri dell'obiettività (consistente nella materiale impossibilità per la parte di partecipare agli incontri), dell'assolutezza (ossia la non superabilità con uno sforzo di ordinaria diligenza) e della definitività (cioè la persistenza per l'intera durata del procedimento di mediazione, fissata in tre mesi dall'art.6 D.lgs.28/2010); ii) il procuratore speciale sia pienamente a conoscenza dei fatti di causa; iii) il procuratore sia persona diversa dall'avvocato in ragione della necessaria duplicità delle figure (parte o suo procuratore speciale, con l'assistenza dell'avvocato) nonché per l'impossibilità di applicare analogicamente l'art.83 c.p.c., che limita il potere dell'avvocato di rappresentare la parte durante la fase processuale.

A tale orientamento si contrappongono le cc.dd.

tesi "**non partecipazioniste**", le quali ruotano intorno all'assenza di formalismo e alla delegabilità in genere di ogni potere di autoregolamentazione della propria sfera di autonomia privata, salvo il caso degli atti personalissimi (come il testamento). È stato, in particolare, considerato che anche atti personali come il matrimonio possono essere compiuti in casi eccezionali per procura (art.111 c.c.) oppure le convenzioni matrimoniali per le quali si ritiene ammissibile la figura del *nuncius*. Si segnalano, fra le pronunce a supporto di tale orientamento, quelle emesse dal Trib. Verona, 28 settembre 2016, secondo cui il potere del difensore di gestire la parentesi conciliativa in nome e per conto del cliente trova il proprio fondamento nell'art. 83 c.p.c. (in base a questa pronuncia sarebbe sufficiente la procura alle liti); dal medesimo Trib. Verona, ord. n. 1626 del 2017, che afferma che né l'art. 8, co. 1, d.lgs. 28/2010, né altre norme del decreto suddetto prescrivono la presenza obbligatoria della parte alla procedura di mediazione e, d'altro canto, che nessuna disposizione vieta oltretutto alla parte di delegare il proprio difensore alla partecipazione in mediazione, nonché dal Trib. Velletri, sent. n. 1247 del 2018, che pone quale unica limitazione all'intervento per procura l'onere della forma notarile della stessa, a prescindere dal contenuto dell'accordo. Quanto al rapporto fra la parte e l'avvocato nella procedura di mediazione, occorre considerare preliminarmente che il conferimento dell'incarico all'avvocato riguarda il rapporto interno tra il difensore e la parte. Detto conferimento è sottoposto alle norme ordinarie relative al mandato di diritto sostanziale (libertà di forma). Ai fini della conclusione del contratto di patrocinio non è indispensabile il rilascio di una procura *ad litem*.

Il documento contenente il contratto di patrocinio, contenente l'informativa sulla mediazione, ai sensi dell'art. 4, d. lgs. 28/10, pur dovendo essere sottoscritto dall'assistito e allegato all'atto introduttivo del giudizio, non è equipollente alla procura *ad litem*, dalla quale si distingue per oggetto e funzione, restando estraneo al conferimento dello *ius postulandi* (Cass.n.13886/2016). La mancanza dell'informativa comporta, ai sensi dell'art. 4, 3° co., d.l. n. 28 del 2010, l'annullabilità del contratto di patrocinio e non della procura alle liti. Il contratto di patrocinio potrà comunque essere convalidato dall'assistito ai sensi dell'art. 1444, 1° e 2° co., c.c.

La procura alle liti è disciplinata, invece, dall'art. 83 c.p.c. e presuppone un rapporto di mandato. Le forme previste (atto pubblico o scrittura privata autenticata) sono da ritenere tassative. È logicamente e cronologicamente successiva al conferimento dell'incarico. Si tratta di negozio esclusivamente processuale formale

e autonomo mediante il quale il difensore acquisisce il potere di rappresentanza in giudizio, il c.d. *ius postulandi*, e ottiene il potere di proporre tutte le domande che non eccedono l'ambito della lite originaria.

Esistono, tuttavia, sul punto, posizioni giurisprudenziali contrastanti: è stato, infatti ritenuto che il diritto potestativo di riscatto nei confronti dell'acquirente di quota ereditaria, ex art. 732 c.c., può essere esercitato in giudizio anche dal difensore, poiché il conferimento del mandato alle liti lo abilita a esprimere la volontà negoziale in nome dei suoi rappresentati: Cass. n. 3470/2010; conforme Cass. n. 9744/2010. Contra: [...] restando esclusi dai suoi poteri (del difensore) solo quegli atti che comportano disposizione del diritto in contesa, e le domande con le quali si introduce una nuova e distinta controversia [...]: Cass. n.4356/2000; Cass. n. 12672/2001; Cass. n.15619/2005; conforme (in mancanza di espresso incarico) Cass. sezioni unite n.4909/2016.

Nel d.lgs. 28/2010 non risultano articoli dedicati alla rappresentanza. L'art. 2, co. 1, fa espresso riferimento ai diritti disponibili. Con la mediazione pertanto il legislatore ha voluto favorire la conciliazione di controversie vertenti su diritti disponibili. Un'interpretazione restrittiva dell'art.8, nel senso di escludere la rappresentanza sostanziale della parte, sarebbe contraria alla *ratio* medesima dell'istituto della mediazione volta a facilitare, tramite l'ausilio di strumenti deflattivi, l'individuazione soluzioni amichevoli della controversia e comprimerebbe in maniera ingiustificata il potere di autoregolamentazione della propria sfera di autonomia privata.

A causa della peculiare natura della procura alle liti, questa non è, ovviamente, sufficiente a instaurare in capo al difensore una rappresentanza sostanziale diretta. È necessario allora un ulteriore mandato dal quale si evinca il potere a negoziare del procuratore, comprensivo del potere di disporre del diritto in contesa (art.84 ultimo comma c.p.c.); norma, quest'ultima, dalla quale si desume che la procura alle liti, generalmente diretta a consentire all'avvocato l'esercizio dello *ius postulandi*, non è incompatibile con la rappresentanza sostanziale della medesima parte.

Tale ulteriore mandato di carattere sostanziale è disciplinato dalla norme generali in tema di mandato e, fra le altre, dall'art.1708 c.c., a tenore del quale "*Il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento*", con la conseguenza che il mandatario potrà compiere tutti gli atti propedeutici al compimento del negozio gestorio.

È consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale "*l'adempimento del mandato esige e comprende non solo il diligente compimento, da parte del mandatario, degli atti per i quali il mandato stesso è stato conferito, ma anche degli atti preparatori e strumentali, nonché di quelli ulteriori che, dei primi, costituiscono il necessario complemento*" (da ultimo Cass. n.2149/2000), e comunque di qualsiasi atto idoneo a realizzare il fine del mandato (Cass. n.27335/2005).

Quanto agli atti preparatori o strumentali si è ritenuto che vi rientrino, in particolare, quelli finalizzati a promuovere azioni o resistere in giudizio relativamente a controversie insorte in ordine a contratti conclusi in esecuzione e nell'ambito del mandato (Cass.n.6629/1980).

Pertanto, se all'avvocato è conferito, ai sensi dell'art.84 ultimo comma c.p.c., espressamente il potere di disporre del diritto in contesa, potrà ritenersi ricompreso – in quanto costituente un *minus* rispetto al più ampio potere di disporre e comunque ad esso eventualmente strumentale – anche il potere di intervenire nel procedimento di mediazione e sottoscrivere il relativo accordo.

Nè la necessità della duplicità di figure (cioè la parte o uno suo rappresentante, e l'avvocato) esclude che l'avvocato medesimo, naturalmente edotto dei fatti in contestazione, cumuli le due posizioni, senza che fra le medesime possa ravvisarsi alcun conflitto di interessi. In caso contrario (laddove, cioè, mancasse un espresso conferimento del potere di disporre del diritto in contesa o di intervenire nel procedimento di mediazione e sottoscrivere il relativo accordo) si incorrerebbe nella figura del *falsus procurator*. **L'accordo annesso al verbale di mediazione ha natura contrattuale**, e un accordo sottoscritto da persona diversa dal titolare del diritto si sostanzia in un atto viziato (inefficace), seppure dotato dei requisiti minimi richiesti, e non potrebbe allora ritenersi esperita la condizione di procedibilità.

Quanto alla forma della procura, il ricevimento della stessa in forma notarile (atto pubblico o scrittura privata autenticata) si rende necessario secondo i principi generali (art.1392 e 2657 c.c.) solo se l'accordo ha un contenuto suscettibile di essere trascritto nei registri immobiliari o (o al registro imprese), e solo nei casi in cui l'autentica delle sottoscrizioni da parte del notaio, il deposito in atti di un notaio dell'accordo ovvero l'atto di ripetizione in forma pubblica o autentica dell'accordo medesimo (costituenti le tre tecniche redazionali notarili per immettere nei pubblici registri gli accordi di mediazione) siano contestuali alla redazione del verbale di mediazione, in quanto negli altri casi (cioè quanto l'atto notarile sia successivo all'accordo di mediazione) la forma notarile della procura sarà necessaria solo per l'allegazione della stessa all'atto notarile.

In conclusione, nulla osta in linea di principio a che l'avvocato, munito di apposita procura alle liti contenente anche il potere di disporre del diritto in contesa (o, a maggior ragione, il potere espresso di intervenire nel procedimento di mediazione), rappresenti sostanzialmente la parte nel procedimento di mediazione; tuttavia, allo stato della giurisprudenza, sul punto oscillante, è preferibile conferire procura sostanziale a soggetto diverso dall'avvocato per evitare che in sede giudiziale venga considerata "non assolta" la condizione di procedibilità (nei casi di mediazione obbligatoria).

MASSIMO SARACENO

NOTAIO IN ROMA

® RIPRODUZIONE RISERVATA

Dagli ADR di diritto anglosassone alla Mediazione comunitaria.

Con il termine **ADR** si intendono come ben noto una serie di tecniche e procedimenti (mediazione, negoziazione, arbitrato) di risoluzione di controversie di natura legale attinenti a diritti disponibili alternative al giudizio, codificate dagli organi giurisdizionali pubblici. L'idea di una risoluzione privata delle controversie alternativa alla definizione dell'autorità pubblica è antichissima, ma è soltanto nel novecento con il moltiplicarsi dei traffici e del relativo contenzioso che si è sentita l'esigenza di attuare prima e di concretizzare poi, tali metodi di risoluzione alternativi.

L'elaborazione teorica degli ADR prende le mosse dagli studi del Prof. Nathan Rescoe Pound, insigne giurista statunitense che in un suo studio del 1916 "*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*", presentato all' American Bar Association poneva in risalto l'inadeguatezza da parte del sistema giurisdizionale pubblico a trovare risposta ad una ampia gamma di contenziosi, ponendo in stretta relazione inoltre come sensibilizzare la società nei confronti di metodi alternativi di soluzione dei conflitti corrispondesse ad adottare un modello deflattivo dei contenziosi.

Non è certo un caso che la teorizzazione prima e l'elaborazione concreta poi avvengano in un sistema, quello del diritto anglosassone, contraddistinto da una ben maggiore flessibilità di procedure rispetto a quello del diritto continentale, fondato esclusivamente su testi normativi scritti e rigidi che dettano procedure definite e non derogabili.

Attuati a partire dagli anni '70 negli Stati Uniti la pratica degli ADR sbarcò nel nostro continente, dapprima nel Regno Unito, ed in particolare in Inghilterra e nel Galles, dove già da secoli il processo del sistema di common law si divideva nelle due fasi *Pre-Trial* e di *Trial*. Anche nella fase processuale del *Pre-Trial* si riconoscono da secoli possibilità, sconosciute ai modelli di processo continentali - potere di definire la lite prima ancora di iniziare il processo vero e proprio. -

E poiché deflazionare il carico giudiziario è obiettivo primario pubblico si prevede che la fase di *Pre Trial* sia gestita sotto la rigorosa vigilanza del giudice sulle parti, le quali vengono obbligate dal magistrato a condurre trattative secondo buona fede e con proposte serie e attuabili, con eventuale sanzione sotto forma di condanna di spese processuali nei confronti della parte non ottemperante ai criteri suggeriti dal giudice, fino ad obbligare la parte a giustificarsi per la mancata adesione ad un accordo.

Gli ADR vengono però introdotti dalla comunità europea con lo scopo di realizzare il mercato comune europeo favorendo la risoluzione non giudiziarie delle controversie transfrontaliere alla luce del principio della libera circolazione di beni, dei capitali e dei servizi all'interno del mercato comune.

L'adozione della Direttiva 2008/52 se da un lato era stata preceduta da una lunga discussione in sede europea a partire dal Libro Bianco degli anni '90 sull'argomento è stata poi adottata da vari paesi membri anche con obiettivo di perseguire utilità varie tra cui quella di deflazionare il contenzioso giudiziario.

L'adozione degli ADR è stata condivisa dal mondo giuridico anglosassone e da quello continentale, mossi da presupposti differenti, con una convergenza consistente nello snellimento delle procedure giudiziarie e nella responsabilizzazione delle parti nell'autogestione dei conflitti.

Sul piano del diritto comparato possiamo distinguere all'interno degli strumenti di ADR tra *ADR aggiudicativi* e *ADR non aggiudicativi*.

I primi si contraddistinguono per la presenza di un terzo chiamato ad emettere una decisione di carattere vincolante per le parti sulla base di un previo accordo, espressione di autonomia privata, con il quale esse designano il giudice arbitro e ne stabiliscono i suoi poteri. Gli ADR non aggiudicativi sono tutti gli altri ovvero conciliazione, mediazione e negoziazione assistita, laddove nelle procedure di conciliazione e mediazione si limita a favorire l'accordo tra le parti, mentre la negoziazione assistita consiste in una trattativa diretta tra le parti necessariamente dai loro legali, senza la presenza di un terzo "moderatore".

Sul piano comunitario la mediazione è il primo e per ora, il più efficace strumento di gestione dei conflitti di tipo giuridico - garantito da tre principi: riservatezza, informalità e esecutività degli accordi - in quanto imposto da una direttiva comunitaria a tutti i paesi membri i quali ora senza eccezione hanno nel loro ordinamento l'istituto della mediazione.



Prof. Nathan Rescoe Pound

SABRINA CONTINO

® RIPRODUZIONE RISERVATA

La mediazione e lo spazio discorsivo

Lo scorso 13 Marzo si è svolto a Roma, presso la Corte di Cassazione, un interessante convegno che focalizzava l'attenzione sulla pratica della mediazione delegata. Il flusso delle discussioni ha offerto l'occasione, ai vari relatori, di confrontarsi su alcune tematiche di grande rilievo strategico per lo sviluppo della cultura della mediazione, come, ad esempio, la formazione dei mediatori, l'autonomia del ruolo del mediatore e delle sue competenze, rispetto agli altri operatori del diritto.

In questo breve articolo cogliamo l'occasione per riprendere uno degli elementi che sono scaturiti da quel dialogo tra i relatori, con l'obiettivo di approfondire il tema del mediatore come Architetto di Comunità, e della mediazione come "spazio discorsivo".

Il discorso può partire dalla considerazione che la mediazione sia uno strumento operativo che emana da uno specifico paradigma di giustizia, e che il ruolo del mediatore, come esperto del conflitto, sia un ruolo "diverso" da quello del giurista, o dell'operatore del diritto: il mediatore, infatti, persegue obiettivi specifici, in un ambito operativo non sovrapponibile a quello del diritto, e, soprattutto, attraverso l'uso di un sapere e di modalità operative "altre" rispetto a quelle dell'operatore giuridico, tanto che, tali modalità, comunemente, e con qualche approssimazione, vengono definite "alternative". Per fondare questa affermazione proviamo a evidenziare, in particolare, come Diritto e Mediazione siano due modalità che gli esseri umani si sono dati per gestire le loro interazioni. Si tratta di modalità che si riferiscono a due piani operativi diversi, quello della determinazione di regole generali e astratte, e quello della gestione diretta delle interazioni, e che, più diffusamente in altre occasioni, abbiamo ricondotto, rispettivamente, all'ambito della **Societas** e a quello della **Communitas**, e riassunto nel brocardo "*Ubi Ius, Ibi Societas. Ultra Ius, Ibi Communitas*".¹ In quella sede si osservava che nell'attuale contesto storico si vada generando un progressivo incremento di fattori di criticità rispetto alle interazioni tra gli esseri umani (fra cui ad esempio le crisi finanziarie, i flussi migratori e l'accelerazione demografica), tale da far anticipare, già per un futuro a breve e medio termine, scenari fortemente incerti, ed epocali cambiamenti, quanto al modo di abitare e di condividere lo spazio. A fronte di un quadro del genere, si evidenziava l'esigenza di un'evoluzione degli strumenti di governo delle interazioni, rispetto all'efficienza dell'amministrazione della giustizia e in vista del perseguimento della Coesione sociale e si anticipava che

tale evoluzione potesse essere resa possibile da un uso coordinato di diritto e mediazione.²

In effetti, la specie umana si caratterizza per alcuni tratti fondamentali, e in particolare – oltre alla stazione eretta e al pollice opponibile – per **linguaggio** e **interazione**. Gli esseri umani esistono per il potere generativo del linguaggio e per l'innescare di reti di interazione; ed è attraverso questi elementi che la realtà che conosciamo è costruita, e potrà continuare a esistere in futuro. In altre termini, il linguaggio è un processo che genera e costruisce regole e assetti interattivi; queste regole, a loro volta interagendo tra loro, "lievitano" e si "aggregano" negli scenari che sperimentiamo nelle nostre vite (dalla famiglia, alla scuola, alle aule di tribunale a spazi di interazione informali). Il linguaggio è lo strumento di costruzione del percorso biografico di ciascun essere umano, e fonte di ogni legame e possibilità di relazione. Nel corso del tempo alcuni assetti si stabilizzano, si mantengono e si ripetono costantemente, in configurazioni e "istituzioni" anche molto "complesse", come lo Stato, la Cittadinanza, la Scuola, ecc.. A queste istituzioni riconosciamo dinamiche di stabilità, e in vista del loro "funzionamento" abbiamo generato intere scienze e ordini di senso, arrivando ad attribuire loro requisiti come "certezza", "indipendenza", "sovranità" e così via. Si tratta di realtà che spesso diamo per scontate, ma che, a ben vedere, esistono e si reggono "galleggiando" sopra la massa delle interazioni che la comunità umana genera, e a condizione che la comunità sia e resti coesa. In definitiva, lo stesso ordinamento giuridico e il suo apparato giudiziario sono una cristallizzazione di assetti interattivi che (si) sono ripetuti e mantenuti nel tempo all'interno della comunità, e con il termine *Societas* si dà appunto conto di questa cristallizzazione. Tali assetti potranno continuare a essere considerati tali (ed "effettivi") solo a condizione che tali vengano mantenuti nella continua negoziazione e costruzione di regole che avviene nelle interazioni umane, al livello che, se l'argomentazione fino ad ora prodotta risulta fruibile, possiamo chiamare della *Communitas*.

Nello scenario "epocale" dell'attuale congiuntura storica, tratteggiato qualche paragrafo sopra, in cui i fattori e le dinamiche socio-economiche vedono aumentare la diversità e la numerosità e variabilità degli assetti interattivi (vedi ad esempio il web), è evidente che gli strumenti, come la mediazione, con cui governare le interazioni verso la coesione (della *Communitas*) diventino imprescindibili, per la sopravvi-

venza stessa della specie, oltre che per supportare strumenti, come il diritto, più orientati a mantenere la "certezza" e la "conservazione", dell'assetto attuale (della *Societas*).

Quanto fin qui descritto fonda il riferimento alla mediazione come strumento che consente di progettare la comunità e la sua architettura. La mediazione, infatti, opera direttamente a livello delle interazioni umane, e si inserisce in quel processo di costruzione e negoziazione di regole, su cui i membri della nostra specie costruiscono, in modo condiviso, gli assetti interattivi propri. Nel suo ruolo, il mediatore, opera affinché le parti dedichino tempo e spazio a riconfigurare le proprie modalità di governo del processo interattivo, verso la generazione di regole condivise. Se pensiamo a cosa avviene in un intervento di mediazione, quanto appena rilevato può apparire ancora più evidente: in una mediazione il mediatore mette le parti nelle condizioni di descrivere in modo reciprocamente condivisibile la realtà della controversia,³ rende possibile a ciascuna parte di anticipare scenari di evoluzione degli assetti attuali,⁴ sollecita le parti a generare obiettivi comuni, a costruire strategie per realizzarli, e a osservare l'efficacia e la qualità delle rispettive modalità interattive. In altre parole, la mediazione genera un processo conoscitivo, la cui attuazione mette le parti nella condizioni di configurare e usare nuove competenze nella gestione degli assetti interattivi, e, in questo quadro, promuove la responsabilizzazione di coloro che condividono tempi, spazi, e beni, e relazioni, rispetto alla costruzione delle regole che rendono possibile la condivisione stessa. Il

mediatore, in questa prospettiva, non è altro che un membro della comunità che esercita competenze di interazione a livello specialistico, tanto da poter gestire questo processo di costruzione di conoscenza. Pertanto la mediazione non è un "istituto", né un "procedimento", ma ciò che accade quando vengono promosse competenze di gestione delle interazioni nell'*hic et nunc* di una relazione conflittuale.

In questo scenario, è altresì possibile comprendere, quanto rilevante sia il profilo di competenze del mediatore, e quanto la componente "tecnico-giuridica" della formazione sia solo una minima parte del bagaglio di competenze "rilevanti", ossia il mediatore, per poter operare come architetto di comunità, è chiamato a gestire ciò che accade nello spazio discorsivo.

Dopo anni di speculazione, l'Università di Padova, e in particolare il Master in Mediazione, ha messo a punto il modello operativo di mediazione, il Modello Dialogico, che si propone di operare, appunto, a questo livello. Come è facile comprendere, questo modello ha una portata trasversale agli ambiti di intervento, ovvero il governo delle interazioni si ricollega alle stesse "regole" interattive, a prescindere dal contenuto di controversia/conflitto che si tratta di gestire. Il Modello Dialogico è stato infatti sperimentato in tutti gli ambiti, dal penale al civile e commerciale, dal familiare al comunitario. In ogni intervento il focus è sempre orientato sullo spazio discorsivo, con l'obiettivo generale della coesione sociale.

GIAN PIERO TURCHI E GABRIELE COLLA

® RIPRODUZIONE RISERVATA

Gian Piero Turchi è docente di Psicologia clinica e di Psicologia delle differenze culturali e clinica della devianza presso l'Università degli Studi di Padova e di Psicologia Clinica presso la sede distaccata di Rovigo. È direttore, da undici edizioni, del Master interateneo di II Livello tra Università degli Studi di Padova e Università degli Studi di Brescia "La Mediazione come strumento operativo all'interno degli ambiti familiare, penale, comunitario, civile e commerciale", entro cui viene insegnato il fondamento teorico e l'applicazione metodologica della mediazione dialogica, rispetto cui Gian Piero Turchi è responsabile scientifico. È l'attuale Presidente del World Mediation Forum.

Gabriele Colla, Avvocato, Mediatore, Docente del Master universitario di II livello dal titolo "La mediazione come strumento operativo in ambito penale, familiare, comunitario, civile e commerciale".

¹ Si fa riferimento, in particolare, a quanto argomentato nel "Libro Bianco per la promozione dell'efficienza nell'amministrazione della Giustizia", Turchi, Tocci, Romanelli, 2014, <http://www.cleup.it/libri/pdf/ROMANELLI.pdf>.

² Nella misura in cui la mediazione, come strumento di gestione delle interazioni, fosse in grado di sopperire alle carenze del diritto, tradizionalmente orientato ad occuparsi di una parte delle interazioni (quelle che si ricollegano alla violazione di norme e di situazioni codificate), rispetto alle quali può offrire soltanto soluzioni *ex post*, e intrinsecamente privo di voce in capitolo rispetto al rapporto interattivo sottostante alla violazione. Per cui, si diceva, il diritto è una modalità "non pertinente" nell'amministrazione della giustizia. In particolare, "per mantenere la stabilità della *Societas* ci siamo concentrati (prevalentemente) sulla adeguatezza dello *Ius*, basandoci sulla resa (certamente assai precisa) della formalità della regola (vale per tutto ciò che i giuristi chiamano ipertrofia del Diritto) e abbiamo altresì trascurato, vale a dire "ci siamo distratti", nel dotarci di strumenti che siano pertinenti alla *Communitas* e dunque alla gestione dell'interazione. Ma, questa sorta di trascuratezza, di distrazione, è facilmente modificabile (ed in parte già visibile nei suoi sforzi e intendimenti a più livelli anche attuali:

*legislativo, professionale ed anche genericamente civile), attraverso il considerare la Mediazione come una possibilità operativa oltreché metodologica. Infatti, la Mediazione si adagia perfettamente allo statuto epistemico dell'interazione e rientrando, a pieno titolo, nella pertinenza della stessa: la Mediazione (con il solo concorso delle parti e null'altro se non il mediatore) genera, negozia regole che riescono a gestire l'incertezza (emersa nella forma di conflitto e controversia e dunque di cessazione, momentanea, della *Societas*), (ri)cominciando dal livello della *Communitas* per, così, ripristinare la *Societas*. Quindi, nella manifestazione della "rottura" della *Societas* (il conflitto e la controversia, come manifestazioni dell'incertezza dell'interazione, rappresentano il *vulnus* della prima) ciò che possiamo fare è (ri) tornare al livello della *Communitas* (ergo nella pertinenza dell'interazione), passaggio che ci consente di ripristinare l'adeguatezza dello *Ius*, in quanto, se così procediamo, ripristiniamo (anche) la *Societas*. Per cui, se salvaguardiamo la pertinenza (dell'interazione) rafforziamo l'adeguatezza (del Diritto). (V. Libro Bianco, pag. 23-25).*

³ Il mediatore, in particolare, promuove l'uso di modalità che esplicitano criteri, riferimenti, e mette ciascuna parte nella condizione di abbandonare modalità interattive che sanciscono la realtà come dato di fatto, o che applicano ad essa etichette, tipizzazioni, e giudizi, per consentirle di produrre modalità descrittive, di per sé in grado di generare condivisione. In un conflitto le parti non utilizzano queste modalità interattive, e la mediazione rappresenta quindi un'occasione per generare modalità altre per la gestione delle criticità.

⁴ La competenza di "anticipazione", è una chiave per la gestione delle interazioni. La modalità causalistica e meccanicistica, tipica del linguaggio conflittuale e del paradigma sanzionatorio, riduce alle parti la possibilità di governare quanto accade in un conflitto, nel senso che riduce la visibilità dell'interazione come processo discorsivo. Quando il mediatore promuove lo spostamento della discussione dal contenuto conflittuale e dalla modalità causalistica, verso modalità di anticipazione di scenari interattivi, questo promuove la generazione di nuove possibilità di configurazione della realtà conflittuale, e, di conseguenza, di possibilità di gestione.

Mediazione penale e giustizia ripartiva: riflessioni sull'introduzione dell'istituto nell'ordinamento italiano

1. Introduzione

L'istituto della mediazione, per sua stessa natura, nasce come strumento alternativo di composizione delle liti nell'ambito delle controversie civili. Qui, qualora non imposta dalla legge, la scelta di ricorrere alla mediazione, come a qualsiasi altro strumento deflattivo del contenzioso, è il risultato di un calcolo di natura economica ed utilitaristica effettuato dalle parti in causa: da un lato, queste vogliono evitare le lungaggini ed i costi di un processo lungo ed oneroso, dall'altro sono disposte a "rinunciare" ad una piena cognizione, con la consapevolezza di veder ridimensionate le proprie pretese. Ragionamenti di questo tipo appaiono plausibili esclusivamente all'interno di una giurisdizione, come quella civile, in cui l'unico interesse a dover essere tutelato è quello individuale dei singoli privati, posti in una posizione paritetica fra loro. Per contro, in campo penale è lo Stato che assume il compito di perseguire i reati tramite l'esercizio dell'azione penale demandato all'ufficio del pubblico ministero. Allo scopo di evitare una recrudescenza di stampo medievale della giustizia privata, lo Stato sottrae alla persona offesa l'onere di attivarsi affinché il reo venga punito per le proprie azioni. A prevalere è una visione della giustizia meramente retributiva: con la propria condotta criminosa il reo si pone in una posizione conflittuale nei confronti della Società nel suo complesso; per comporre tale conflitto, che quindi assume natura prettamente pubblica, la Società, per mezzo dei PM, commina al reo una sanzione tanto più afflittiva quanto più elevato è il disvalore della condotta. A ben vedere, in una simile costruzione, il ruolo della persona offesa è del tutto marginale, per non dire superfluo. Come è stato giustamente affermato, il nostro sistema penale è caratterizzato dalla "inadeguatezza del diritto di prendersi carico della sofferenza delle vittime e di assicurare la riparazione del torto subito"¹. È dall'analisi di tale condizione, che appare, *ictu oculi*, iniqua, che nasce ed inizia a diffondersi una visione nuova della giustizia, definita "riparativa", secondo la quale il reo, prima ancora che allo Stato, deve rendere conto alla vittima delle proprie azioni. In quest'ottica il reato assume tutta un'altra portata: da semplice violazione di una norma a cui deve seguire una pena ad essa correlata, diviene fatto foriero di dolore e sofferenza, spesso frutto di un'exasperazione nei rapporti interpersonali. Per ricomporre i rapporti e rimediare, per quanto possibile, alle conseguenze del reato, la giustizia ri-

parativa pone quale suo momento fondamentale l'incontro fra il reo e la propria vittima alla presenza necessaria di persone competenti e appositamente formate "che hanno il compito di facilitare il processo relazionale - di cui le parti restano le sole protagoniste - sino al riconoscimento reciproco come persone e come membri di una comunità, che condividono diritti e doveri. Il fatto penalmente rilevante, da evento spesso drammatico può divenire così occasione per ricostruire il collante sociale della fiducia reciproca"². Questa è la mediazione penale³.

È un istituto rivoluzionario che stravolge l'idea stessa di giustizia, riconoscendo come strumenti a lei propri quelli "dell'ago e del filo"⁴ e non più quelli "della bilancia e della spada"⁵. Il processo dialogico fra vittima e reo è volto alla comprensione delle posizioni reciproche. Il reo, ascoltando la vittima, è posto fisicamente di fronte alle conseguenze del proprio reato, ne può toccare con mano la portata e comprendere appieno i devastanti risvolti esteriori, ma soprattutto interiori, che può averle causato. Solo se si è del tutto privi di ogni sentimento di umanità, si può restare indifferenti ad una simile esperienza. Lo scopo è quello di far comprendere al reo il disvalore di quanto ha commesso ed ingenerare in lui un sincero pentimento e la conseguente volontà di rimediare alle proprie colpe. Fuori da ogni ipocrisia, è evidente che il ruolo più difficile sia quello della vittima. I rischi di uscire ulteriormente umiliata (la c.d. vittimizzazione secondaria) da un simile incontro sono molto elevati; per questo tutti i testi normativi esistenti in materia pongono quale requisito fondamentale per l'avvio della procedura di mediazione il consenso della vittima che può, peraltro, essere revocato in qualsiasi momento. Alla vittima viene demandato il compito più impegnativo: deve guardare negli occhi la persona che gli ha causato dolore e trovare in sé la forza di comprendere le sue gesta e, eventualmente, perdonarlo. Impresa ardua ma che, se compiuta, porta indubbi benefici. Primo fra tutti, viene placato quel naturale sentimento di rancore che, per quanto comprensibile, non fa altro che accrescere le sofferenze di chi subisce un reato e, non di rado, può portare a forme di giustizia privata. Non solo. Studi psicologici sul fenomeno hanno evidenziato come la vittima possa "trarre benefici in termini di riacquisizione del controllo sulla propria vita, di rafforzamento del senso di sicurezza generale e di una migliore gestione delle proprie emozioni"⁶. Senza dubbio, è più immediato cogliere i be-

nefici per il reo. La comprensione della portata afflittiva delle proprie azioni generata dall'incontro con la vittima, è estremamente funzionale a quel percorso di reinserimento sociale che, ai sensi della nostra Carta costituzionale, deve costituire la ratio a cui è ispirata la pena. Di conseguenza, anche se non rappresenta la finalità principale dell'istituto, come in ambito civilistico, la mediazione penale, ha fra i propri effetti quello di ridurre il tasso di recidiva e, conseguentemente, nel lungo periodo, alleggerire il carico di lavoro dei Tribunali penali.

2. Sollecitazioni europee

Le principali spinte propulsive nella direzione di una maggiore sensibilità giuridica nei confronti della vittima provengono senza dubbio dall'ordinamento europeo. Già a partire dagli anni ottanta il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in alcune sue esternazioni,⁷ evidenziava la necessità che gli Stati membri offrissero alle vittime di un reato un più incisivo sostegno, al fine di garantire loro assistenza ed aiutarle a superare i traumi derivanti dall'aver subito un reato. Allo stesso modo, sebbene con un leggero ritardo, si sono espresse anche le istituzioni dell'Unione Europea, in particolare il Consiglio Europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999⁸ e, più recentemente, la Commissione GAI con la decisione quadro n. 220 del 15 marzo 2001⁹. Ma un punto di svolta sul tema è rappresentato dalla raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. R (06) 8 del 14 giugno 2006; e ciò per almeno due motivi. Innanzitutto, nel concetto di vittima viene ricompreso anche *"the immediate family or dependants of the direct victim"*, ma, soprattutto, per la prima volta gli Stati membri vengono sollecitati a prendere in considerazione i potenziali benefici che potrebbero derivare alla vittima dall'incontro mediato da un professionista con il reo. Ovviamente il Comitato invita gli Stati alla prudenza, fissando il principio per cui *"the interests of victims should be fully and carefully considered when deciding upon and during a mediation process"*, e imponendo all'interno della procedura delle garanzie minime, quali: *"the ability of the parties to give free consent, issues of confidentiality, access to independent advice, the possibility to withdraw from the process at any stage and the competence of mediators"*. Sebbene alcuni Stati abbiano recepito la raccomandazione del Consiglio d'Europa, introducendo nel proprio ordinamento forme di mediazione reo-vittima, nella maggior parte dei casi, come nel nostro, questo è rimasto parola morta. Finalmente, però, nel 2012, sono intervenuti il Parlamento Europeo e il Consiglio della UE, emanando congiuntamente un atto dotato di una ben maggiore capacità coercitiva. Si sta facendo riferimento alla Direttiva UE n. 29 del 25 ottobre 2012¹⁰, sostitutiva della succitata decisione quadro della CGAI.

La direttiva in esame si apre perentoriamente con le definizioni autentiche di "vittima" e di "giu-

stizia riparativa". Il concetto di vittima, anche in questo caso, si estende al di fuori della semplice persona offesa dal reato, ma in maniera più restrittiva rispetto all'indirizzo del Consiglio d'Europa, ricomprendendo i familiari della vittima ma soltanto nelle ipotesi in cui il reato ne abbia cagionato la morte. Per giustizia riparativa la direttiva, invece, si riferisce a "qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale". Viene riconosciuto a tale forma alternativa di giustizia, un ruolo decisivo nel percorso interiore di superamento del trauma derivante dal reato. La vittima è l'unico protagonista. La direttiva esclude totalmente gli interessi del reo, il quale diviene mero strumento per la sua "guarigione". Ciò è stabilito espressamente dall'art. 12 che fissa il principio per cui: "si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se sono basati sul suo consenso libero ed informato, che può essere revocato in qualsiasi momento". L'autore del reato, dunque, è posto in secondo piano, ma tuttavia ciò non equivale a non garantirgli la possibilità di trarne benefici.

Ampio spazio è riservato anche alla formazione del mediatore. La direttiva invita gli stati membri ad incoraggiare iniziative che consentano a coloro che forniscono assistenza alle vittime di giustizia riparativa di ricevere un'adeguata formazione, di livello appropriato al tipo di contatto che intrattengono con le vittime, e rispettino le norme professionali per garantire che i loro servizi siano forniti in modo imparziale, rispettoso e professionale". Nello specifico, viene richiesto a queste nuove figure professionali una formazione specifica in campo psicologico soprattutto laddove debbano occuparsi di vittime con esigenze particolari.

3. La risposta dell'ordinamento italiano

L'Italia, sebbene in ritardo rispetto agli altri Paesi membri, si sta timidamente adattando all'orientamento europeo ed internazionale sul tema. Numerosi sono gli istituti, ormai consolidati da anni di prassi, con cui il nostro ordinamento ha dimostrato una inedita sensibilità nei confronti delle esigenze della persona offesa¹¹. Ma è solo negli ultimi anni che si è iniziato seriamente a discutere in merito alla possibilità di introdurre per la prima volta la nuova figura del mediatore penale in ottica riparativa. Nello specifico, con l'art.1, comma 85, lettera f), della legge 23 giugno 2017, n. 103 (nota come riforma Orlando), nell'ambito di una normativa connotata da una spiccata attenzione al reinserimento sociale del detenuto, il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare decreti legislativi per la riforma dell'ordinamento penitenziario, vincolandolo, fra gli altri, al seguente criterio direttivo: "previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative pro-

cedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative". Si tratta di una disposizione dal sapore agrodolce. Se, dal lato del reo, vengono colte appieno le finalità dell'istituto, inquadrandolo perfettamente nell'alveo dell'art. 27 della Carta costituzionale, nel senso di una pena non meramente afflittiva, ma volta ad una vera rieducazione del condannato, che prenda le mosse da una sincera redenzione; dall'altro lato, la vittima rimane del tutto esclusa, non vedendo riconosciuto il suo ruolo fondamentale nella procedura. Come vedremo, il progetto di decreto legislativo teso a dare attuazione a tale principio direttivo non potrà che risentire di tale scelta di campo.

Il governo ha compiuto un primo passo per dare attuazione alla delega parlamentare, presentando in data 21.5.18, all'attenzione della Camera dei Deputati uno schema di decreto legislativo recante, appunto, "disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83, 85, lettera f), della legge 23 giugno 2017 n. 103". Oggetto del paragrafo sarà l'analisi dello schema di progetto e del parere contrario espresso sul disegno dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati. L'art. 1 del suddetto decreto offre una definizione autentica della nozione di giustizia riparativa, qualificandola come "ogni procedimento che coinvolga l'autore di reato, la vittima e, ove possibile, la comunità, diretto a comporre il conflitto generato dal reato e a ripararne le conseguenze". Qui sorgono già i primi problemi; come anche sottolineato dal parere della commissione Giustizia della Camera, il nostro ordinamento non conosce la nozione di "vittima". L'intenzione del governo era chiaramente quella di far riferimento alla definizione datane nell'art. 2 della direttiva UE n. 29 del 2012 sopra richiamata, comprensiva sia della persona che ha subito il danno del reato, sia dei suoi familiari in caso di morte. Tuttavia, non avendone fatto espressa menzione, è evidente che la suddetta norma non possa che trovare applicazione esclusivamente nei confronti della persona offesa, rimanendone esclusi eventuali familiari.

Incertezze sorgono anche in merito al campo di applicazione della procedura. Dalla disamina degli articoli del decreto legislativo che ci occupa, l'intervento del mediatore penale potrebbe essere richiesto non solo nella fase esecutiva della pena, ma anche nella precedente fase di pendenza del procedimento. Ciò genererebbe delle criticità di ordine teorico e pratico. Qualora, infatti, venisse fatta applicazione della mediazione in una fase precedente all'esecuzione, si rischierebbe di compromettere irrimediabilmente il diritto alla difesa dell'imputato sancito dall'art. 24 della Costituzione, poiché il reo si troverebbe costretto ad ammettere la propria colpa prima che intervenga una sentenza di condanna a suo carico, con buona pace della presunzione di innocenza. Posto che, a parere di chi scrive, l'ambito

naturale di applicazione dell'istituto deve essere, dunque, la fase di esecuzione della pena, non sembra, stavolta, cogliere nel segno la commissione Giustizia quando ritiene che l'accesso ai programmi di giustizia riparativa possa essere disincentivato dal fatto che non possa essere posto quale sanzione o quale condizione per l'accesso ai benefici penitenziari, come, invece, sancisce l'art. 1, comma 2. Questa previsione è in perfetta sintonia con lo spirito dell'istituto, il quale, per avere una buona riuscita, deve necessariamente fare seguito ad una convinta e sincera volontà del reo di rimediare alle proprie colpe e, pertanto, non può essere condizionata dalla prospettiva di tali benefici.

Ma veniamo al punto centrale del progetto di decreto: le modalità di svolgimento della mediazione. Ai sensi dell'art. 6, "i programmi di giustizia riparativa possono consistere: a) nella mediazione reo-vittima, in cui l'autore del reato incontra la vittima [...]; b) nella mediazione reo-vittima aspecifica, in cui l'autore del reato incontra la vittima di un altro reato lesivo del medesimo bene giuridico; c) nell'incontro guidato dal mediatore tra gruppi di autori e di vittime aspecifiche dello stesso tipo di reato". In questo caso le obiezioni sollevate sul punto dalla Commissione sono da accogliere. Le ultime due formule di mediazione appaiono, in effetti, incoerenti con il concetto stesso di giustizia riparativa, laddove il reo, per poter comprendere appieno la sofferenza che le sue azioni criminose hanno causato, deve necessariamente incontrare la persona che tali sofferenze ha dovuto subire. L'incoerenza appare ancor maggiore se vista dal lato della vittima. Quest'ultima, infatti, quale beneficio potrebbe trarre dall'incontro con uno sconosciuto che con lei non ha alcun legame, se non quello di aver commesso un reato lesivo del medesimo bene giuridico nei confronti, però, di altra persona? La giustizia riparativa, come dice il termine stesso, è volta alla "riparazione" di un danno subito, che deve avvenire tramite il pentimento operoso e convinto del reo ed il conseguente, ed eventuale, perdono della vittima. Sono queste le due fasi che caratterizzano la mediazione penale e non si capisce come possano avvenire se la vittima non è posta a contatto diretto con il proprio "carnefice".

Alla luce di quanto sopra esposto, emerge con evidenza la centralità della figura del mediatore. Costui, a differenza del suo omologo in ambito civile, deve possedere spiccate doti di empatia e di comprensione della psiche umana. A testimonianza di ciò, l'art. 3, comma 4, dispone che il mediatore "deve essere in possesso almeno di una laurea di durata triennale in materie giuridiche, pedagogiche, psicologiche o socio-umanistiche, o deve essere iscritto ad un ordine o albo professionale e avere maturato una specifica esperienza e competenza professionale nelle suddette materie"¹². Tuttavia, tali specifici requisiti professionali non sembrano sufficienti per la Commissione che ritiene che debba esserci uno standard di competenze e procedure per la selezio-

ne, formazione e valutazione dei mediatori. In effetti, la normativa di riferimento in ambito europeo sembra richiedere agli Stati membri dei requisiti ben più selettivi. L'art. 25 della direttiva UE n. 29 del 2012 stabilisce al comma 4 che coloro che forniscono servizi di assistenza alle vittime e di giustizia riparativa ricevano "un'adeguata formazione, di livello appropriato al tipo di contatto che intrattengono con le vittime e rispettino le norme professionali per garantire che i loro servizi siano forniti in modo imparziale, rispettoso e professionale". Ancora più specifico il comma 5 che prevede che "a seconda delle mansioni svolte e della natura e del livello dei contatti fra l'operatore e le vittime, la formazione mira ad abilitare l'operatore a riconoscere le vittime e a trattarle in maniera rispettosa, professionale e non discriminatoria". È chiaro come la disciplina europea dia maggiore attenzione rispetto a quella nazionale alla necessità per le vittime di avere a che fare con un soggetto che abbia specifiche competenze nell'ambito dell'assistenza a chi ha subito reati, comprendendone a fondo i turbamenti psichici e le conseguenti necessità di supporto.

Concludendo, è sicuramente da apprezzare il tentativo esperito dal Governo nel redigere tale schema di decreto legislativo. Il pregio è sicuramente quello di avere per la prima volta affrontato un tema così delicato come la mediazione penale, che ancora oggi

suscita perplessità e diffidenza nell'opinione pubblica. Tuttavia, il decreto presenta numerose lacune ed incoerenze¹³. Ma il difetto principale, a modesto avviso di chi scrive, va ricercato nel complesso della norma. Se l'obiettivo, infatti, era quello di rimediare ai difetti del nostro ordinamento giudiziario, nel quale la vittima ricopre un ruolo marginale, il decreto, pur muovendosi in tale direzione, appare insufficiente nel salvaguardare i diritti di chi subisce un reato o dei suoi parenti.

In una prospettiva de iure condendo, si auspica, pertanto, un ripensamento delle finalità dell'istituto che, pur cogliendo nel segno per quanto riguarda la figura del reo, mal si concilia con la normativa europea che pone l'accento in maniera ben più marcata sugli interessi della vittima, che deve essere la vera protagonista della procedura di mediazione. Ciò potrebbe essere raggiunto eliminando istituti superflui come l'incontro reo-vittima aspecifica, ma soprattutto insistendo maggiormente sulla formazione del mediatore, il cui ruolo è attivo e decisivo ai fini della buona riuscita della procedura, garantendo effettiva assistenza e supporto alle vittime.

GIANMARCO PALMIERI E MARTINA REA

GALOPPI & PARTNERS

AVVOCATI

® RIPRODUZIONE RISERVATA

Il presente articolo è frutto della riflessione di entrambi gli autori, ma vanno specificamente attribuiti i paragrafi 1 e 2 a Martina Rea e il paragrafo 3 a Gianmarco Palmieri.

¹ G. MANNOZZI, introduzione in "Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima", pag. 2, Milano 2004.

² La citazione è tratta dall'introduzione di Filomena Albano al documento di studio e proposta rilasciato il 14.12.2018 dall'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, intitolato "La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile", pp. 5-6.

³ Da non confondersi con l'attività di mediazione demandata al giudice di pace penale nei reati perseguibili a querela di parte ex art. 29 del d.lgs. 274 del 2000. Qui la mediazione è intesa come contrattazione sul quantum della pena da infliggere, più che come percorso interiore di superamento del trauma derivante dal reato.

⁴ Ivi, p. 7.

⁵ Ibidem.

⁶ B. MORETTI, Mediazione e reati violenti contro la persona: nuovi confini per i paradigmi di giustizia riparativa? In *Mediazione e diritto penale*, cit., p. 87.

⁷ Cfr.: Raccomandazione n. R (85) 11 del 28 giugno 1985; Raccomandazione n. R (87) 21 del 17 novembre 1987; Raccomandazione n. R (99) 19 del 15 settembre 1999; Raccomandazione n. R (99) 22 del 30 settembre 1999.

⁸ Cfr. Punto 32 delle Conclusioni: "Tenendo presente la comunicazione della commissione, dovrebbero essere elaborate norme minime sulla tutela delle vittime della criminalità, in particolare sull'accesso delle vittime alla giustizia e sui loro diritti al risarcimento dei danni, comprese le spese legali. Dovrebbero inoltre essere creati programmi nazionali di finanziamento delle iniziative sia statali che non governative, per l'assistenza alle vittime e la loro tutela".

⁹ Cfr. l'art. 8 Decisione Quadro GAI del 15 marzo 2001 n. 220: "Ciascuno Stato membro garantisce un livello adeguato di protezione alle vittime

di reati ed eventualmente ai loro familiari o alle persone assimilabili, in particolare per quanto riguarda la sicurezza e la tutela dell'intimità della vita privata, qualora le autorità competenti ritengano che esista una seria minaccia di atti di ritorsione o prova certa di un serio intento di intromissione nella sfera della vita privata".

¹⁰ Tale direttiva rappresenta il punto di arrivo di un più ampio percorso di tutela dei diritti della vittima intrapreso in ambito europeo con la c.d. Tabella di marcia di Budapest.

¹¹ In particolare, il riferimento è: al già citato art. 29 del d.lgs. 274 del 2000, istitutivo della giurisdizione del giudice di pace in ambito penale, secondo cui "Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti"; a numerosi istituti operanti nel processo penale minorile ex d.p.r. 488 del 1988, quali la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto (sulla cui richiesta da parte del PM, il Giudice, ai sensi dell'art. 27, "provvede in camera di consiglio sentiti il minore e l'esercente la responsabilità genitoriale, nonché la persona offesa dal reato") e la sospensione del processo con messa alla prova (con cui, ai sensi dell'art. 28, il Giudice può "impartire [al reo] prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato"; all'art. 47, VII comma, dell'ordinamento penitenziario, concernente l'affidamento in prova al servizio sociale, secondo cui, fra le prescrizioni che l'affidato è tenuto a rispettare, deve anche stabilirsi che "si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare".

¹² Netta la differenza con i requisiti previsti in campo civile dal Decreto del ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, secondo il quale è sufficiente che il mediatore sia in possesso di una laurea triennale, a prescindere dall'ambito.

¹³ La Commissione nel proprio parere evidenzia come non sia chiaro non solo se i programmi di giustizia riparativa siano compatibili con la liberazione anticipata, ma anche su ricadano gli obblighi informativi nei confronti della vittima nel corso della procedura.

Riuscirà il Codice di Condotta Europeo a far chiarezza sulla qualità degli organismi di mediazione?

Il nuovo anno inizia alla luce del Codice di condotta europeo per gli organismi di mediazione, approvato, nel corso dell'Assemblea plenaria del Cepej, da parte di tutti gli stati membri, il 3 dicembre 2018.

Il Codice vuole essere uno strumento utile all'armonizzazione delle procedure Adr e, i principi in esso contenuti, laddove applicati nelle rispettive normative nazionali, comporterebbero un innalzamento degli standard qualitativi.

La scelta dell'organismo di mediazione è il primo passo che il cittadino compie, da solo o per lo più assieme al suo legale.

E nel caso in cui il servizio offerto sia in realtà un "disservizio", ne va dell'immagine dei tanti organismi virtuosi e dello stesso istituto della mediazione

Ci si pone anche dal punto di vista del giudice che, là dove demanda la mediazione, seppur non potendo dare precise indicazioni, si domanda quale organismo o mediatore "avrà cura" delle parti intervenute nella sua causa e non ha a disposizione strumento alcuno volto ad accertarne la qualità.

Come si può quindi capire se l'Organismo adito è un organismo di qualità?

La qualità di un organismo di mediazione è al momento fortemente influenzata dalla normativa in essere che prevede "la cancellazione degli Organismi che hanno svolto meno di 10 mediazioni in un biennio", secondo quanto previsto dall'art. 10, comma 2, DM 180/2010.

Si può veramente ritenere di qualità il servizio offerto da un organismo che in un biennio gestisca dieci mediazioni, comprese quelle che si chiudono con verbale negativo per mancata partecipazione del chiamato?

Va da sé che un organismo che gestisce poche mediazioni, comporta mediatori con poca esperienza.

La statistica, è vero, non esaurisce in tutto e per tutto la competenza di un mediatore e non indica la complessità delle mediazioni gestite, però è un primo passo per capire almeno se un organismo stia lavorando o meno e per capire la qualità del suo operare ed al contempo la teorica esperienza dei suoi mediatori.

Reputo quindi utile anzi, direi indispensabile, a tutela della fede pubblica, che i risultati degli organismi, con il massimo dettaglio, siano resi disponibili a tutti gli utenti, in maniera chiara, trasparente ed omogenea.

Prendendo spunto dall'obbligo che incombe sulle società di capitali (senza eccezione alcuna, anche su quelle di piccole dimensioni) che sono tenute a depositare i loro bilanci annuali in Camera di Commercio, così anche i dati statistici, peraltro già forniti da parte degli organismi con scrupolosi report, dovrebbero essere resi di pubblico dominio.

È di tutta evidenza la necessità che tale importante servizio venga recepito come norma, tanto da permettere alla Direzione Statistica di rendere disponibili a semplice richiesta, oppure a pagamento, proprio sulla falsa riga della disciplina delle società, tutti i dati finanche con riferimento alle singole materie.

A quale Organismo di Mediazione si rivolgerà l'istante che si appresta a depositare una domanda di mediazione, ancor prima di prender visione dei diversi regolamenti, laddove risultasse dal confronto, che l'Organismo X vanta adesioni, ingressi in mediazione e accordi raggiunti superiori agli altri organismi, nella specifica materia, in termini assoluti e percentuali?

La consapevolezza e trasparenza dei risultati imporrebbe un evidente, tempestivo e reale impegno nel ricercare, da parte degli Organismi, la massima qualità di tutto il processo, dalla segreteria al singolo mediatore.

Qualità troppo spesso proclamata, ma fin qui mai veramente accertata ed ancor meno resa trasparente agli utenti.

Questo sarebbe già il primo vero grande e facile passo verso la qualità.

Il resto lo prevede il nuovo Codice.

Il Codice di condotta, così come approvato dal Cepej, richiede infatti agli Organismi di mantenere "fondi sufficienti, capacità amministrativa e un numero adeguato di mediatori affiliati"; che i mediatori siano qualificati, partecipando a "percorsi di formazione base e continui sulle tecniche di risoluzione delle controversie"; "il personale di segreteria o di case management sia adeguatamente formato nell'assistenza alle parti e ai mediatori durante l'intera procedura di mediazione".

Il sito deve essere "continuamente aggiornato e facile da consultare", offrendo "un sistema adeguato ed efficiente di rilevazione delle performance".

Insomma, una serie di adempimenti richiesti che comproverebbero la professionalità di chi lavora per la mediazione.

Il Codice di condotta richiede inoltre agli organismi di non offrire servizi di mediazione "insieme ad altri servizi professionali o attività commerciali estranee alla risoluzione delle controversie".

E qui casca l'asino. O l'organismo.

Come può un organismo offrire un personale formato, un sito aggiornato, mediatori costantemente aggiornati con l'impiego delle sole risorse che provengono dalle mediazioni, secondo le tariffe imposte?

Proprio quelle tariffe ministeriali che non sono mai state adeguate e che rendono impossibile, data la loro esiguità, per un Organismo, restare in piedi da solo.

Aggiungiamo poi che gli Organismi, oltre che sul piano economico, si trovano, a supplire le mancate realizzazioni normative che avrebbero dovuto essere incentivanti e che ancora oggi risultano lettera morta.

Ci si riferisce all'art. 21 del D.Lgs. n. 21/2010 "Informazioni al pubblico", mai posto in essere ad eccezione di alcuni spot televisivi ancora di novembre 2010 (ormai superati) lasciando sulle spalle degli organismi il doversi fare pubblicità da soli, con impiego ancora una volta di risorse.

E poi l'articolo 20 del medesimo decreto, riguardante il credito di imposta mai praticato: è sempre il personale qualificato che deve dare risposte sconcertanti alle domande del cittadino che richiede informazioni e che spesso confonde questa inadem-

pienza del legislatore, con l'incapacità di farvi fronte da parte dell'organismo.

Il lavoro dei mediatori e degli organismi è stato fino ad adesso un lavoro appassionato, ma sicuramente poco remunerato e messo a dura prova dalla normativa in essere.

Ben venga quindi un Codice di condotta per gli organismi a patto che non diventi un ulteriore fardello da sopportare a fronte di un legislatore praticamente assente.

Ora pertanto chiediamo di più al legislatore: fare "chiarezza" su quegli organismi che lavorano e lavorano bene, remunerando e finalmente "riconoscendo" il lavoro del mediatore che non può continuare ad essere semplicemente una "passione" ed essere compensato solo dalla gratificazione degli accordi che grazie al suo impegno e professionalità riesce a far concludere. Accordi, che certo, hanno un inestimabile valore per la pacificazione sociale, ma anche grande vantaggio economico per le Casse dello Stato.

Siamo fiduciosi ed in tal senso costantemente e pervicacemente impegnati...

DOTT. FABIO FELICINI

MEDIATORE E RESPONSABILE MEDYAPro

® 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-sociali 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.

Codice della crisi e dell'insolvenza, con la riforma del fallimento le nuove procedure di sovraindebitamento

Il decreto legislativo n. 14 del 12 gennaio 2019 recante il "Codice della crisi e dell'insolvenza" importa integralmente nel nuovo codice le procedure di sovraindebitamento di cui alla legge n. 3 del 2012, inserendo novità non solo nominali ma anche sostanziali nella relativa disciplina.

Il 14 febbraio 2019 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 (D.Lgs. n. 14 del 2019). Tale nuovo codice (di seguito, anche, CCII) costituisce l'approdo di un lungo iter riformatore della legge fallimentare, il cui inizio può farsi risalire ai primi interventi del 2005 e 2006, e che si è concluso con i lavori della c.d. "Commissione Rordorf" di cui allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali; in estrema sintesi, rappresenta un profondo mutamento dell'intero approccio alla crisi dell'impresa e del consumatore, andando quindi a riformare le procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e comprendendo, con modificazioni, quelle introdotte dalla disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3.

Con la pubblicazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in Gazzetta Ufficiale sono iniziati a decorrere i termini stabiliti per l'entrata in vigore delle nuove norme; infatti, come espressamente previsto dall'articolo 389 del suddetto codice l'entrata in vigore si perfezionerà decorsi 18 mesi dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (e, pertanto, il 15 agosto 2020), eccetto gli articoli menzionati nel comma 2 del medesimo articolo, per i quali è espressamente previsto che entrino in vigore decorsi trenta giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e, quindi, il 16 marzo 2019.

Con riferimento alle procedure fallimentari e di sovraindebitamento si evidenzia che quelle che risulteranno ancora pendenti alla data di entrata in vigore del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza verranno definite sulla base di quanto previsto dalla previgente normativa prima citata.

Come si evince dalla relazione illustrativa al nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, tale integrazione si è resa necessaria, da una parte, per armonizzare le procedure di regolazione della crisi delle imprese con le procedure di sovraindebitamento, attualmente disorganiche e frammentate, e, dall'altra, permettere una maggiore e corretta applica-

zione di quanto già previsto nella legge n. 3 del 2012.

Tale nuovo inquadramento permette, in primo luogo, di uniformare e semplificare la disciplina di tutti gli istituti concorsuali basandosi sui principi generali, imposti dalla legge delega, come, ad esempio, adottare un unico modello processuale per l'accertamento della crisi e dell'insolvenza, dare priorità alle proposte che favoriscano la continuità aziendale e ridurre la durata ed i costi delle procedure.

In secondo luogo, si è reso necessario intervenire sul quadro normativo attuale per allinearsi ad altri stati europei ed extraeuropei, poiché in Italia si è registrata una scarsa applicazione degli istituti che promuovono da un lato una maggiore continuità aziendale e dall'altro una maggior tutela per i creditori.

Giova, inoltre, preliminarmente evidenziare che il suddetto codice ha ridefinito alcune nozioni fondamentali quali, ad esempio, quella di crisi, di insolvenza, di sovraindebitamento e di consumatore (come definiti nell'art. 2 del citato codice).

In particolare, per **crisi** si intende "lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate".

Per **insolvenza**, "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

Inoltre, il **sovraindebitamento** viene definito come "lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore o del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza".

Il **consumatore**, infine, si configura nella "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, anche se socia di una delle società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, per i debiti estranei a quelli sociali".

Con riferimento alla legge n. 3 del 2012, infatti, occorre ricordare che non hanno ancora trovato si-

gnificativa diffusione gli istituti, in essa disciplinati, utilizzabili per porre rimedio alle situazioni di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio prontamente liquidabile e, pertanto, l'inserimento all'interno del nuovo codice ha come finalità anche quella di favorirne l'applicazione.

Tra le principali novità si evidenzia in primo luogo una modifica terminologica rispetto alla legge n. 3 del 2012 che, ricordiamo, aveva introdotto tre diversi istituti per il sovraindebitato. In particolare, il piano del consumatore, l'accordo di composizione della crisi e la liquidazione del patrimonio; nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza le procedure vengono definite, rispettivamente, **ristrutturazione dei debiti del consumatore** (artt. 67 - 73), **concordato minore** (artt. 74 - 83) e **liquidazione controllata** (artt. 268 - 277).

L'art. 65 del codice disciplina gli ambiti applicativi degli istituti sopramenzionati; infatti, come già evidenziato, possono essere utilizzati dal consumatore e da tutti i soggetti che, pur svolgendo un'attività imprenditoriale, non sono soggetti alle procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo o liquidazione coatta amministrativa.

Tra le principali novità del codice quella prevista dall'articolo 66 con cui vengono disciplinate le c.d. "procedure familiari". Tale articolo contempla sia la situazione in cui diversi soggetti conviventi risultino sovraindebitati sia la situazione in cui il sovraindebitamento emerga a seguito di fatti che hanno un'origine comune (ad esempio, fatti derivanti da una successione ereditaria). Viene pertanto prevista la possibilità di presentare un unico piano di ristrutturazione dei debiti nel caso in cui tutti i familiari siano consumatori. In caso contrario, quando anche uno solo dei debitori non sia consumatore, si applicano le disposizioni in materia di concordato minore.

Come già evidenziato, il codice disciplina tre diversi istituti; con riferimento alla ristrutturazione dei debiti del consumatore è previsto che solo il consumatore possa accedervi permettendogli, quindi, di evitare il giudizio e l'approvazione dei creditori, sottoponendosi alla sola valutazione del giudice.

È ritenuto un possibile utilizzatore del suddetto istituto la persona fisica, ancorché socio illimitatamente responsabile che agisce per i debiti estranei a quelli sociali.

Il consumatore sovraindebitato, quindi, con l'aiuto dell'organismo di composizione della crisi (OCC), proporrà un piano di ristrutturazione dei debiti con indicazione delle modalità e dei tempi necessari per superare la situazione di sovraindebitamento.

Di particolare rilievo anche la novità introdotta che consente il rimborso, alle scadenze pattuite, delle rate a scadere del contratto di mutuo garantito da ipoteca iscritta sull'abitazione principale del debitore se, alla data del deposito della domanda, questi ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito scaduto a tale data. Con tale previsione si stabilisce, quindi, che il de-

bito dipendente dal mutuo ipotecario acceso per l'acquisto della casa come abitazione principale può essere escluso, ai fini della ristrutturazione, dai debiti complessivi in capo al sovraindebitato, garantendo, quindi, un più facile accesso alle procedure di sovraindebitamento del consumatore e, soprattutto, la possibilità di mantenere salva la propria abitazione.

L'attuale codice ha previsto l'impossibilità di accedere alla suddetta procedura da parte del consumatore se lo stesso ha già ottenuto l'esdebitazione nei cinque anni precedenti (o se l'ha ottenuta già per due volte), ovvero se lo stesso ha adottato dei comportamenti in malafede o in frode ai creditori o che hanno determinato con colpa grave il sovraindebitamento.

A tal proposito, si evidenzia un'ulteriore novità introdotta in materia di sovraindebitamento ed, in particolare, il debitore persona fisica che risulti meritevole e che "non sia in grado fornire alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura può accedere all'esdebitazione solo per una volta, fatto salvo l'obbligo di pagamento del debito entro quattro anni dal decreto del giudice laddove sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al 10%".

La valutazione di rilevanza deve essere condotta su base annua e devono essere dedotte le spese di produzione del reddito e quanto occorrente al mantenimento del debitore e della sua famiglia in misura pari all'assegno sociale aumentato della metà moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti del nucleo familiare della scala di equivalenza dell'ISEE di cui al DPCM del 5 dicembre 2013, n. 159.

Tra le principali novità relative alla ristrutturazione dei debiti del consumatore vi è, infine, un ampliamento della responsabilità per i creditori; infatti, colui che ha aggravato colpevolmente la situazione del sovraindebitato è sanzionabile, in quanto, come previsto dal comma 2 dell'art. 69, "non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore".

È stato riformulato, seppur in sostanziale continuità con quanto in precedenza previsto dagli artt. 10 e seguenti della legge n. 3 del 2012, il concordato minore (definito in precedenza come accordo di composizione della crisi), consentito ai debitori, escluso il consumatore.

La procedura tende a privilegiare le misure adottate per salvaguardare la continuità aziendale e professionale; infatti, rappresenta un requisito di ammissibilità la previsione di apportare delle risorse esterne tali da aumentare il soddisfacimento dei creditori.

Le norme che disciplinano il concordato minore risultano compatibili alla disciplina del concordato preventivo e pertanto a quest'ultimo si fa espresso rinvio.

Anche per tale procedura è stata introdotta la possibilità, nel caso di continuazione dell'attività aziendale, di prevedere il rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzie reali gravanti sui beni strumentali all'esercizio dell'impresa se il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito per capitale e interessi scaduto a tale data.

Anche in tal caso la domanda di accesso al concordato minore non è ammissibile laddove il debitore abbia già beneficiato dell'esdebitazione nei cinque anni precedenti o già per due volte ovvero se lo stesso ha adottato comportamenti volti a svantaggiare i creditori con malafede.

Ai fini di una sempre maggiore compatibilità tra concordato preventivo e concordato minore viene modificato anche il quorum necessario per approvare il concordato stesso infatti sarà sufficiente il voto favorevole dei creditori rappresentanti almeno il 50% più uno dei crediti.

Qualora uno dei creditori contesti il piano presentato il giudice può omologare il piano nel caso in cui accerti che il credito dell'opponente non possa essere soddisfatto in misura superiore nel caso di alternativa liquidatoria.

Il giudice inoltre può omologare il concordato minore anche laddove manchi il parere favorevole dell'amministrazione finanziaria, nonostante lo stesso risulti determinante ai fini dell'acquisizione della maggioranza relativa richiesta, nel caso in cui il credito vantato dalla stessa non possa essere soddisfatto in misura superiore utilizzando un'alternativa liquidatoria.

Anche per questo strumento di superamento della crisi, come anche disciplinato nel piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, è previsto che il creditore che ha colpevolmente aggravato o determinato il sovraindebitamento del debitore non è ammesso a proporre opposizione o reclamo in sede di omologazione del piano.

Il debitore può richiedere, in via principale o in via subordinata, a seguito di revoca dell'omologazione del concordato minore o di risoluzione dello stesso, la liquidazione del proprio patrimonio, in precedenza disciplinata dagli articoli 14-ter e ss. ed oggi inserita all'interno del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza agli artt. 268 e ss..

Si assiste, anche per questo istituto, ad un rinnovamento dal punto di vista terminologico; viene infatti sostituito il termine "liquidazione del patrimonio" con "liquidazione controllata del sovraindebitato", mentre sembrerebbe, da una prima interpretazione, immutata la finalità della procedura poiché finalizzata alla liquidazione del patrimonio, in continuità quindi con quanto già previsto nella legge n. 3 del 2012.

Tale procedura si configura come equivalente alla liquidazione giudiziale, ma si differenzia da quest'ultima, in primo luogo, per i soggetti ai quali risulta applicabile, poiché, come già evidenziato, possono accedere a tale procedura solo i consumatori, professionisti, imprenditori minori, agricoli ed ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale. Risulta una procedura più semplice dato il valore tendenzialmente ridotto dei beni oggetto di liquidazione controllata e data la semplicità delle situazioni economiche finanziarie.

Preme evidenziare inoltre che non spetta solo al debitore richiedere l'apertura della procedura ma sono legittimati anche i creditori e, nel caso in cui si tratti di debitore - imprenditore, il pubblico ministero.

Ad una prima lettura ed in attesa della relativa entrata in vigore, la nuova disciplina delle procedure di sovraindebitamento, pur senza risolvere tutte le problematiche emerse in fase applicativa della legge n. 3 del 2012, sembra intervenire e rimuovere, come sommariamente esaminato, alcune delle principali criticità che ne hanno fino ad ora reso difficile l'accesso e compromesso la diffusione.

GABRIELE FELICI E FRANCESCA VILLANI

BERNONI GRANT THORNTON

® RIPRODUZIONE RISERVATA

Giurisprudenza/1

Legittimità costituzionale del D.L. 69/2013

Corte costituzionale

Sentenza: 18 aprile 2019, n. 97

Presidente: Giorgio LATTANZI

Redattore: Luca ANTONINI

[...] nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 1, lettera b), del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98, che inserisce il comma 1-bis all'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), dell'art. 84, comma 1, lettera i), dello stesso d.l. n. 69 del 2013, nella parte in cui aggiunge il comma 4-bis, secondo periodo, all'art. 8 del citato d.lgs. n. 28 del 2010, nonché del comma 2 del medesimo art. 84 e dell'art. 5, comma 4, lettera a), del citato d.lgs. n. 28 del 2010, promossi dal Tribunale ordinario di Verona con ordinanze del 30 gennaio e del 23 febbraio 2018, iscritte, rispettivamente, ai numeri 62 e 98 del registro ordinanze 2018 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica numeri 16 e 27, prima serie speciale, dell'anno 2018.

Visti gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 6 marzo 2019 il Giudice relatore Luca Antonini.

Ritenuto in fatto

- 1.** Con ordinanza iscritta al n. 62 r.o. 2018, il Tribunale ordinario di Verona ha sollevato - in riferimento agli artt. 3 e 77, secondo comma, della Costituzione - questioni di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 1, lettera i), del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98, nella parte in cui aggiunge il comma 4-bis, secondo periodo, all'art. 8 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), nonché del comma 2 del medesimo art. 84.
- 2.** Il rimettente premette di essere chiamato a decidere la controversia instaurata da una società a responsabilità limitata nei confronti di una banca per ottenere l'accertamento della nullità, per difetto della forma scritta, di un contratto di conto corrente e di «due contratti di apertura di conto corrente», nonché la condanna della convenuta alla restituzione delle somme indebitamente percepite, nel corso dei rapporti originati da tali contratti, a titolo di interessi usurari e di commissione di massimo scoperto.
Quindi, il giudice a quo riferisce che la parte attrice ha attivato vanamente, prima della instaurazione della controversia, il procedimento di mediazione previsto quale condizione di procedibilità della domanda dall'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, non avendovi la convenuta partecipato.
Dopo avere precisato che la causa oggetto del processo principale è «giunta a decisione», il Tribunale ordinario di Verona osserva che la mancata partecipazione al procedimento di mediazione non sarebbe sorretta da giustificato motivo, non essendo questo ravvisabile nelle ragioni, specificamente indicate nell'ordinanza di rimessione, adottate dalla società convenuta al fine di legittimare il proprio comportamento omissivo: essa, pertanto, ai sensi dell'art. 8, comma 4-bis, secondo periodo, del d.lgs. n. 28 del 2010, dovrebbe essere condannata, anche d'ufficio e a prescindere dalla sua eventuale soccombenza, al versamento, in favore dello Stato, di un importo corrispondente a quello del contributo unificato dovuto per il giudizio.
2.1 In ordine alla non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, il giudice rimettente ricorda, anzitutto, che il comma 4-bis è stato aggiunto all'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010 dall'art. 84, comma 1, lettera i), del d.l. n. 69 del 2013.
Quindi, sostiene che il secondo periodo del citato comma 4-bis - a mente del quale «[i] giudice condanna la parte costituita che [...] non ha partecipato al procedimento [preliminare di mediazione] senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio» - violerebbe l'art. 77, secondo comma, Cost. per difetto dei requisiti di necessità e d'urgenza.
Al riguardo, il rimettente - richiamato l'orientamento della giurisprudenza costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza - premette che questa Corte avrebbe anche precisato che l'urgente necessità di provvedere in via legislativa presupponebbe la «intrinseca coerenza delle nor-

me contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico»: i requisiti cui è subordinata la legittimità dell'adozione del decreto-legge potrebbero, pertanto, anche riguardare una pluralità di norme, purché queste siano, tuttavia, accomunate, sul piano obiettivo, «dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate», ovvero, sul piano teleologico, in caso di interventi eterogenei afferenti a materie diverse, «dall'unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare» (viene richiamata la sentenza n. 22 del 2012).

Ad avviso del giudice a quo, peraltro, la «uniformità teleologica» che deve accomunare le norme contenute in un decreto-legge sarebbe vanificata ove, come nel caso in esame, esse non abbiano «il medesimo termine di efficacia».

Fatte tali premesse, il Tribunale di Verona evidenzia come l'entrata in vigore delle disposizioni dettate dall'art. 84, comma 1, del d.l. n. 69 del 2013 sia stata differita, dal successivo comma 2, al decorso «di trenta giorni rispetto al momento della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale» (recte: rispetto al momento della entrata in vigore della legge di conversione del d.l.): questo differimento rappresenterebbe un elemento sintomatico della «manifesta insussistenza», nel caso di specie, dei requisiti di necessità e d'urgenza, tanto più in considerazione della distonia con la diversa scelta di attribuire, invece, efficacia immediata alle altre norme contenute nel medesimo decreto-legge.

Del resto, prosegue il giudice rimettente, la posticipazione in parola contrasterebbe anche con l'art. 15, comma 3, della legge 22 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), che, nella parte in cui stabilisce che i decreti-legge devono contenere misure di immediata applicazione, espliciterebbe «ciò che deve ritenersi intrinseco alla natura stessa» di tali provvedimenti normativi.

2.1.1 Il giudice a quo ritiene, inoltre, che l'art. 84, comma 2, del d.l. n. 69 del 2013 - che, come detto, ha procrastinato l'applicabilità delle disposizioni di cui al precedente comma 1 al decorso di trenta giorni «[...] dall'entrata in vigore della legge di conversione [...]» - recherebbe un vulnus all'art. 3 Cost., in relazione al principio di ragionevolezza.

A suo parere, la scelta, operata con la norma censurata, di differire l'efficacia delle disposizioni dettate dal precedente comma 1, peraltro difforme da quella adottata per le altre norme del medesimo d.l. aventi «la stessa finalità di contribuire a rendere maggiormente efficiente il sistema giudiziario», sarebbe, difatti, «immotivata e priva di una ragione logica».

3. È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate manifestamente inammissibili e, comunque, infondate.

3.1 L'eccezione preliminare d'inammissibilità è basata, innanzitutto, sulla asserita erroneità di una delle argomentazioni addotte dal Tribunale rimettente.

Contrariamente a quanto da esso sostenuto, infatti, a mente dell'art. 86 del d.l. n. 69 del 2013, le disposizioni poste dall'art. 84, comma 1, sarebbero entrate in vigore, come del resto tutte le altre norme contenute nel medesimo decreto-legge, il giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, mentre ne sarebbe stata posticipata soltanto l'efficacia: il legislatore avrebbe, pertanto, disposto «semplicemente [...] un differimento nella efficacia di talune disposizioni [...]» contenute nel d.l.

3.1.1 Sotto altro profilo, la difesa statale ritiene che sia inammissibile la questione, avente ad oggetto l'art. 84, comma 2, del d.l. n. 69 del 2013, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost.

L'irragionevolezza della norma censurata sarebbe stata, infatti, dedotta in maniera apodittica, essendosi il giudice a quo in sostanza limitato a sostenere che, in sede di decretazione d'urgenza, non possa essere procrastinata l'applicabilità di alcune disposizioni, senza illustrare i motivi per cui siffatta scelta sarebbe illogica.

In proposito, l'Avvocatura generale osserva altresì che le ragioni dell'evidenziato differimento, la cui valutazione è d'altro canto rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore, sarebbero ravvisabili, per un verso, in «comprensibili problemi organizzativi»; per altro verso, nella necessità, correlata alla natura sanzionatoria della condanna conseguente alla mancata partecipazione al procedimento di mediazione, che le parti siano tempestivamente rese edotte degli obblighi su di esse incumbenti.

Del resto, prosegue la difesa statale, il Tribunale rimettente avrebbe trascurato di rilevare che il legislatore non avrebbe posticipato l'efficacia soltanto dell'art. 84, comma 1, del d.l. n. 69 del 2013, ma anche di altre norme contenute nel medesimo decreto-legge.

3.2 Ad avviso dell'interveniente, le questioni di legittimità costituzionale sarebbero, in ogni caso, prive di fondamento.

La non immediata applicabilità delle disposizioni recate dal comma 1 dell'art. 84 del d.l. n. 69 del 2013 non sarebbe, infatti, sufficiente, da sola, a rendere evidentemente insussistenti i presupposti,

richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost., della straordinaria necessità e urgenza, tanto più in considerazione della breve durata di tale dilazione e della sua riconducibilità a ragionevoli motivi.

3.2.1 Quanto, invece, al vulnus asseritamente arrecato all'art. 3 Cost. dall'art. 84, comma 2, del d.l. n. 69 del 2013, la difesa statale richiama le considerazioni, dianzi illustrate, svolte in punto di ammissibilità con riguardo a tale parametro, le quali sarebbero idonee a disvelare anche l'insussistenza della denunciata irragionevolezza.

In proposito, essa evidenzia, inoltre, come la particolarità dei precetti normativi contenuti del decreto-legge in parola e le esigenze a essi sottese giustificano e rendono razionale la scelta di prevedere differenti termini di applicabilità.

4. Con successiva ordinanza n. 98 del 23 febbraio 2018, il Tribunale di Verona ha sollevato - in riferimento agli artt. 3 e 77, secondo comma, Cost. - questioni di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 1, lettera b), del d.l. n. 69 del 2013, che ha inserito il comma 1-bis all'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nonché dell'art. 84, comma 2, del medesimo decreto-legge.

In via subordinata, ha, inoltre, censurato - in riferimento all'art. 3 Cost. - anche l'art. 5, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 28 del 2010.

4.1 In punto di rilevanza, il giudice a quo premette di essere chiamato a decidere, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, sulla istanza di concessione della esecuzione provvisoria del decreto stesso, avente ad oggetto un credito derivante da un contratto di anticipazione bancaria e ottenuto da una banca nei confronti di una società a responsabilità limitata e della sua garante.

Il rimettente precisa, inoltre, che, una volta assunta la decisione in merito alla suddetta richiesta, egli dovrebbe assegnare alle parti un termine di quindici giorni per intraprendere il procedimento di mediazione. Secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 28 del 2010, infatti, la mediazione - cui la controversia sarebbe assoggettata, *ratione materiae*, ai sensi del precedente art. 5, comma 1-bis -, benché non obbligatoria nella fase monitoria, tornerebbe ad essere tale nell'eventuale giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, dopo la pronuncia del giudice sulle istanze di concessione o di sospensione della sua provvisoria esecuzione.

4.2 Quanto alla non manifesta infondatezza, il Tribunale rimettente - dopo aver rilevato che l'art. 84, comma 1, lettera b), del d.l. n. 69 del 2013 ha inserito il comma 1-bis all'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 - sostiene che tale norma recherebbe un vulnus all'art. 77, secondo comma, Cost. per carenza dei requisiti di necessità e d'urgenza.

Ciò sulla scorta di argomentazioni pressoché identiche a quelle, dianzi descritte, addotte a sostegno della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 84, comma 1, lettera i), del d.l. n. 69 del 2013.

4.2.1 Ad avviso del giudice a quo, inoltre, l'art. 84, comma 2, del d.l. n. 69 del 2013 contrasterebbe l'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza.

Anche in relazione a tale censura, vengono spesi argomenti sostanzialmente coincidenti con quelli illustrati in precedenza.

4.2.2 In via subordinata, il Tribunale ordinario di Verona dubita, infine, della legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 28 del 2010, in riferimento all'art. 3 Cost., in relazione al principio di uguaglianza.

La compromissione di tale principio emergerebbe dal raffronto con la disciplina legislativa della procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, introdotta dall'art. 2 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 (Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile), convertito, con modificazioni, nella legge 10 novembre 2014, n. 162.

Anche tale istituto - applicabile alle controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti nonché, fuori da questa ipotesi e da quelle di cui all'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, alle domande aventi ad oggetto il pagamento, a qualsiasi titolo, di somme non eccedenti cinquantamila euro e in seguito esteso alle controversie «in materia di contratto di trasporto o di sub-trasporto» dall'art. 1, comma 249, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)» - costituirebbe, infatti, come la mediazione civile, una condizione di procedibilità.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 3, comma 3, lettera a), «della legge n. 162/2014» (recte: del d.l. n. 132 del 2014, convertito nella legge n. 162 del 2014), nei procedimenti per ingiunzione la negoziazione assistita non sarebbe obbligatoria né nella fase monitoria né nel successivo, eventuale giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo.

Al contrario, in virtù della disposizione censurata, il procedimento preliminare di mediazione, benché non applicabile alle domande proposte in via monitoria, dovrebbe essere intrapreso nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, sia pure dopo la pronuncia del giudice, ai sensi degli artt. 648 e 649 del codice di procedura civile, sulle istanze di concessione e di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto stesso.

Tenuto conto dell'analoga funzione svolta sia dalla mediazione che dalla negoziazione assistita, la diversa disciplina appena descritta sarebbe, ad avviso

del giudice a quo, del tutto ingiustificata e, conseguentemente, manifestamente irragionevole.

5. Anche in questo giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate inammissibili e, comunque, manifestamente infondate.

5.1 Quanto alle censure aventi ad oggetto l'art. 84, commi 1, lettera b), e 2, del d.l. n. 69 del 2013, la difesa dello Stato è basata su argomentazioni sostanzialmente sovrapponibili a quelle sostenute con riguardo alle medesime questioni, prima considerate, oggetto del giudizio incidentale iscritto al n. 62 del registro ordinanze 2018.

5.2 In relazione, invece, alla questione di legittimità costituzionale che investe l'art. 5, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 28 del 2010, l'Avvocatura generale anzitutto ne eccepisce l'inammissibilità per difetto di rilevanza o, comunque, per difetto di motivazione su di essa: il rimettente non avrebbe, infatti, indicato il valore della causa sottoposta alla sua cognizione, sicché non sarebbe dato comprendere se nella fattispecie concreta possa, o meno, trovare applicazione la norma, evocata quale *tertium comparationis*, che disciplina la negoziazione assistita.

5.2.1 Nel merito, la difesa statale ritiene insussistente l'asserito *vulnus* all'art. 3 Cost., dal momento che il procedimento di negoziazione assistita sarebbe basato su presupposti diversi da quelli della mediazione e sorretto da una differente ratio. Né sarebbe stato, d'altro canto, superato il limite di quella manifesta irragionevolezza che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, il legislatore incontra nel disciplinare gli istituti processuali.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il Tribunale ordinario di Verona, con due distinte ordinanze di cui si è detto in narrativa, solleva - in riferimento agli artt. 3 e 77, secondo comma, della Costituzione - sostanzialmente identiche questioni di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 1, lettera b), del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98, che inserisce il comma 1-bis all'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60

della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), dell'art. 84, comma 1, lettera i), dello stesso d.l. n. 69 del 2013, nella parte in cui aggiunge il comma 4-bis, secondo periodo, all'art. 8 del citato d.lgs. n. 28 del 2010, nonché del comma 2 del medesimo art. 84.

Nella sola ordinanza iscritta al n. 98 r.o. 2018, subordinatamente alla questione avente ad oggetto l'art. 84, comma 1, lettera b), del d.l. n. 69 del 2013, il Tribunale rimettente dubita, inoltre, della legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 28 del 2010, in riferimento all'art. 3 Cost.

2. In considerazione della parziale identità delle norme denunciate e delle censure formulate, i giudizi devono essere riuniti per essere decisi con un'unica pronuncia.

3. Con la disposizione di cui all'art. 84, comma 1, lettera b), del d.l. n. 69 del 2013, il legislatore - mosso dalla necessità, cui fa riferimento il preambolo del decreto-legge stesso, di adottare «misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile» finalizzate, unitamente alle altre contestualmente previste, a «dare impulso al sistema produttivo del Paese attraverso il sostegno alle imprese, il rilancio delle infrastrutture, operando anche una riduzione degli oneri amministrativi per i cittadini e le imprese» - ha inserito il comma 1-bis all'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010.

È stata così reintrodotta nell'ordinamento - dopo la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, del citato d.lgs. n. 28 del 2010 pronunciata da questa Corte, per eccesso di delega, con la sentenza n. 272 del 2012 - la mediazione civile quale condizione di procedibilità delle domande giudiziali relative a talune materie, tra le quali quella dei contratti bancari oggetto dei giudizi a quibus, specificamente individuate dalla norma.

La parte che intende esercitare in giudizio una delle azioni indicate dall'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010 è, dunque, tenuta preliminarmente a tentare la composizione stragiudiziale della controversia mediante l'esperimento del procedimento disciplinato dal d.lgs. medesimo, il cui svolgimento è affidato ad appositi organismi di mediazione e, al loro interno, ai mediatori. È, infatti, presso l'organismo territorialmente competente che devono essere depositate le istanze di mediazione, ricevute le quali il responsabile designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti, che si deve tenere, nella sede dell'organismo stesso (o nel luogo indicato nel regolamento da esso adottato), entro trenta giorni (artt. 4 e 8 del d.lgs. n. 28 del 2010).

L'art. 84, comma 1, lettera i), del d.l. n. 69 del 2013, nella parte in cui aggiunge il comma 4-bis, secondo periodo, all'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010, riproduce, invece, la norma - in precedenza espressa dal comma 5 dello stesso art. 8, parimenti dichiarato incostituzionale, in via consequenziale, con la citata sentenza n. 272 del 2012 - che prevede che il giudice «condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5 [del d.lgs. n. 28 del 2010], 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».

3.1 Tanto la lettera b) dell'art. 84, comma 1, del d.l. n. 69 del 2013, quanto il secondo periodo del comma 4-bis aggiunto all'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010 dalla lettera i) dello stesso art. 84, comma 1, difetterebbero, ad avviso del giudice a quo, «dei requisiti di necessità ed urgenza legittimanti la [loro] adozione con decreto legge», così ledendo l'art. 77, secondo comma, Cost., segnatamente in quanto il successivo comma 2, peraltro anch'esso autonomamente censurato, avrebbe posticipato la loro entrata in vigore di trenta giorni rispetto alla data di entrata in vigore del decreto-legge stesso (recte: rispetto alla data della entrata in vigore della legge di conversione del d.l.). Il denunciato vulnus si apprezzerebbe, nella prospettiva del rimettente, sotto un duplice profilo. Il suddetto differimento, infatti, per un verso, sarebbe incompatibile con l'urgenza del provvedere, che presupporrebbe, al contrario, l'immediata applicabilità delle norme dettate dal decreto-legge, anche alla luce di quanto disposto dall'art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri). Sotto altro aspetto, determinerebbe la carenza della omogeneità finalistica tra le norme censurate e le altre introdotte dal d.l. n. 69 del 2013, la cui efficacia non sarebbe stata procrastinata.

3.2 Il Presidente del Consiglio dei ministri ha in limine sollevato, in entrambi i giudizi, eccezione di inammissibilità delle questioni, in quanto basate su un argomento fallace. Contrariamente a quanto sostenuto dal giudice a quo, infatti, le disposizioni di cui all'art. 84, comma 1, del d.l. n. 69 del 2013 sarebbero entrate in vigore, ai sensi del successivo art. 86, come tutte le altre norme contenute nel medesimo decreto-legge, il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana: il legislatore, con il comma 2 dell'art. 84, avrebbe, pertanto, disposto «semplicemente [...] un differimento nella efficacia di talune disposizioni [...]».

3.2.1 Le eccezioni non sono pertinenti e non possono essere accolte, dal momento che l'argomentazione su cui riposano non incide sul nucleo fondante la censura formulata, ravvisabile piuttosto nell'asserita necessità che tutte le norme contenute nel decreto-legge abbiano la stessa, immediata efficacia.

3.3 Nel merito, le questioni non sono fondate.

3.3.1 Esse devono essere scrutinate alla stregua del consolidato orientamento di questa Corte secondo cui «[...] il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge va limitato ai casi di evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione» (sentenza n. 99 del 2018).

3.3.2 Tanto premesso in linea generale, va rilevato che non può condividersi, quanto al primo profilo in cui è articolata la censura, la tesi del rimettente secondo cui l'insussistenza della straordinaria necessità e urgenza sarebbe desumibile dal mero differimento dell'efficacia delle disposizioni censurate.

Al contrario, questa Corte - anche laddove ha ricordato che l'art. 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988, nel prescrivere, tra l'altro, che i decreti devono contenere misure di immediata applicazione, costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost. - ha tuttavia precisato che la necessità di provvedere con urgenza «non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge» (sentenza n. 170 del 2017; nello stesso senso sentenze n. 5 del 2018, n. 236 e n. 16 del 2017).

Mette conto, d'altra parte, osservare che, nel caso di specie, la norma che ha reintrodotta l'obbligatorietà della mediazione avrebbe evidentemente comportato un significativo incremento delle istanze di accesso al relativo procedimento: la decisione di procrastinarne, peraltro per un periodo contenuto, l'applicabilità è, pertanto, ragionevolmente giustificata dall'impatto che essa avrebbe avuto sul funzionamento degli organismi deputati alla gestione della mediazione stessa. Del resto, una volta posticipata l'efficacia della mediazione obbligatoria, diviene con riguardo a essa coerente il differimento anche della connessa disciplina, posta dal secondo periodo del comma 4-bis dell'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010, come introdotto dall'art. 84, comma 1, lettera i), del d.l. n. 69 del 2013, delle conseguenze della mancata partecipazione, senza giustificato motivo, al relativo procedimento.

3.3.3 Nemmeno condivisibile è l'assunto, su cui è ba-

sato il secondo profilo in cui è articolata la censura in esame, in forza del quale le disposizioni sottoposte all'odierno scrutinio difetterebbero di coerenza funzionale rispetto alle altre norme contenute nel d.l. n. 69 del 2013 in quanto il legislatore avrebbe differito l'applicabilità solo delle prime.

Dalla «uniformità teleologica» che deve accomunare le norme contenute in un decreto-legge (sentenza n. 22 del 2012) non si può inferire, contrariamente a quanto sostenuto dal rimettente, un generale corollario per cui queste dovrebbero tutte necessariamente sottostare al medesimo termine iniziale di efficacia. La omogeneità finalistica che deve connotare le norme introdotte con la decretazione d'urgenza non presuppone, infatti, indefettibilmente l'uniformità di tale termine, ben potendo alcune di esse risultare comunque funzionali all'unico scopo di approntare rimedi urgenti anche là dove ne sia stata procrastinata l'applicabilità.

Il disposto differimento delle norme qui censurate trova del resto fondamento, come poc'anzi osservato, nell'esigenza di assicurare il corretto funzionamento degli organismi di mediazione: dunque, non solo non è sintomatico dell'assenza di coerenza finalistica, ma, al contrario, concorre a garantirla.

eve quindi ritenersi che esso non abbia compromesso la matrice funzionale unitaria delle disposizioni denunciate, anch'esse finalizzate, unitamente alle altre adottate in materia di giustizia, alla realizzazione dei comuni e urgenti obiettivi - a loro volta preordinati al rilancio dell'economia - del miglioramento dell'efficienza del sistema giudiziario e dell'accelerazione dei tempi di definizione del contenzioso civile.

Le norme oggetto dell'odierno incidente di costituzionalità si collocano, pertanto, coerentemente all'interno di tale cornice finalistica, risultante dal preambolo e dal Titolo III (Misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile) del decreto-legge in cui sono contenute.

D'altro canto, proprio la considerazione delle peculiari conseguenze - differenti rispetto a quelle prodotte dalle altre misure adottate - derivanti dalle disposizioni in parola e prima ricordate concorre a rendere ragionevole la scelta di differirne l'applicabilità.

3.3.4 Alla luce dei rilievi che precedono, deve escludersi sia l'evidente difetto dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost., sia l'esistenza di una disomogeneità finalistica delle norme censurate rispetto alle altre contenute nel decreto-legge.

4. Entrambe le ordinanze di rimessione del Tribunale di Verona reputano, altresì, «immotivata e

priva di una ragione logica» la previsione dell'art. 84, comma 2, del d.l. n. 69 del 2013, che posticipa, come si è visto, di trenta giorni rispetto all'entrata in vigore della legge di conversione l'applicabilità delle disposizioni di cui al precedente comma 1: e la censurano perciò per contrasto con l'art. 3 Cost.

4.1 In entrambi i giudizi l'Avvocatura generale ha eccepito l'inammissibilità delle questioni per difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza, giacché il Tribunale rimettente si sarebbe in sostanza limitato a sostenere che, in sede di decretazione d'urgenza, non possa essere procrastinata l'applicabilità di alcune disposizioni, senza tuttavia adeguatamente illustrare i motivi per cui siffatta scelta sarebbe illogica.

4.1.1 Le eccezioni vanno disattese.

Malgrado la obiettiva sinteticità che connota la censura in esame, formulata in maniera pressoché identica in entrambe le ordinanze di rimessione, da una lettura complessiva di queste ultime si evince, infatti, che il giudice a quo, sulla base di un argomento sostanzialmente sovrapponibile a quello sviluppato in merito all'asserita violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost., reputa illogica, e perciò in contrasto con l'art. 3 Cost., la decisione di differire l'applicabilità di una norma adottata in sede di decretazione d'urgenza, evidenziando, quale indice sintomatico di tale irragionevolezza, la diversa soluzione prescelta dal legislatore con riguardo ad altre norme contenute nel medesimo testo normativo.

Sulla scorta della considerazione che precede, deve ritenersi assolto l'onere di motivazione che grava sul giudice rimettente.

4.2 Le questioni, tuttavia, sono inammissibili per altre e diverse ragioni.

Va al riguardo rilevato che il rimettente non motiva in alcun modo sull'applicabilità, nei giudizi pendenti dinanzi a sé, della norma censurata. Né d'altra parte ciò sarebbe stato possibile: dalle ordinanze di rimessione emerge, infatti, come i processi a quibus siano stati rispettivamente iscritti al ruolo generale degli anni 2014 e 2017; emerge quindi per tabulas che questi sono stati instaurati successivamente al periodo in cui ha prodotto effetti il differimento (trenta giorni dall'entrata in vigore, avvenuta il 21 agosto 2013, della legge di conversione) disposto dalla norma censurata.

Tale disposizione, pertanto, aveva ormai esaurito i propri effetti e di essa il giudice a quo non deve, conseguentemente, fare applicazione, sicché le questioni che la investono sono prive di rilevanza.

5. In via subordinata, con l'ordinanza di rimessione

iscritta al n. 98 r.o. 2018, il Tribunale rimettente dubita, in riferimento all'art. 3 Cost., in relazione al principio di uguaglianza, della legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 28 del 2010, che esclude l'obbligatorietà della mediazione, limitatamente alla fase monitoria, nei procedimenti per ingiunzione.

- 5.1** Benché tale disposizione non sia indicata nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione, dalla lettura della sua motivazione si desume con chiarezza come le censure formulate investano anche questa, specificamente nella parte in cui prevede l'obbligatorietà della mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo.

Deve conseguentemente ritenersi che il presente scrutinio di costituzionalità investa anche l'art. 5, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 28 del 2010, segnatamente laddove prevede l'obbligatorietà della mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo. Infatti, per un verso, il «*thema decidendum*, con riguardo alle norme censurate, va identificato tenendo conto della motivazione delle ordinanze» (sentenza n. 238 del 2014; nello stesso senso, *ex plurimis*, sentenza n. 203 del 2016; ordinanze n. 169 del 2016 e n. 162 del 2011); per altro verso, sulla base di tale motivazione è «ben possibile circoscrivere l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale ad una parte della disposizione censurata» (*ex plurimis*, sentenza n. 35 del 2017).

- 5.2** Secondo il giudice rimettente, la compromissione del principio di uguaglianza emergerebbe dal raffronto con la disciplina legislativa della negoziazione assistita da uno o più avvocati, applicabile, ai sensi dell'art. 2 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 (Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile), convertito, con modificazioni, nella legge 10 novembre 2014, n. 162, alle controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, nonché, fuori da questo caso e da quelli previsti dall'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, alle domande aventi a oggetto il pagamento, a qualsiasi titolo, di somme non eccedenti cinquantamila euro.

Anche la negoziazione assistita costituirebbe, infatti, come la mediazione, una condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Tuttavia, nei procedimenti per ingiunzione, la procedura di negoziazione assistita, secondo quanto disposto dall'art. 3, comma 3, lettera a), del d.l. n. 132 del 2014, non deve essere esperita né nella fase monitoria né nel successivo, eventuale giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo.

Al contrario, in virtù della disposizione censurata, il procedimento preliminare di mediazione, benché parimenti non applicabile alle domande proposte

in via monitoria, deve essere intrapreso nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, sia pure dopo la pronuncia del giudice, ai sensi degli artt. 648 e 649 del codice di procedura civile, sulle istanze di concessione e di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto stesso.

La descritta diversità tra le due discipline, ad avviso del giudice a quo, integrerebbe, come detto, una violazione dell'art. 3 Cost., determinando una disparità di trattamento manifestamente irragionevole e in quanto tale incidente anche nell'ambito della disciplina degli istituti processuali.

- 5.3** L'Avvocatura generale ha sollevato preliminarmente eccezione d'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza - o, comunque, per difetto di motivazione su di essa - rimarcando l'omessa indicazione, da parte del Tribunale rimettente, del valore della causa oggetto del giudizio a quo, che non consentirebbe di comprendere se nella fattispecie concreta possa, o meno, trovare applicazione la norma, evocata quale *tertium comparationis*, che disciplina la negoziazione assistita.

- 5.3.1** L'eccezione non è pertinente.

A prescindere dal *tertium comparationis*, evocato solo quale indice di una rottura della coerenza dell'ordinamento, il giudice a quo è infatti chiamato a decidere, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, sulla istanza di concessione della esecuzione provvisoria del decreto stesso, avente ad oggetto un credito derivante da un contratto di anticipazione bancaria. Assunta la decisione in merito a tale richiesta, egli dovrebbe quindi assegnare alle parti il termine per intraprendere il procedimento di mediazione, secondo quanto previsto dal disposto dei commi 1-bis e 4, lettera a), dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010.

Tanto chiarito, si deve osservare che è ben vero che il rimettente non indica specificamente il valore della causa sottoposta alla sua cognizione, ma è altrettanto vero che ciò è ininfluente, giacché questa ha ad oggetto un contratto bancario: a prescindere dal suo valore, essa rientra quindi, in ogni caso, nel novero di quelle soggette alla mediazione.

Pertanto, ove dovesse essere ritenuta sussistente la dedotta irragionevole disparità di trattamento, con la conseguente espunzione di quella parte della norma censurata da cui deriva l'obbligatorietà della mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, si espanderebbe la disciplina generale dell'accesso incondizionato alla giurisdizione. È dunque palese che, nonostante l'omissione evidenziata dalla difesa statale, la questione è rilevante, giacché dal suo accoglimento deriverebbe che il giudice rimettente non dovrebbe assegnare il termine per intraprendere il procedimento di mediazione.

Da questo punto di vista, la censura supera il vaglio di ammissibilità.

5.4 Al pari di quelle già esaminate, neppure essa è, tuttavia, fondata.

5.4.1 Entrambi gli istituti processuali posti a raffronto sono diretti a favorire la composizione della lite in via stragiudiziale e sono riconducibili alle «misure di ADR (Alternative Dispute Resolution)» (sentenza n. 77 del 2018). Entrambi, inoltre, costituiscono condizioni di procedibilità della domanda giudiziale, il cui difetto ha peraltro conseguenze analoghe, con finalità deflattiva.

A fronte di tali profili di omogeneità, è tuttavia ravvisabile nella mediazione un fondamentale elemento specializzante, che assume rilievo al fine di escludere che si sia al cospetto di situazioni sostanzialmente identiche disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, ovvero che la scelta legislativa di trattare diversamente, con riguardo al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, le due fattispecie possa ritenersi manifestamente irragionevole e arbitraria, «questo essendo il parametro di riferimento in materia, tenuto conto che si discute di istituti processuali, nella cui conformazione [...] il legislatore fruisce di ampia discrezionalità» (sentenza n. 12 del 2016; nello stesso senso, sentenza n. 164 del 2017).

5.4.2 Più precisamente, il procedimento di mediazione è connotato dal ruolo centrale svolto da un soggetto, il mediatore, terzo e imparziale, là dove la stessa neutralità non è ravvisabile nella figura dell'avvocato che assiste le parti nella procedura di negoziazione assistita.

Il mediatore, infatti, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 28 del 2010, da un lato, non può «assumere diritti od obblighi connessi [...] con gli affari trattati [...]» né percepire compensi direttamente dalle parti (comma 1); dall'altro, è obbligato a sottoscrivere, per ciascuna controversia affidatagli, un'apposita «dichiarazione di imparzialità» e a informare l'organismo di mediazione e le parti delle eventuali ragioni che possano minare la sua neutralità (comma 2, lettere a e b).

Tale neutralità, oltre ad essere sancita anche dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 28 del 2010, è peraltro altresì precisata dalla disciplina posta dall'art. 14-bis del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180 (Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28), adottato, ai sensi dell'art. 16, comma 2, del medesimo d.lgs., di concerto con il Ministro per lo sviluppo economico, che regola le cause di incompatibilità

e le ipotesi di conflitti di interesse in capo al mediatore.

Mentre, dunque, nella mediazione il compito - fondamentale al fine del suo esito positivo - di assistenza alle parti nella individuazione degli interessi in conflitto e nella ricerca di un punto d'incontro è svolto da un terzo indipendente e imparziale, nella negoziazione l'analogo ruolo è svolto dai loro stessi difensori: è conseguentemente palese come, pur versandosi in entrambi i casi in ipotesi di condizioni di procedibilità con finalità deflattive, gli istituti processuali in esame siano caratterizzati da una evidente disomogeneità.

La lueggiata eterogeneità, nei termini appena illustrati, trova d'altro canto un chiaro riscontro nella giurisprudenza costituzionale. Questa Corte, esaminando la mediazione tributaria disciplinata dall'art. 17-bis del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413), ha difatti rimarcato che la mancanza, in essa, «di un soggetto terzo che, come avviene per la mediazione delle controversie civili e commerciali disciplinata dal d.lgs. n. 28 del 2010 [...], svolga la mediazione», se da un lato «comporta l'impossibilità di ricondurre la mediazione tributaria al modello di quella civilistica», dall'altro «induce a dubitare della stessa riconducibilità dell'istituto all'ambito mediatorio propriamente inteso» (sentenza n. 98 del 2014).

L'evidenziata disomogeneità delle due fattispecie poste a confronto ne preclude, dunque, una comparabilità idonea a integrare l'asserita violazione dell'art. 3 Cost. e induce a escludere che sia stato irragionevolmente riservato un trattamento differenziato alla mediazione e, quindi, che la scelta legislativa denunciata dal rimettente abbia validato il confine dell'arbitrarietà.

5.4.3 D'altra parte, il tratto differenziale appena rilevato conferma la ratio che sostiene il diverso regime giuridico di cui, invece, si duole il giudice a quo: la presenza di un terzo del tutto indipendente rispetto alle parti giustifica, infatti, le maggiori possibilità della mediazione, rispetto alla negoziazione assistita, di conseguire la finalità cui è preordinata e, pertanto, la scelta legislativa di rendere obbligatoria solo la prima, e non la seconda, anche nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

In tale ultimo giudizio, in altri termini, il legislatore ha ritenuto inutile imporre la negoziazione assistita, giacché essa è condotta direttamente dalle parti e dai loro avvocati, senza l'intervento di un terzo neutrale.

Anche alla luce della considerazione che precede, deve dunque escludersi che il differente trattamento normativo portato all'attenzione di questa Corte possa essere ritenuto manifestamente irragionevole e arbitrario.

P.Q.M.
LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

- 1)** dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 2, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98, sollevate, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Verona con le ordinanze indicate in epigrafe;
- 2)** dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 1, lettera b), del d.l. n. 69 del 2013, come convertito, che inserisce il comma 1-bis all'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), e dell'art. 84, comma 1, lettera i), dello stesso d.l. n. 69 del 2013, nella parte in cui aggiunge

il comma 4-bis, secondo periodo, all'art. 8 del citato d.lgs. n. 28 del 2010, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 77, secondo comma, Cost., dal Tribunale ordinario di Verona con le ordinanze indicate in epigrafe;

- 3)** dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 28 del 2010, sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost., dal Tribunale ordinario di Verona con l'ordinanza iscritta al n. 98 del registro ordinanze 2018.

COŚI DECISO IN ROMA,
NELLA SEDE DELLA CORTE COSTITUZIONALE,
PALAZZO DELLA CONSULTA,
IL 7 MARZO 2019.

F.to:

GIORGIO LATTANZI, PRESIDENTE
LUCA ANTONINI, REDATTORE
ROBERTO MILANA, CANCELLIERE

Giurisprudenza/2

Cassazione

Civile Sent. Sez. 3 Num. 8473
Anno 2019
Presidente: **AMENDOLA ADELAIDE**
Relatore: **RUBINO LINA**
Data pubblicazione: **27/03/2019**

SENTENZA

sul ricorso 27762-2017 proposto da:

GAIA ENERGY ENGINEERING SRL in persona dell'Amministratore Unico e Legale Rappresentante Dott. ADRIANO DELLI ZOTTI, domiciliata ex lege in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato CARLO ONESTI giusta procura speciale in calce al ricorso;

- ricorrente -
contro

EUREKA SRL ;

- intimata -

avverso la sentenza n. 210/2017 della CORTE D'APPELLO di TRIESTE, depositata il 25/05/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 06/02/2019 dal Consigliere Dott. LINA RUBINO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MARIO FRESA che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;

udito l'Avvocato CARLO ONESTI;
R.G. 27762.2017

I FATTI DI CAUSA

1. Il giudizio di primo grado.

Nel 2016 Gaia Energy Engineering S.r.l. depositò dinanzi al Tribunale di Udine ricorso ex art. 447-bis c.p.c., rappresentando di aver concesso in locazione un'unità immobiliare sita in Tavagnacco (UD) a Eureka S.r.l. e chiedendo la risoluzione del contratto per mancata prestazione del deposito cauzionale, il rilascio dell'immobile e la condanna della controparte alle spese del giudizio.

Eureka si costituì in giudizio, eccependo l'avvenuta costituzione, benchè solo in corso di causa, del deposito

cauzionale e l'improcedibilità della domanda per mancato previo esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione previsto dal D.Igs. 28/2010 e successive modifiche.

Il Giudice assegnò alle parti il termine di 15 giorni per l'avvio della procedura di mediazione ex art. 5 D.Igs. 28/2010, con conseguente differimento dell'udienza di discussione.

Gaia avviava la procedura di mediazione; al primo incontro fissato dall'Organismo di mediazione in data 5/07/2016 parteciparono i soli procuratori delle parti, chiedendo un breve rinvio e successivamente questi comunicavano telefonicamente al mediatore l'impossibilità delle parti di raggiungere un accordo stragiudiziale. Il secondo incontro non ebbe mai luogo (né si fa riferimento, nel ricorso o nella sentenza, all'esistenza di un verbale di mancata conciliazione).

Alla successiva udienza il difensore di Eureka eccepì nuovamente l'improcedibilità della domanda promossa dalla ricorrente sul rilievo che nel procedimento di mediazione non fossero comparse le parti personalmente ma solo i difensori, eccezione alla quale Gaia si oppose.

In sede di precisazione delle conclusioni Gaia, stante l'avvenuta costituzione (benchè tardiva) del deposito cauzionale ad opera della controparte, rinunciò alla domanda di risoluzione del contratto e insistette soltanto per ottenere la condanna di Eureka alla rifusione delle spese legali, liquidate in base al principio della soccombenza virtuale.

Il Tribunale dichiarò cessata la materia del contendere, rilevando, in rito, che non si fosse verificata la condizione di procedibilità della domanda di cui all'art. 5, c.1-bis, D.Igs. n. 28/2010, con conseguente improcedibilità della domanda attorea.

Compensò per intero tra le parti le spese di lite, osservando che *"entrambe le domande di parte si sono infine rivelate inammissibili per ragioni di rito"*.

2. L'appello.

Avverso la sentenza n. 1418/2016 del Tribunale di Udine propose appello Gaia, assumendo che la mediazione obbligatoria si fosse effettivamente svolta, avendo le parti legittimamente partecipato al procedimento di mediazione a mezzo dei rispettivi difensori (in particolare asserì che il difensore di Gaia fosse munito di una procura speciale, conferente tutti i poteri per definire e trattare questioni giudiziali e stragiudiziali, e che pertanto lo stesso fosse dotato di rappresentanza formale e sostanziale) e contestando il capo relativo alle spese. Eureka si costituì in giudizio.

La Corte d'appello di Trieste, con la sentenza n. 2010 del 2017 qui impugnata, rigettò l'appello, condannando

Gaia al pagamento delle spese del secondo grado di giudizio.

In particolare, il Giudice d'appello affermava che l'art. 8, D7Fg57- 7- D.Igs. n. 28/2010 prevede la presenza personale delle parti, assistite dal proprio difensore (in tal senso deponendo l'uso della congiunzione "e", laddove si precisa che il mediatore "invita le parti e i loro avvocati"), atteso che nel primo incontro informativo il mediatore necessita di contatto diretto con le parti sostanziali, al fine di verificare la fattibilità dell'inizio della procedura di mediazione vera e propria; che pertanto, pur potendo la parte farsi rappresentare dal difensore, non sia sufficiente a tal fine una semplice procura speciale alle liti rilasciata ex art. 185 c.p.c., contenente i poteri di transigere e conciliare la lite, trattandosi di procura con valenza processuale e non sostanziale, essendo necessaria una procura speciale notarile che conferisca al difensore la rappresentanza sostanziale della parte; che nel caso di specie peraltro, a prescindere dalla partecipazione personale delle parti, dovesse ritenersi che la mediazione non fosse mai iniziata essendovi stato un primo incontro informativo e preliminare, senza discussione di alcuna questione relativa alla controversia, alla sola presenza degli avvocati, mentre all'incontro successivo fissato al 18/07/2016 per lo svolgimento della mediazione in senso stretto nessuna delle parti si era presentata.

3. Il giudizio di legittimità.

Avverso la sentenza n. 210/2017 della Corte d'appello di Trieste, pubblicata in data 25/05/2017, propone ricorso per Cassazione, con due motivi, Gaia Energy Engineering S.r.l.

Eureka S.r.l. non ha svolto in questa sede attività difensiva.

LE RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il **primo motivo**, la ricorrente deduce la violazione degli artt. 5 e 8 del D.Igs. 28/2010 e successive modifiche, nonché degli artt. 185 e 83 c.p.c. Sostiene che la Corte d'appello, soffermandosi sul solo elemento testuale, abbia stravolto la finalità del tentativo di mediazione previsto a pena di improcedibilità della domanda giudiziale dall'art. 8 del D.Igs. 28/2010; e che tale articolo non preveda un obbligo di partecipazione personale delle parti al procedimento di mediazione al fine di potersi ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità, prevedendo solo che la parte debba essere idoneamente informata sulla possibilità, o necessità, a seconda dei casi, di ricorrere alla procedura di mediazione e sulle agevolazioni fiscali che ne derivano, e che possa consapevolmente scegliere di delegare tale adempimento al proprio avvocato.

Aggiunge che se effettivamente la norma imponesse la presenza personale di entrambe le parti, il convenuto

sarebbe arbitro di decidere se e quando consentire il perfezionamento della condizione di procedibilità, potendo lo stesso farsi rappresentare dal proprio difensore anziché presentarsi personalmente.

Evidenza che, se la sanzione prevista per il comportamento più grave della mancata partecipazione senza giustificato motivo è, ex art. 8 D.Igs. 28/2010, la condanna al pagamento del contributo unificato e la possibilità per il Giudice di trarre argomenti di prova dal suddetto comportamento, non potrebbe essere sanzionata con la più grave pena dell'improcedibilità la condotta più lieve della mancata comparizione personale.

Deduce che la Corte d'appello finisca per avallare la tesi da essa stessa respinta laddove afferma che al primo incontro siano comparsi i soli difensori, ma al contempo sostiene (usando peraltro le stesse parole del verbale di intermediazione del 05/07/2016) che "le parti" dichiarano di voler procedere con la mediazione (ciò significando, infatti, che gli avvocati abbiano agito in rappresentanza delle parti); e che non si capisca perché al primo incontro la procedura di mediazione abbia potuto prendere avvio senza la presenza materiale di Gaia ed Eureka ma al successivo incontro fosse necessaria la loro presenza per poter dare atto dell'esito negativo del procedimento ex D.Igs. 28/2010.

La ricorrente contesta inoltre l'individuazione della fonte normativa della procura rilasciata al proprio avvocato nell'art. 185 c.p.c. rubricato "Tentativo di conciliazione" anziché nell'art. 83 c.p.c.

Lamenta infine che, seguendo la tesi *ex adverso* propugnata, la Corte d'appello avrebbe potuto disporre essa stessa, ai sensi dell'art. 5 D.Igs. 28/2010, l'esperimento della mediazione *ex lege*.

Con il **secondo motivo**, deduce, ai sensi dell'art. 360, c.1, n. 5), l'omesso esame di un fatto decisivo indicato nella procura speciale alle liti, il cui testo non riproduce, ma che indica come prodotta nel giudizio di cassazione come allegato al ricorso, al n. 5.

La ricorrente deduce che il difensore di Gaia, in virtù della procura speciale notarile rilasciata allo stesso e depositata in giudizio, avesse non solo ricevuto procura per rappresentare Gaia in giudizio, ma gli fossero stati conferiti tutti i poteri di disporre dei diritti materiali di Gaia oggetto della causa, anche nelle procedure stragiudiziali qual è quella di cui al D.Igs. 28/2010 e quindi che fosse non solo una procura processuale ma contenesse anche il conferimento di poteri sostanziali e che pertanto l'avvocato, munito di una tale procura, fosse legittimato a sostituire la parte nel procedimento di mediazione obbligatoria.

Al **terzo punto del ricorso**, la ricorrente, ad evitare che sulla questione si formi il giudicato, ripropone, fidando nell'accoglimento dei due precedenti motivi, la

domanda di condanna alle spese del giudizio di appello dell'avversaria, sulla base della soccombenza virtuale della stessa, con eventuale esame della stessa da parte del giudice del rinvio.

Il ricorso pone per la prima volta a questa Corte la necessità di affrontare alcune questioni in tema di mediazione obbligatoria, introdotta come condizione di procedibilità di una vasta serie di controversie dal d.lgs. n. 28 del 2010 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali) e successive modifiche.

In particolare, la questione giuridica che il ricorso impone di risolvere è se, nel suddetto procedimento di mediazione, il cui preventivo esperimento è previsto obbligatoriamente, a pena di improcedibilità, per le controversie nelle materie indicate dall'art. 5, comma 1 bis, del d.l.s. n. 28 del 2010 (introdotto dall'art. 84 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni della legge 9 agosto 2013, n. 98, dopo che la Corte cost. con sentenza n. 272 del 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1 del medesimo articolo) e disciplinato, in particolare, dagli artt. 5 e 8 dello stesso, la parte che propone la mediazione sia tenuta a comparire personalmente davanti al mediatore, affinché il tentativo si possa ritenere compiuto, a pena di improcedibilità dell'azione proposta senza previo esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria, o se la stessa possa – e in che modo – farsi sostituire.

Qualora si ammetta che la parte possa farsi sostituire, ovvero che sia un atto delegabile ad altri, occorre individuare i modi e le forme di tale sostituzione, ovvero se possa essere sostituita da chiunque, ed in particolare se possa farsi sostituire anche dal suo avvocato e, qualora si ammetta che possa essere sostituita dal suo avvocato, con quale atto tali poteri possano essere conferiti.

Il legislatore con il decreto legislativo menzionato ha cercato di accelerare, se non forzare, la creazione di una cultura di risoluzione alternativa delle controversie, con finalità deflattiva, imponendo per una vasta serie di controversie questa ipotesi di mediazione come obbligatoria, il cui mancato esperimento è stato sanzionato con l'improcedibilità. Dalla lettura delle disposizioni ad essa dedicate, emerge l'adozione di un procedimento demoralizzato che si svolge davanti al mediatore, in cui la miglior garanzia di riuscita era costituita innanzitutto dalla stessa professionalizzazione della figura del mediatore, e dall'offerta alle parti di un momento di incontro, perché potessero liberamente discutere prima che le rispettive posizioni risultassero irrigidite dalle posizioni processuali assunte e dalle linee difensive adottate, nonché da agevolazioni fiscali. Il successo dell'attività di mediazione è riposto nel contatto

diretto tra le parti e il mediatore professionale il quale può, grazie alla interlocuzione diretta ed informale con esse, aiutarle a ricostruire i loro rapporti pregressi, ed aiutarle a trovare una soluzione che, al di là delle soluzioni in diritto della eventuale controversia, consenta loro di evitare l'acuirsi della conflittualità e definire amichevolmente una vicenda potenzialmente oppositiva con reciproca soddisfazione, favorendo al contempo la prosecuzione dei rapporti commerciali.

Quanto alla presenza dell'avvocato, essa originariamente non era neppure prevista; è stata infatti introdotta nell'art. 5 dal comma 1 bis, che prevede che chi intenda esercitare l'azione debba promuovere preventivamente la mediazione obbligatoria assistito dal proprio avvocato. Si può osservare che la novella del 2013, che introduce la presenza necessaria dell'avvocato, con l'affiancare all'avvocato esperto in tecniche processuali che "rappresenta" la parte nel processo, l'avvocato esperto in tecniche negoziali che "assiste" la parte nella procedura di mediazione, segna anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate.

Non è questa la sede per valutare le probabilità di successo delle creazione forzosa di una cultura della mediazione. Occorre prendere atto che la legge impone in una vasta serie di casi, come momento necessario e significativo precedente alla possibilità stessa di introdurre il giudizio, la necessità di esperire la mediazione e sciogliere alcuni nodi del rapporto tra mediazione obbligatoria e giudizio, per individuare quando la condizione di procedibilità possa ritenersi soddisfatta e in particolare se, nel caso di specie, il giudice abbia correttamente ritenuto che l'azione proposta fosse improcedibile (valutazione effettuata ai soli fini della soccombenza virtuale, perché qui la domanda di merito era stata alla fine rinunciata).

Come si è detto, il legislatore ha previsto e voluto la comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore, perché solo nel dialogo informale e diretto tra parti e mediatore, conta che si possa trovare quella composizione degli opposti interessi soddisfattiva al punto da evitare la controversia ed essere più vantaggiosa per entrambe le parti.

Ha imposto quindi alle parti (o meglio, alla parte che intende agire in giudizio) questo impegno preliminare mediante il quale fida di poter evitare (alle parti, e allo Stato più in generale) un buon numero di controversie, ben più onerose e lunghe rispetto ai tempi della mediazione obbligatoria.

L'art. 8, dedicato al procedimento, prevede espressamente che al primo incontro davanti al mediatore debbano essere presenti sia le parti che i loro avvocati.

La previsione della presenza sia delle parti sia degli avvocati comporta che, ai fini della realizzazione delle condizioni di procedibilità, la parte non possa evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato.

Tuttavia, la necessità della comparizione personale non comporta che si tratti di attività non delegabile. In mancanza di una previsione espressa in tal senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri. Laddove, per la rilevanza della partecipazione, o della mancata partecipazione, ad alcuni momenti processuali, o per l'attribuzione di un particolare valore alle dichiarazioni rese dalla parte, la legge non ha ritenuto che la parte potesse farsi sostituire, attribuendo un disvalore, o un preciso significato alla sua mancata comparizione di persona, lo ha previsto espressamente (v. art. 231 c.p.c. sulla risposta all'interrogatorio formale: "La parte interrogata deve rispondere personalmente" e il successivo art. 232 che fa discendere precise conseguenze alla mancata presentazione della parte a rendere interrogatorio): v. Cass. n. 15195 del 2000: "L'interrogatorio formale non può essere reso a mezzo di procuratore speciale atteso che il soggetto cui è deferito deve rispondere ad esso oralmente e personalmente, in base all'art. 231 cod. proc. civ..

Non è previsto, né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore.

Deve quindi ritenersi che la parte (in particolare, la parte che intende iniziare l'azione, ma identico discorso vale per la controparte), che per sua scelta o per impossibilità non possa partecipare personalmente ad un incontro di mediazione, possa farsi sostituire da una persona a sua scelta e quindi anche – ma non solo – dal suo difensore.

Allo scopo di validamente delegare un terzo alla partecipazione alle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia , come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all'art. 84). Quindi il potere di sostituire a sé stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale.

Ne consegue che, sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento di mediazione, in quanto ciò non è auspicato, ma non è neppure escluso dalla legge, non può conferire tale potere con la procura conferita al difensore e da questi autenticata, benché possa conferirgli con essa ogni più ampio potere processuale.

Per questo motivo, se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore.

Perciò, la parte che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale, che non rientra nei poteri di autentica dell'avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista.

Ciò detto, il primo motivo è infondato, il secondo inammissibile laddove tendente ad una diretta interpretazione dell'atto (la procura) da parte della Corte.

La sentenza impugnata si è attenuta infatti ai principi di diritto sopra enunciati.

Ha ritenuto che la presenza della parte sia necessaria davanti al mediatore, e che tuttavia essa potesse essere sostituita, eventualmente anche dall'avvocato.

Ha del pari ritenuto, esaminando la procura notarile

rilasciata in favore dell'avvocato Onesti ed oggi prodotta in allegato al ricorso per cassazione, che l'atto di conferimento di potere pur avendo la forma della procura notarile fosse in realtà una semplice, benchè ampia, procura alle liti, comprensiva di ogni potere giudiziale e stragiudiziale ed anche del potere di conciliare la controversia (da qui il richiamo corretto all'art. 185 c.p.c.), ma comunque una procura dal valore meramente processuale, che non attribuiva all'avvocato la rappresentanza sostanziale della parte.

C'è poi un altro passaggio motivazionale che merita attenzione.

Lo stesso non è direttamente censurato e quindi, di per sé avrebbe potuto condurre al rigetto del ricorso in quanto la decisione poteva fondarsi su tale autonoma *ratio decidendi* non impugnata.

Esso consente di esaminare e sciogliere un altro degli interrogativi che la nuova disciplina pone, e dei punti in cui si stanno registrando orientamenti non convergenti nelle ormai numerose sentenze di merito che si sono già occupate della mediazione obbligatoria.

La corte d'appello ha ritenuto che, non essendosi le parti presentate al primo incontro, solamente informativo

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.

e preliminare, che si era svolto alla presenza dei soli avvocati, e non avendo mai avuto luogo il secondo incontro, perché le parti avevano comunicato preventivamente e oralmente al mediatore, a mezzo dei rispettivi avvocati, l'impossibilità di pervenire ad un accordo, la mediazione di fatto non si fosse svolta. Ha ritenuto, di conseguenza (ai limitati fini della soccombenza virtuale) che la condizione di procedibilità non si fosse verificata.

La seconda questione da risolvere è dunque quella del quando: quando si può ritenere che il tentativo di mediazione obbligatoria sia utilmente concluso, ai fini di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità? È sufficiente che le parti compaiano, assistite dai loro avvocati, per il primo incontro davanti al mediatore o è necessario che si dia effettivo corso alla mediazione. In altri termini, è sufficiente che il futuro attore (o l'attuale attore, come nel nostro caso, qualora le parti siano state rimesse in mediazione dal giudice, a causa già iniziata) sia fisicamente presente, in proprio o delegando la presenza ad altra persona, e possa, finite le formalità preliminari illustrative delle finalità e delle modalità della mediazione, limitarsi a comunicare al mediatore di non aver nessuna intenzione di procedere oltre e di provare a trovare una soluzione, o è necessario che la mediazione sia "effettiva", che le parti provino quanto meno a discutere per trovare una soluzione, per poi poter dare atto a verbale della impossibilità di addivenire ad una soluzione positiva?

Sia l'argomento letterale – il testo dell'art. 8 – che l'argomento sistematico – la necessità di interpretare la presente ipotesi di giurisdizione condizionata in modo non estensivo, ovvero in modo da non rendere eccessivamente complesso o dilazionato l'accesso alla tutela giurisdizionale – depongono nel senso che l'onere della parte che intenda agire in giudizio (o che, avendo agito, si sia vista opporre il mancato preventivo esperimento della mediazione e sia stata rimessa davanti al mediatore dal giudice) di dar corso alla mediazione obbligatoria possa ritenersi adempiuto con l'avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore, all'esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, può liberamente manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare (rectius proseguire) la procedura di mediazione.

In questo senso depongono sia la struttura del procedimento, disciplinata dall'art. 8 e suddivisa in un primo incontro preliminare davanti al mediatore (*"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."*) e in uno o più incontri successivi di effettivo svolgimento della mediazione. Solo se le parti gli danno il via per procedere

alla successiva fase di discussione, il mediatore andrà avanti, interloquendo con le parti fino a proporre o a far loro proporre una possibile soluzione, altrimenti si arresterà alla fase preliminare (all'esito della quale sono dovute solo le spese, e non anche il compenso del mediatore).

Non andrà in ogni caso avanti, dando atto dell'esito negativo della mediazione, se il potenziale convenuto non compare, o se compare e dichiara di non essere interessato alla mediazione. Di questo comportamento si potrà eventualmente tenere conto nel successivo giudizio, come prevede il comma 4 bis dell'art. 8 (*"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."*).

Se anche il convenuto compare ed è l'attore che dichiara di non intendere impegnarsi nella mediazione deve ritenersi che il mediatore debba prenderne atto e che l'attività si concluda anche in questo caso al termine dell'incontro preliminare, che la mediazione sia stata esperita e che abbia dato esito negativo, e che quindi la condizione di procedibilità sia soddisfatta.

Quindi, è richiesta l'attivazione del procedimento di mediazione, la scelta del mediatore, la convocazione della controparte, è richiesta inoltre la comparizione personale davanti al mediatore (con le possibilità alternative sopra enunciate) e la partecipazione al primo incontro, nel corso del quale la parte riottosa può liberamente convincersi di provare effettivamente e fino in fondo la strada della soluzione alternativa alla controversia. Non può invece ritenersi che al fine di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità sia necessario pretendere dalla parte anche un impegno in positivo ad impegnarsi in una discussione alternativa rispetto al giudizio.

Non costituisce per contro idonea modalità di svolgimento della mediazione la mera comunicazione di aver sondato l'altra parte ed avere concordemente escluso la possibilità di addivenire ad un accordo, perché in questo modo si elude l'onere di comparire personalmente davanti al mediatore e di partecipare al primo incontro.

Nel caso di specie, la corte d'appello ha ritenuto che non si sia arrivati neppure a questa fase, perché le parti non sono mai comparse, personalmente o idoneamente rappresentate, davanti al mediatore, tant'è che non è stato neppure redatto un verbale negativo.

Il ricorso va complessivamente rigettato. I principi di diritto enunciati possono essere riepilogati come segue:

- nel procedimento di mediazione obbligatoria disciplinato dal d.lgs. n. 28 del 2010 e successive modifiche, è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore;
- nella comparizione obbligatoria davanti al mediatore la parte può anche farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente nella persona dello stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purchè dotato di apposita procura sostanziale;
- la condizione di procedibilità può ritenersi realizzata alla termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti, richieste dal mediatore dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunicano la propria indisponibilità di procedere oltre. Nulla sulle spese, in difetto di attività processuale da parte dell'intimata.

Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, e la ricorrente risulta soccombente, pertanto è gravata dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dell' art. 13, comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale.

COSÌ DECISO NELLA CAMERA DI CONSIGLIO DELLA
CORTE DI CASSAZIONE IL 6 FEBBRAIO 2019

Giurisprudenza/3

Tribunale di Vasto

IL TRIBUNALE DI VASTO

in composizione monocratica, nella persona del Dott. Fabrizio Pasquale, alla pubblica udienza del 17/12/2018 al termine della discussione orale disposta ai sensi dell'art. 429 c.p.c., ha pronunciato la seguente ha pronunciato la seguente

SENTENZA

dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, nel procedimento civile iscritto al n. 883/2016 del Ruolo Generale Affari Civili, avente ad oggetto: INTIMAZIONE DI SFRATTO PER MOROSITÀ e promosso da s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, nei confronti di s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambi rappresentati e difesi come in atti.

LETTI gli atti e la documentazione di causa;

ASCOLTATE le conclusioni rassegnate dai difensori delle parti;

PREMESSO IN FATTO CHE

1. s.p.a. ha citato in giudizio, innanzi a questo Tribunale, la s.n.c., as-

sumendo di avere concesso in locazione alla società convenuta, con contratto registrato il 15.01.2016, un immobile per uso commerciale sito in Vasto Marina (CH), al Lungomare Cordella n. 1, per il canone annuale di € 18.075,96 (oltre aggiornamenti Istat), da versarsi in quattro rate trimestrali da € 4.518,99 ciascuna, entro il primo giorno dei mesi di gennaio, aprile, luglio e ottobre di ogni anno. A dire della intimante, la conduttrice si è resa morosa nell'adempimento delle sue obbligazioni e, in particolare, nel pagamento del canone di locazione, interrompendo i versamenti a far data dalla ricezione della comunicazione di disdetta del contratto, così maturando alla data del 01.06.2016 una morosità pari a complessivi € 58.473,86 (IVA compresa).

- 2.** Sulla base delle riferite circostanze, s.p.a. ha intimato alla società conduttrice lo sfratto per morosità, contestualmente citandola dinanzi a questo Tribunale per la convalida e chiedendo che, in caso di opposizione, fosse emessa ordinanza provvisoriamente esecutiva di rilascio.
- 3.** Si è costituita in giudizio la società intimata, la quale, nel contestare le circostanze allegare dalla controparte, si è opposta all'accoglimento delle avversarie domande, eccependo l'inammissibilità ed l'improcedibilità dell'azione di sfratto, per avere essa ad oggetto un contratto di locazione che, a suo dire, avrebbe già cessato i propri effetti, a seguito dell'inoltro della lettera raccomandata con la quale la locatrice

ha comunicato la propria volontà di non rinnovare il contratto alla scadenza prestabilita.

4. Il Giudice, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 19.08.2016, ha rigettato l'istanza di convalida dell'intimazione di sfratto e la richiesta di rilascio dell'immobile, ritenendo l'opposizione fondata su prova scritta, ed ha disposto il mutamento del rito ex art. 667 c.p.c., assegnando alle parti un termine di giorni quindici per l'attivazione del procedimento di mediazione, ai sensi dell'art. 5, comma 4, lett. b), D. Lgs. 28/10.
5. Il procedimento di mediazione, articolatosi in più incontri durante i quali la parte istante s.p.a. non è mai comparsa personalmente, a mezzo del proprio legale rappresentante, ma soltanto attraverso il proprio avvocato munito di procura speciale notarile, si è concluso negativamente a causa della mancata accettazione della proposta conciliativa formulata dal mediatore.
6. Alla prima udienza celebrata dopo la definizione del procedimento di mediazione, la parte convenuta ha tempestivamente sollevato un'eccezione di improcedibilità della domanda, fondata sul rilievo che la procedura di mediazione si sarebbe svolta senza la comparizione personale della parte istante.
7. A questo punto, il Giudice ha rinviato per la discussione all'udienza del 17.12.2018, previa assegnazione di un termine alle parti per il deposito di memorie difensive e per la produzione dei verbali di tutti gli incontri di mediazione.

RITENUTO IN DIRITTO CHE

1. Deve preliminarmente essere esaminata l'eccezione relativa alla procedibilità della domanda giudiziale, sollevata dalla parte convenuta all'udienza del 06.03.2017, celebratasi dopo che si è concluso negativamente il procedimento di mediazione.

Dalla disamina dei verbali relativi ai diversi incontri tra le parti tenutisi nell'ambito del procedimento di mediazione n. 179/16, instaurato innanzi all'organismo di mediazione istituito presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Vasto, emerge che la parte istante s.p.a. non ha mai partecipato personalmente (vale a dire, tramite il proprio legale rappresentante) al procedimento di mediazione, rimanendo assente sia al primo incontro, sia a tutti i successivi incontri svoltisi dinanzi al mediatore. La parte si è, infatti, limitata a conferire procura speciale notarile al proprio difensore, avv. Carlo Colantonio, per farsi rappresentare nelle varie fasi del procedimento.

Orbene, a tal proposito, è ormai indubbio, secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza di

merito, che questo stesso Tribunale ha concorso ad affermare con una delle prime pronunce rese sul tema (cfr. Trib. Vasto, 09.03.2015, n. 130), che, ai fini del corretto esperimento del procedimento di mediazione, è necessario che le parti siano sempre presenti personalmente, assistite dai rispettivi avvocati, a tutti gli incontri programmati innanzi al mediatore.

L'assenza ingiustificata di una o di entrambe le parti, costituendo un comportamento antidoveroso assunto in violazione di un preciso obbligo di legge, espone la parte che decide di non presenziare personalmente alla procedura di mediazione al rischio di subire le conseguenze sanzionatorie, sia sul piano economico che processuale, previste dall'art. 8, comma 4 bis, del D. Lgs. n. 28/10.

Muovendo dal principio per cui sono da considerarsi illegittime tutte quelle condotte contrarie alla ratio legis della mediazione o poste in essere dalle parti al solo scopo di eludere il dettato normativo, e facendo specifico riferimento alle modalità di partecipazione delle parti agli incontri di mediazione, deve concludersi che, quando l'assenza personale riguarda la parte attrice/istante in mediazione, la condizione di procedibilità di cui all'art. 5, D. Lgs. n. 28/10 non può considerarsi soddisfatta. Parimenti, quando l'assenza concerne, oltre alla parte attrice/istante, anche o soltanto la parte convenuta/invitata in mediazione, sussistono i presupposti per l'irrogazione – anche nel corso del giudizio – della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. n. 28/10 (condanna al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo dovuto per il giudizio) e ricorre, altresì, un fattore da cui desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c., nel prosieguo del giudizio.

Con particolare riferimento alla posizione della parte attrice, nel caso in cui questa abbia presentato la domanda di mediazione e poi non abbia partecipato personalmente al primo e ai successivi incontri, preferendo delegare per l'incombente il proprio avvocato, deve ritenersi che la condizione di procedibilità non si sia avverata, dal momento che, ai fini della procedibilità della domanda, non è sufficiente esperire un procedimento di mediazione purchessia, ma è necessario rispettare tutte le condizioni di legge per un rituale e corretto svolgimento della procedura, prima tra le quali quella che impone alle parti di essere presenti personalmente agli incontri dinanzi al mediatore e, in particolar modo, al primo incontro, che costituisce un snodo cruciale di tutta la procedura.

Con ciò non si vuole affatto sostenere che sia preclusa alle parti la possibilità di delegare un terzo alla partecipazione alla procedura, ma solo a condizione che siano rispettati due presupposti.

Innanzitutto, la parte che intende farsi rappresentare in mediazione da un altro soggetto deve dedurre e provare che sussiste una causa che le impedisca di essere personalmente presente. Tale ragione ostativa deve avere le caratteristiche di un impedimento oggettivo (cioè, tale da non consentire alla parte, che pure vorrebbe intervenire, la materiale possibilità di presenziare agli incontri), assoluto (vale a dire non superabile con uno sforzo di ordinaria lealtà e diligenza) e non temporaneo (cioè, idoneo a protrarsi per un periodo di tempo superiore ai termini di durata massima della procedura di mediazione).

In secondo luogo, perché la parte possa farsi rappresentare in mediazione da un terzo, è necessario che la persona delegata sia a conoscenza dei fatti che hanno originato il conflitto e sia dotata (tramite previo rilascio di una procura speciale) del potere di assumere decisioni vincolanti per la parte rappresentata, nella fase di ricerca di una soluzione amichevole della controversia. Il rappresentante non potrà, però, mai identificarsi nella persona dell'avvocato che difende e rappresenta la parte in giudizio, per un triplice ordine di argomentazioni: in primo luogo, perché non è pensabile applicare analogicamente alla mediazione le norme che all'interno del processo consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore (art. 83 c.p.c.), data la evidente diversità di ratio tra i due istituti; in secondo luogo, perché nella mediazione la funzione dell'avvocato, come definita in via interpretativa dall'art. 5, comma 1 bis e comma 2, D.Lgs. 28/2010, è di mera assistenza alla parte comparsa e non, per la formulazione normativa utilizzata e per il migliore e più efficace funzionamento dell'istituto, di rappresentanza della parte assente; in terzo ed ultimo luogo, perché la presenza del solo avvocato, non accompagnato neppure da un fiduciario dell'interessato, impedirebbe al mediatore di avere un contatto diretto con le persone protagoniste del conflitto, precludendogli di comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti, che gli stessi possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori. Proprio per quest'ultimo motivo, pensare che la mediazione si possa correttamente svolgere con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore (quantunque i legali si presentino all'incontro muniti di procura speciale) significherebbe frustrare lo spirito dell'istituto, impedendo allo stesso di manifestare le sue notevoli potenzialità, sia sotto il profilo della pacificazione sociale sottesa alla facilitazione di accordi amichevoli, sia sotto il distinto e connesso profilo della deflazione del contenzioso giudiziario.

Ciò detto, va anche escluso che il previo conferimento, ad opera della parte interessata, di una procura speciale notarile al proprio avvocato valga a sanare il rilevato vizio di illegittimità nello svolgimento della procedura di mediazione ed il sotteso rischio di improcedibilità della domanda giudiziale,

per il dirimente rilievo che l'osservanza di particolari forme nel rilascio della procura (tanto più in un sistema ispirato ai canoni della informalità e della speditezza, quale è quello della mediazione) non costituisce un fattore idoneo a superare le ragioni sostanziali innanzi esposte, su cui è fondata la conclusione della non delegabilità all'avvocato della partecipazione in mediazione. Del resto, non si comprende per quale ragione la procura notarile dovrebbe avere maggior efficacia, sotto il profilo sostanziale, della procura comunque conferita in forma scritta (ma, in ogni caso, inidonea a conferire un valido potere rappresentativo all'avvocato).

2. Passando alla disamina del caso concreto, occorre rimarcare che nella procedura di mediazione attivata su iniziativa del giudice, ai sensi dell'art. 5, comma 4, lett. b), D. Lgs. 28/10, la s.r.l. non è mai comparsa personalmente tramite il proprio legale rappresentante, essendo intervenuto a tutti gli incontri sempre e soltanto il difensore avv. Carlo Colantonio, il quale – peraltro – pur essendo munito di procura speciale notarile, non ha esposto al mediatore alcun giustificato motivo dell'assenza della propria assistita. Benchè l'avvocato della parte istante sia stato reiteratamente sollecitato dal difensore della controparte e dallo stesso mediatore a procurare la presenza personale del legale rappresentante della s.r.l. (cfr. verbali del 03.02.2017 e del 10.02.2017), quest'ultimo non si è mai personalmente presentato dinanzi al mediatore, né per partecipare ai numerosi incontri attraverso i quali si è svolta la procedura di mediazione, né per prendere posizione sulle plurime proposte conciliative formulate tanto dalla parte invitata, quanto dallo stesso mediatore. A fronte della specifica contestazione sollevata, durante l'incontro del 10.02.2017, dal legale rappresentante della società invitata, personalmente presente, l'avv. Colantonio si è limitato a trincerarsi dietro lo scudo formale dell'esistenza di una procura notarile, osservando – testualmente – “di essere dotato di tutti i poteri del caso”.

Orbene, può senza dubbio affermarsi che il contegno assunto dalla parte istante e dal suo avvocato è stato pervicacemente ostile alla possibilità, pure offerta a più riprese dalla controparte, di coltivare proficue occasioni di confronto e di dialogo tra i litiganti ed il mediatore. A causa di tale comportamento, palesemente contrastante con lo spirito della mediazione e arroccato su posizioni di formalistico rispetto della normativa, la parte istante ha impedito il corretto svolgimento della procedura di mediazione, riducendo drasticamente le positive chances di raggiungimento di un accordo amichevole, sicuramente favorite anche da un contegno collaborativo della controparte.

3. Sulla scorta di tutte le considerazioni innanzi esposte,

deve concludersi che la condizione di procedibilità della domanda giudiziale non può ritenersi realizzata, poiché al procedimento di mediazione espletato ai sensi dell'art. 5, comma 4, lett. b), D. Lgs. 28/10, la parte istante ha partecipato tramite un soggetto (il proprio difensore) che non era legittimato a rappresentarla, non valendo a sanare il rilevato difetto di rappresentanza neppure la particolare forma della procura conferita per mezzo di un pubblico ufficiale come il notaio.

4. Quanto al regime delle spese processuali, la novità della questione, l'assenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità sul punto e la natura meramente processuale delle ragioni di reiezione della domanda, costituiscono eccezionali motivi che giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

PER QUESTI MOTIVI

Il Tribunale di Vasto, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta

da s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, nei confronti di s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, disattesa ogni diversa richiesta, eccezione o conclusione, così provvede:

DICHIARA

improcedibile la domanda di cui in epigrafe;

DICHIARA

interamente compensate tra le parti le spese di lite;

MANDA

alla Cancelleria per gli adempimenti di competenza.

COSÌ DECISO IN VASTO, 17.12.2018.

IL GIUDICE

DOTT. FABRIZIO PASQUALE

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-sociali 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.

La “Mediazione forense” Opportunità e ruolo per l’avvocato



Autori: AA.VV.

Curatori: Giampaolo Di Marco e Carlo Mastellone

Prefazione: Francesco P. Luiso

Titolo: La mediazione forense. Opportunità e ruolo dell’Avvocato.

Casa editrice: Giappichelli, Torino, 2018, pp. 295.

Prezzo: 36,00 Euro.

Argomento: Il libro affronta il tema della “mediazione forense” con un approccio molto innovativo che parte dalle “tecniche della negoziazione” e dagli aspetti della comunicazione e relazionali, sottolineando l’esigenza per l’avvocato che svolge il nuovo ruolo di assistenza al cliente nell’ambito del sistema della risoluzione alternativa delle controversie, di dotarsi di competenze interdisciplinari che includono la capacità di fare domande e dell’ascolto, l’approfondimento degli interessi del cliente ed anche della controparte, la gestione delle emozioni, la conoscenza delle dinamiche relazionali.

Caratterizzato da un taglio vivace e pratico, pur trattando anche gli aspetti teorici, il libro offre all’avvocato – cui il libro è destinato – una analisi approfondita delle problematiche da affrontare sia nella fase della preparazione del cliente all’incontro di mediazione, che nella successiva fase di assistenza intorno al tavolo della trattativa. Queste tematiche vengono affrontate unendo le stesse alla normativa specifica di riferimento, il D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28, al fine di consentire al lettore un’analisi utile ad affrontare le questioni che possano presentarsi in sede di svolgimento del procedimento.

Non mancano, poi, spunti di riflessione sul delicato tema della deontologia, dell’ammissione al patrocinio a spese dello Stato e delle proposte di miglioramento dell’istituto sia in ragione del crescente interesse della giurisprudenza verso questi strumenti e verso un sistema “giurisprudenziale” o una “giurisprudenzializzazione” di tali istituti, sia per la necessità di fornire agli avvocati spunti di riflessione sistematici utili all’autonomia negoziale fuori dal processo.

I temi vengono, quindi, affrontati attraverso le varie fasi del procedimento di mediazione: comunicazione, negoziazione, fase di avvio, fase svolgimento, fase di accordo cercando di riferire a ciascuna di esse anche le ricostruzioni e le indicazioni pervenute dalla giurisprudenza in questi anni. Il Testo vuole, quindi, tentare un approccio teorico-pratico alla mediazione ricostruendo, altresì, i vari passaggi giurisprudenziali che ne hanno tracciato le linee.