

Gianfranco Di Rago

La mediazione e le professioni tecniche

RUOLO DELLE PARTI, TECNICHE ED ESITI DEGLI INCONTRI DI MEDIAZIONE

- Le controversie in materia di compravendita immobiliare
- La mediazione nelle controversie condominiali
- La mediazione nelle controversie in materia successoria

Conforme a quanto disposto dal D.Lgs. n. 28/2010 come modificato dalla Legge n. 98/2013 di conversione del c.d. "Decreto del Fare"

SOFTWARE INCLUSO

PRINCIPALI NORME DI RIFERIMENTO

Glossario (principali termini tecnico-normativi)

F.A.Q. (domande e risposte sui principali argomenti)

Test (verifica della formazione di base e dei concetti analizzati)



eBook di www.lavoripubblici.it

**GRAFILL**

Gianfranco Di Rago

LA MEDIAZIONE E LE PROFESSIONI TECNICHE

ISBN 13 978-88-8207-555-2

EAN 9 788882 075552

eBook, 45

Prima edizione, maggio 2014

© **GRAFILL S.r.l.**

Via Principe di Palagonia, 87/91 – 90145 Palermo

Telefono 091/6823069 – Fax 091/6823313

Internet <http://www.grafill.it> – E-Mail grafill@grafill.it

Tutti i diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica e di riproduzione sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere riprodotta in alcuna forma, compresi i microfilm e le copie fotostatiche, né memorizzata tramite alcun mezzo, senza il permesso scritto dell'Editore. Ogni riproduzione non autorizzata sarà perseguita a norma di legge. Nomi e marchi citati sono generalmente depositati o registrati dalle rispettive case produttrici.

INDICE

1. LA MEDIAZIONE	p.	1
1.1. La composizione dei conflitti: <i>Alternative Dispute Resolution (ADR)</i>	"	1
1.2. Gli elementi caratterizzanti della mediazione.....	"	3
1.3. Il D.Lgs. n. 28/2010, l'intervento della Corte Costituzionale e la Legge n. 98/2013 di conversione del c.d. "Decreto del Fare"	"	5
1.3.1. Le definizioni del D.Lgs. n. 28/2010	"	7
1.3.2. Ambito soggettivo e oggettivo della mediazione.....	"	9
1.3.3. Come scegliere l'organismo di mediazione: il nuovo criterio della competenza territoriale.....	"	10
1.3.4. Il contenuto dell'istanza di mediazione	"	12
1.3.5. La mediazione c.d. obbligatoria.....	"	13
1.3.6. La durata della mediazione	"	16
1.3.7. La procedura di mediazione.....	"	16
1.3.8. Il ruolo dell'avvocato in mediazione	"	19
1.3.9. Il nuovo accordo di conciliazione: natura ed effetti.....	"	22
1.3.10. I costi della mediazione.....	"	26
1.3.11. Le ricadute processuali del mancato accordo	"	27
 2. IL PROFESSIONISTA TECNICO COME MEDIATORE, COME AUSILIARIO DI PARTE, COME PERITO DELLE PARTI IN MEDIAZIONE	"	30
2.1. Il professionista tecnico e la mediazione	"	30
2.2. Il professionista tecnico come mediatore.....	"	30
2.2.1. Come si diventa mediatore.....	"	33
2.3. Il professionista tecnico come ausiliario delle parti in mediazione.....	"	35
2.4. Il professionista tecnico come perito in mediazione.....	"	37
 3. ESEMPI DI MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE DI CONTENUTO TECNICO	"	39
3.1. Premessa	"	39
3.2. Le controversie in materia di compravendita immobiliare.....	"	39
3.2.1. L'avvio della mediazione	"	40
3.2.2. La gestione del tentativo di mediazione.....	"	45
3.2.3. L'esito della procedura di mediazione	"	47
3.3. La mediazione delle controversie condominiali	"	50
3.3.1. La gestione della controversia tecnica	"	52

3.4.	La mediazione nelle controversie in materia successoria	p.	54
3.4.1.	L'intervento del consulente tecnico delle parti	"	55
3.4.2.	L'accordo di conciliazione	"	57
3.4.3.	Il mancato accordo	"	59
APPENDICE LEGISLATIVA		"	60
↳	Testo del D.Lgs. n. 28/2010 come modificato dalla Legge n. 98/2013 di conversione del c.d. Decreto del Fare	"	60
↳	Testo del D.M. n. 180/2010 – Registro degli organismi di mediazione ed elenco dei formatori per la mediazione	"	76
↳	Testo del D.M. n. 145/2011 – Regolamento recante modifiche al D.M. n. 180/2010	"	88
INSTALLAZIONE DEL SOFTWARE ALLEGATO		"	96
Introduzione		"	96
Requisiti minimi hardware e software		"	96
Installazione ed attivazione del software		"	96

LA MEDIAZIONE

1.1. La composizione dei conflitti: *Alternative Dispute Resolution (ADR)*

L'arte della composizione dei conflitti interpersonali rappresenta indubbiamente una delle prime attività alle quali si è dedicato l'uomo dal momento in cui ha cominciato a vivere all'interno di una società (la famiglia, la comunità locale, ecc.). Proprio perché l'essere umano è impossibilitato a provvedere autonomamente ai propri bisogni e, spesso, questi risultano in contrapposizione con gli interessi di terzi, la risoluzione amichevole delle liti ha sempre rappresentato (insieme alla lotta) uno dei mezzi per provvedere al loro soddisfacimento.

In Italia e, più in generale, in Europa, la gestione dei conflitti ha quasi sempre avuto come sbocco naturale il procedimento giurisdizionale statale, sulla base dell'illustre precedente rappresentato dall'organizzazione giudiziaria dell'impero romano. Di conseguenza, anche le forme di composizione delle controversie di tipo non giurisdizionale sono state assorbite in vario modo nel processo, etichettate generalmente come forme di conciliazione (giudiziale).

Per individuare un sistema di risoluzione delle controversie indipendente dalla giurisdizione statale bisogna invece trasferirsi oltre oceano. È, infatti, negli Stati Uniti che si sono affermate le prime forme di giustizia privata, alternativa a quella ordinaria, sulla base di un articolato movimento culturale che ha portato alla nascita dei sistemi di risoluzione delle controversie conosciuti con l'acronimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Dagli Stati Uniti il movimento di ADR si è ben presto diffuso in Europa, cominciando a mettere radici in Gran Bretagna. In questo paese, nonostante le forti resistenze iniziali del sistema giudiziario, si sono velocemente diffusi centri, sia privati che pubblici, per la gestione alternativa delle controversie, sia americani che autoctoni. Anche il legislatore inglese ha infine preso atto della diffusione delle procedure di ADR e dell'opportunità di integrarle appieno nell'ordinamento giudiziario interno. Percorso analogo, seppur con caratteristiche differenti, è stato compiuto in Francia, ove la *médiation* ha iniziato lentamente ad affermarsi come strumento di composizione estragiudiziale delle liti (e anche in questo paese si è affermato un modello di conciliazione delegata). L'onda lunga del movimento dell'ADR è poi giunta anche negli altri paesi europei e nel cuore delle istituzioni comunitarie.

L'Unione Europea ha fornito un forte impulso alla diffusione degli strumenti di ADR. L'attenzione degli organi comunitari si è incentrata in particolare sulla c.d. giustizia dei consumatori, ossia sulle forme di micro-conflittualità di tipo commerciale. Le linee principali di questa nuova strategia erano già presenti nel *memorandum* della Commissione europea presentato al Consiglio nel 1985, nel quale si affermava che l'effettività delle tutele accordate ai consumatori dipendeva fortemente dalla facilità e dalla velocità di accesso alla giustizia.

Successivamente, sulla base di una ricerca condotta all'inizio del 1993 da studiosi appartenenti a tutti i paesi dell'Unione, la Commissione europea approvava il c.d. Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia, pubblicato a Bruxelles il 16 novembre 1993, dal titolo "*L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consu-*

mo nell'ambito del mercato unico". In questo programma hanno trovato spazio le procedure di ADR come strumenti alternativi ai metodi tradizionali di risoluzione delle controversie, in grado di facilitare l'accesso dei consumatori alla giustizia. Con la Raccomandazione n. 98/257/Ce del 30 marzo 1998 la Commissione europea ha quindi dettato i principi applicabili alle procedure per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

Quindi, in data 4 aprile 2001, la Commissione europea ha emanato la Raccomandazione n. 2001/310/CE, identificando i principi che devono essere rispettati da tutti gli organi terzi responsabili delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo:

- a) imparzialità;
- b) trasparenza;
- c) efficacia;
- d) equità.

Nel 2002 la Commissione europea aveva poi adottato un Libro verde relativo ai "*modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*", che ha influenzato fortemente anche il dibattito in corso nel nostro paese in tema di conciliazione extragiudiziale. Occorre inoltre rilevare come, con il Libro verde, l'attenzione del legislatore comunitario si sia spostata dall'ambito meramente consumeristico a una più ampia visione delle ADR come strumento di risoluzione delle controversie commerciali.

Successivamente, nel 2008, proprio per risolvere alcuni degli aspetti poco chiari rimasti sul tappeto e nel contempo incoraggiare l'accesso ai metodi di ADR, garantendo un'equilibrata relazione con il procedimento giudiziario, il Parlamento e il Consiglio europei hanno approvato una nuova direttiva (n. 2008/52/CE del 21/05/2008, pubblicata sulla Gazzetta UE 24/05/2008, n. 316) relativa ad alcuni specifici aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, che ha imposto agli Stati membri l'introduzione di una specifica disciplina in materia di conciliazione delle controversie transnazionali con termine per l'adempimento al 21 maggio 2011.

Dal punto di vista delle definizioni la direttiva europea ha utilizzato esclusivamente il termine "*mediazione*", ma subito ha avvertito che per essa si intende "*(...) un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione (...)*", tenendo quindi conto delle differenti terminologie utilizzate a livello nazionale. La direttiva in questione ha quindi imposto agli Stati comunitari di incoraggiare all'interno del proprio ordinamento la diffusione della mediazione e l'elaborazione di appositi Codici di autoregolamentazione da parte dei mediatori e degli organismi di mediazione, in modo da garantire che le procedure vengano gestite in maniera efficace, imparziale e competente. Gli Stati membri sono quindi stati chiamati ad assicurare che le parti abbiano la possibilità di ottenere la dichiarazione di esecutività degli accordi stipulati in sede di mediazione, a meno che sia la stessa legge nazionale a escludere detta possibilità. La direttiva ha insistito particolarmente sul carattere di riservatezza che deve necessariamente contraddistinguere la procedura di mediazione, salvaguardando il mediatore e i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento da eventuali futuri obblighi di testimonianza. La medesima direttiva comunitaria ha quindi chiarito come la scelta delle parti di avvalersi della mediazione non possa compromettere il diritto di adire successivamente l'autorità giudiziaria o un arbitro, anche dal punto di vista dei termini di prescrizione e decadenza. Da ultimo la direttiva, anticipando il D.Lgs. n. 28/2010, adottato dal governo italiano in esecuzione della legge delega n. 69/2009, ha ribadito la sovranità nazionale dei singoli Stati membri nello scegliere se rendere o meno obbligatoria la mediazione delle liti così come nel valutare se individuare eventuali incentivi o sanzioni collegate all'utilizzo

della stessa, a condizione che non venga pregiudicato il diritto dei contendenti ad accedere al sistema giudiziario.

1.2. Gli elementi caratterizzanti della mediazione

Con la mediazione, superando le logiche avversariali tipiche del processo, le parti in lite si concentrano non più sull'attribuzione di torti e ragioni, ma sul ventaglio delle possibili soluzioni accettabili da entrambe che possano chiudere con la massima soddisfazione la controversia insorta. L'accordo conciliativo nasce infatti dalla volontà delle parti, alle quali si affianca un terzo imparziale, il cui ruolo è principalmente di tipo compositivo. La mediazione presuppone quindi l'esistenza di un rapporto giuridico controverso.

Si possono individuare tre caratteristiche fondamentali, tra loro interdipendenti e indissolubilmente legate, che caratterizzano fortemente l'istituto della mediazione: la volontarietà, la presenza di un terzo compositore privo di autonomo potere giudicante, la riservatezza (o confidenzialità).

a) La volontarietà

La prima caratteristica della mediazione risiede nella volontarietà. Per meglio dire, nella libera scelta delle parti di raggiungere o meno un accordo una volta iniziato il tentativo di mediazione. Non a caso si parla di "tentativo". In questo caso, infatti, non vi è e non vi può essere alcuna imposizione alle parti in lite al fine di farle aderire a una determinata soluzione o di fare loro accettare una via negoziale che non si ritiene (o non si ritiene più) vantaggiosa. In ogni momento le parti devono essere libere di alzarsi dal tavolo delle trattative senza che questo comporti per loro alcuna conseguenza. Questo aspetto distingue la mediazione da qualunque altra forma di risoluzione delle controversie di tipo tradizionale. Essa esiste solo con la volontà delle parti di raggiungere un accordo. Vedremo in seguito come il D.Lgs. n. 28/2010 abbia introdotto delle significative quanto criticabili novità sul punto, introducendo numerosi casi di mediazione c.d. obbligatoria.

b) La presenza del terzo neutrale

Il secondo elemento caratterizzante della mediazione è poi quello per cui alle parti, nella ricerca di una soluzione alla lite, si affianca un soggetto terzo imparziale (il mediatore) con facoltà compositive e privo di facoltà impositivo-coercitive. La mediazione, quindi, non è fatta esclusivamente dalle due (o più) parti in lite (differenziandosi in ciò dalla semplice negoziazione), bensì dall'intervento di un terzo che aiuta i litiganti a raggiungere un accordo senza però poter decidere la controversia (differenziandosi in ciò dal giudizio ordinario come dall'arbitrato). Nella mediazione le parti cercano di trovare un accordo con l'aiuto di un terzo, ma tale aiuto non potrà mai sfociare nella decisione della controversia. Il mediatore, infatti, non decide la ragione e il torto delle parti, ma le aiuta soltanto a esplorare ipotesi e opzioni di accordo, senza mai poterle vincolare a una sua idea o soluzione.

c) La riservatezza

La riservatezza (o confidenzialità) opera sotto un duplice profilo, esterno e interno alla mediazione. Verso l'esterno, la mediazione è refrattaria a qualunque forma di passaggio e diffusione di informazioni. La stessa esistenza del procedimento resta tendenzialmente sconosciuta ai terzi,

al contrario del giudizio ordinario, che è pubblico per definizione. Nulla poi di quanto detto in mediazione può inoltre essere oggetto di successiva rivelazione (neppure in un eventuale, futuro, giudizio). La riservatezza e confidenzialità operano poi anche verso l'interno del procedimento, che è riservato in ogni sua fase. Nulla di quanto detto in via riservata al mediatore nel corso di un incontro di mediazione potrà essere da questi riferito all'altra parte senza l'esplicito consenso di chi ha fornito determinate informazioni. Si tratta di un'ulteriore garanzia per l'efficacia della procedura.

d) Altre caratteristiche della mediazione

Agli elementi di cui sopra devono essere poi affiancate altre caratteristiche che, pur non rappresentando parti essenziali della mediazione, ne costituiscono qualificanti e determinanti corollari: la natura privatistica dell'istituto, l'informalità e la flessibilità della procedura, la terzietà dell'ente che amministra la mediazione (vedremo più avanti che il D.Lgs. n. 128/2010 definisce tali enti "organismi di mediazione").

La natura privatistica della mediazione rappresenta la chiave di lettura per comprendere la corretta dimensione dell'istituto e per offrire una risposta conseguente a una serie di domande che nascono spontanee dalla trattazione dell'argomento. La mediazione è infatti slegata (o dovrebbe essere tale) da qualunque logica del procedimento giurisdizionale e da qualsivoglia preoccupazione processual-civilistica. Argomenti quali "il rispetto dei termini", "il principio del contraddittorio" e, addirittura, "la decisione del mediatore", non dovrebbero mai trovare spazio in una trattazione sulla mediazione. Vedremo, però, che a causa delle particolari disposizioni introdotte dal D.Lgs. n. 28/2010 le parti in lite devono oggi riflettere con molta attenzione sia sulle ipotesi nelle quali la mediazione è condizione per poter accedere al processo sia sulle ricadute processuali della mediazione.

L'informalità della mediazione, che deriva direttamente dalla natura privatistica dell'istituto, ne rappresenta poi il corollario operativo più valido ed efficace. Nulla di ciò che accade nel corso di una mediazione è o deve essere codificato. Al mediatore è attribuito generalmente un (unico) potere: quello di dirigere il procedimento, ossia la facoltà di assegnare i ritmi e i tempi alla procedura, nei limiti di quanto voluto e richiesto dalle parti. La mediazione vive di flessibilità. Si potrebbe dire che ogni regola, ogni strada intrapresa dal mediatore è fatta apposta per essere rivista un attimo dopo, se si dimostra inefficace rispetto all'obiettivo della procedura: aiutare le parti in lite a dirimere il conflitto che le divide.

La mediazione sposta l'attenzione dei litiganti dagli eventi del passato e dalle "posizioni" (ovvero dalle motivazioni formali che sorreggono la richiesta controversa) verso il realismo del presente e le necessità del futuro, provando a fare emergere i reali "bisogni" e "interessi" delle parti. Conciliare una lite significa, infatti, cercare di raggiungere un accordo spingendosi oltre la mera rappresentazione di posizioni ritenute (più o meno) fondate, alla luce di come si sono svolti i fatti nel passato e di come gli stessi possono essere riletti e interpretati con categorie prettamente giuridiche.

e) La questione terminologica

Anche in Italia, analogamente a quanto accaduto negli altri Paesi, si verificata una notevole confusione a livello terminologico che ha rischiato di compromettere l'utilizzo degli strumenti di ADR.

I termini anglosassoni *mediation* e *conciliation*, infatti, al di là della possibilità o meno di tracciare una netta linea di demarcazione fra i due istituti nei rispettivi sistemi giuridici, non possono essere tradotti con un semplice rimando alle espressioni italiane *mediazione* e *conciliazione*. E questo perché nel nostro ordinamento giuridico questi termini fanno riferimento a istituti molto diversi tra di loro e rispetto agli omologhi anglofoni.

Il termine *conciliazione*, nel senso di attività, viene spesso utilizzato come sinonimo di *negoziiazione* (la *negotiation* anglosassone). Mentre nel senso di risultato viene spesso usato anche il termine *transazione*. Inoltre, con l'espressione *conciliazione*, storicamente, ci si riferisce in primo luogo alle procedure giurisdizionali con le quali il giudice o un suo delegato propongono alle parti una soluzione transattiva della controversia, all'interno o all'esterno del processo.

Alla luce di questo breve *excursus* diventa viepiù evidente la necessità di fare maggiore chiarezza nell'utilizzo della terminologia, in modo da individuare un'espressione comunemente accettata per descrivere il fenomeno oggetto della presente trattazione.

Generalmente in Italia, per tacita convenzione, almeno fino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 28/2010, del quale si parlerà diffusamente nei prossimi capitoli, il termine *mediazione* nell'ambito dei sistemi di risoluzione delle controversie è utilizzato, nonostante il rischio di confusione con il diverso istituto civilistico, per indicare quel sistema informale di gestione e composizione dei conflitti a opera di terzi imparziali che assistono le parti in materia familiare, sociale, scolastica e penale.

Con il termine *conciliazione*, invece, si allude ai procedimenti di risoluzione delle controversie nell'ambito delle materie civili, commerciali e di lavoro, con un'ulteriore sottodistinzione fra *conciliazione giudiziale* (laddove è il giudice a svolgere il tentativo di conciliazione) e *conciliazione extragiudiziale* (in cui il compito di svolgere il tentativo di conciliazione è attribuito a un soggetto esterno all'ordinamento giudiziario).

Quest'ultima, alla stregua della dottrina maggioritaria formatasi sul tema prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 28/2010, poteva dunque essere definita come segue: “*un sistema di risoluzione delle controversie volontario attraverso il quale due (o più) soggetti in lite cercano di raggiungere un accordo che ponga fine alla controversia. Il tentativo viene condotto con l'ausilio di un terzo imparziale – il conciliatore – con il compito di assistere le parti nella negoziazione facilitando il raggiungimento di un accordo*”.

Con il D.Lgs. n. 128/2010 si è quindi giunti finalmente a una definizione legislativa organica del fenomeno, operando una netta distinzione tra *mediazione* (il procedimento volto alla risoluzione di una lite) e *conciliazione* (il risultato di detto procedimento).

L'art. 1 del decreto legislativo del 2010 dispone infatti che per *mediazione* debba intendersi “*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale finalizzata ad assistere due soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche mediante la formulazione della proposta per la risoluzione della stessa*”, mentre per *conciliazione* “*la composizione della controversia a seguito dello svolgimento della mediazione*”.

1.3. Il D.Lgs. n. 28/2010, l'intervento della Corte Costituzionale e la Legge n. 98/2013 di conversione del c.d. “Decreto del Fare”

Il D.Lgs. n. 28/2010, adottato dal Governo sulla base della delega legislativa contenuta nella Legge n. 69/2009 di riforma del Codice di Procedura Civile, ha rappresentato come detto un

punto di svolta per l'intero movimento delle ADR in Italia. Molte delle disposizioni introdotte, anche se in gran parte mutate dal precedente D.Lgs. n. 5/2003 in materia di liti societarie, hanno infatti rappresentato una novità assoluta rispetto alla tradizione della mediazione in Italia.

Il D.Lgs. n. 28/2010 contiene molti aspetti apprezzabili in materia di mediazione, ma ha generato anche numerose perplessità, in gran parte acute dal successivo regolamento di attuazione di cui al decreto del Ministero della Giustizia n. 180/2010.

In primo luogo è importante evidenziare come l'obiettivo del legislatore delegato sia stato quello di disciplinare la composizione delle controversie civili e commerciali in termini generali, dopo che per molti anni la conciliazione extragiudiziale è stata oggetto di interventi normativi in ambiti settoriali, quali la sub-fornitura, le controversie telefoniche, l'ambito societario, ecc. ecc..

Tuttavia molte delle scelte compiute dal legislatore delegato in tema di mediazione, e forse l'idea stessa di scommettere con tanta forza su questo strumento, si spiegano soprattutto con un intento di deflazione del carico del contenzioso civile, ovvero con lo scopo di costruire un potente filtro all'accesso di nuove controversie nelle aule dei tribunali. Si pensi, ad esempio, all'insistenza su un modello di mediazione spiccatamente valutativo (nel quale cioè il mediatore è chiamato in un gran numero di casi a formulare alle parti una propria proposta conciliativa), così come all'introduzione di molte ipotesi nelle quali la mediazione è diventata condizione di procedibilità del giudizio. Fin d'ora si può comunque osservare come dette finalità di deflazione del contenzioso civile abbiano condotto all'introduzione di disposizioni normative di dubbia opportunità nell'ottica della diffusione e dell'efficacia dello strumento della mediazione. La situazione rischia ora di essere ulteriormente aggravata dalle nuove disposizioni introdotte dalla Legge n. 98/2013 di conversione del c.d. Decreto del Fare.

E, infatti, la Corte Costituzionale, con sentenza del 24 ottobre 2012 n. 272, aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 28/2010 e, in via consequenziale, ex art. 27 della legge costituzionale 11 marzo 1953 n. 87, di una pluralità di disposizioni connesse del medesimo provvedimento legislativo. La declaratoria di illegittimità era avvenuta per eccesso rispetto alla delega contenuta nell'art. 60 della Legge n. 69/2009. Si legge, in particolare, nella motivazione della predetta sentenza che la c.d. mediazione obbligatoria *“delinea un istituto a carattere generale, destinato ad operare per un numero consistente di controversie, in relazione alle quali, però, [...], il carattere dell'obbligatorietà per la mediazione non trova alcun ancoraggio nella legge delega”*.

Quanto sopra ha evidentemente comportato una grave fase di stallo del nuovo strumento della mediazione, essendo evidente come quella obbligatoria funzionasse da vero e proprio traino per quella volontaria. Di qui la necessità di un intervento correttivo di tipo normativo, sollecitato da più parti, che non è arrivato prima anche a causa della caduta del Governo Monti e delle successive elezioni per la nomina del nuovo Parlamento. Il nuovo Governo Letta, con l'approvazione del predetto Decreto del Fare, ha quindi emanato una nuova normativa che, all'art. 23, non si è limitata a reintrodurre la mediazione c.d. obbligatoria, ma ha anche previsto nuove e significative novità, soprattutto con la successiva conversione in legge del decreto.

Passiamo quindi a illustrare nel dettaglio che cos'è e come funziona la mediazione, attraverso un'analisi più approfondita del contenuto del D.Lgs. n. 28/2010 e del D.M. n. 180/2010, come modificati dalla Legge n. 98/2013.

1.3.1. *Le definizioni del D.Lgs. n. 28/2010*

a) La mediazione

L'art. 1, comma 1, lettera *a*), del D.Lgs. n. 28/2010, così come modificato dalla Legge n. 98/2013, definisce ora la mediazione come “*l'attività, comunque denominata, svolta da un soggetto terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con la formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*”.

Le differenze fra le due diverse impostazioni della procedura di mediazione sottese alla definizione in questione appaiono evidenti: nel primo caso la mediazione è finalizzata esclusivamente a facilitare le parti nel raggiungimento dell'accordo, senza assegnare al mediatore alcun compito o potere ulteriore (c.d. *mediazione facilitativa*). Nel secondo caso, invece, all'aspetto facilitativo si aggiunge, peraltro non in via subordinata, ma a livello esattamente paritario, l'aspetto valutativo. Il mediatore, infatti, può essere chiamato anche a formulare una proposta alle parti per la risoluzione del conflitto (c.d. *mediazione valutativa*). L'attività del mediatore ha dunque la possibile e duplice finalità di assistere le parti nel raggiungere l'accordo amichevole e anche nella formulazione di una proposta.

La distinzione tra mediazione facilitativa e valutativa consiste appunto nel ruolo, più o meno attivo, svolto dal mediatore ai fini della soluzione della lite. Nel primo caso, infatti, il mediatore si pone soltanto l'obiettivo di ristabilire il canale comunicativo fra le parti in lite e di gestire la negoziazione fra le stesse, allo scopo di porre in essere tutte quelle condizioni che nel caso concreto possano facilitare il raggiungimento di un accordo. Nella seconda ipotesi, invece, il mediatore, sulla base degli elementi acquisiti durante la fase di ascolto delle parti, formula egli stesso una o più proposte di risoluzione della controversia sulle quali le parti possono o meno raggiungere un accordo.

La differenza è fondamentale: nella prima ipotesi l'accordo è interamente frutto dell'attività delle parti in lite, mentre nel secondo caso queste ultime sono semplicemente messe in condizione di accogliere o meno la proposta formulata dal mediatore.

È vero che nella pratica è il più delle volte impossibile operare una netta distinzione tra facilitazione e valutazione, perché il mediatore, nell'attività di ascolto delle parti, può indirettamente portarle ad accettare una tesi piuttosto che un'altra e quindi indirizzarle verso una determinata forma di composizione degli interessi in contrasto. È anche vero che la procedura di mediazione inizia (o dovrebbe iniziare) con un approccio esclusivamente facilitativo da parte del mediatore per poi tendenzialmente declinare verso una lettura man mano più valutativa degli interessi contrapposti.

La fase valutativa dovrebbe però rimanere tendenzialmente *subordinata* a quella facilitativa, nel senso che il mediatore dovrebbe intervenire con la formulazione di una proposta soltanto nel caso in cui le parti non siano riuscite autonomamente a trovare un accordo.

Il rischio è infatti quello che la fase valutativa, una volta posta sullo stesso piano di quella facilitativa, tenda a diventare predominante. Bisogna infatti riflettere sul fatto che è molto più facile per il mediatore, così come per qualsiasi individuo, emettere un proprio giudizio, evidenziare un proprio parere, proporre una propria soluzione della questione controversa sulla base degli elementi offerti dalle parti in lite. Costa invece maggiore fatica, ed è necessaria una buona dose di pazienza e di autocontrollo, limitarsi ad ascoltare le parti e a gestire la loro comunica-

zione senza intervenire direttamente e quasi nascondendo la propria presenza durante l'incontro. Si tratta di un'operazione che richiede tempi lunghi e molto allenamento. Laddove, al contrario, emettere giudizi è considerata (spesso a torto) un'attività molto più semplice e gratificante (un altro aspetto importante sul quale riflettere è il rischio che il mediatore si faccia sedurre da smanie di protagonismo).

Sulla base di queste osservazioni e di quanto si è detto in precedenza sulle finalità deflative della disciplina della mediazione di cui al D.Lgs. n. 28/2010, comincia ad apparire man mano sempre più evidente il rischio che il mediatore si concentri esclusivamente sul risultato della mediazione, inteso erroneamente come il raggiungimento dell'accordo, tralasciando tutta quella parte facilitativa della procedura, che costa tanta fatica e tempo, per arrivare subito a formulare alle parti una proposta transattiva.

In tal modo si apre la porta alla possibilità che possa dirsi mediatore anche chi, per ipotesi, non tenti alcuna attività di facilitazione del dialogo, di organizzazione della comunicazione o di gestione del conflitto e del negoziato, ma si limiti semplicemente a fornire ai litiganti una propria valutazione della questione controversa, sulla scorta di quanto riportato dalle parti e sulla base delle proprie specifiche competenze tecniche.

b) Il mediatore

La definizione legislativa di mediatore ha invece aperto qualche interessante prospettiva di sviluppo che, all'opposto, va giudicata molto positivamente.

In primo luogo si chiarisce che il mediatore può essere solo una persona fisica (diversamente, come vedremo a breve, il soggetto che fornisce sul mercato il servizio di mediazione può essere soltanto una persona giuridica, il c.d. organismo di mediazione). Tra l'altro, come specificato dal D.M. n. 108/2010, l'attività del mediatore è strettamente personale e non può essere mai oggetto di delega.

Si specifica, inoltre, che l'attività di mediazione può essere svolta anche collegialmente. La figura del co-mediatore può infatti rappresentare una soluzione particolarmente innovativa per la gestione di alcuni casi di particolare complessità, vuoi per l'elevato numero di parti coinvolte vuoi per la specifica natura tecnica delle controversie, che potrebbe rendere necessario il contributo di più esperti.

c) L'organismo di mediazione

Come si diceva in precedenza, l'organismo di mediazione, che può essere sia pubblico sia privato, è l'unico soggetto autorizzato a offrire sul mercato il servizio di mediazione (ai fini e con le conseguenze di cui al d.lgs. 28/2010). La vera novità dell'impostazione voluta dal legislatore è stata appunto quella di aprire ai privati la gestione del servizio di mediazione. È questa una delle chiavi di volta che potrebbe garantire la diffusione e il successo di questo strumento, ma che allo stesso tempo potrebbe creare qualche problema di snaturamento dell'istituto, laddove si dovesse porre eccessiva attenzione al risultato della procedura (ovvero all'accordo) per esigenze di business o di marketing.

d) Il registro degli organismi di mediazione

Parallelamente a quanto avveniva nel regime introdotto dal D.Lgs. n. 5/2003 in materia di controversie societarie, anche il D.Lgs. n. 28/2010 ha previsto l'istituzione di uno specifico re-

gistro presso il Ministero della Giustizia (consultabile sul sito Internet ministeriale, all'indirizzo www.giustizia.it). La fornitura del servizio di mediazione da parte dell'organismo è quindi subordinata all'iscrizione nel predetto registro, che è assentita dal Ministero previa verifica di una serie di requisiti stabiliti in modo specifico dal dm 180/2010.

e) Le indennità

L'indennità consiste nel corrispettivo che i privati utenti del servizio di mediazione sono tenuti a versare all'organismo sulla base della tabella che ciascun ente avrà adottato e che sarà stata autorizzata dal Ministero della Giustizia contestualmente all'iscrizione nel predetto registro.

1.3.2. Ambito soggettivo e oggettivo della mediazione

L'art. 2 del D.Lgs. n. 28/2010 produce un significativo cambiamento di prospettiva nell'uso della mediazione, che non è più strumento destinato alla gestione di specifici settori. Occorre evidenziare infatti come, dal punto di vista soggettivo, qualsiasi soggetto possa accedere alla mediazione.

Questo aspetto ci porta a introdurre due importanti considerazioni. Da una parte, ponendosi dall'angolo visuale dei privati, non si può non apprezzare la qualificazione della mediazione come rimedio a carattere generale, aperto a tutti i cittadini e alle imprese. Dall'altra, dal punto di vista di chi offre sul mercato il servizio di mediazione, ovvero degli organismi, non si può non evidenziare come questi potrebbero essere di fatto obbligati ad accettare qualsiasi richiesta di mediazione, ovviamente nei limiti di quanto previsto dall'ordinamento, non potendo rifiutare, se non per giustificato motivo, un'istanza che sia stata correttamente presentata dal privato. Il discorso in questione acquista maggiore rilievo soprattutto nei casi in cui la mediazione è diventata per legge condizione di procedibilità del processo, laddove il rifiuto dell'organismo di avviare la procedura richiesta dal privato esporrebbe lo stesso a maggiori difficoltà nell'accesso alla giustizia (diritto costituzionalmente tutelato, ex art. 24 Cost.).

Un esempio significativo a tal proposito, che ben si lega a entrambi gli aspetti ora messi in rilievo (accesso generalizzato alla mediazione, soprattutto nei casi in cui essa sia "obbligatoria", garanzia del diritto costituzionale di difesa, obbligo dell'organismo di fornire il relativo servizio), è quello del diritto alla difesa dei cittadini meno abbienti.

È noto che la legge prevede la possibilità per i cittadini meno fortunati, che dichiarino un reddito annuale inferiore a una certa cifra, di tutelare giudizialmente i propri interessi con la possibilità di fare rimanere in capo allo Stato i relativi costi (contributo unificato, marche da bollo, costi della notificazione dell'atto, diritti e onorari del legale). Ebbene, l'art. 17, comma 5-bis, del D.Lgs. n. 28/2010 modificato dalla Legge n. 98/2013 ha espressamente disposto che nei casi di mediazione obbligatoria il cittadino meno abbiente abbia gli stessi diritti, potendo quindi avvalersi dello strumento conciliativo a costo zero. Con un'importante differenza, tuttavia: i relativi costi (limitatamente alle indennità, ovvero al corrispettivo della mediazione) restano a carico dell'organismo, che non viene in alcun caso rimborsato dallo Stato.

La previsione in parola si spiega con la necessità di "salvare" l'istituto della mediazione obbligatoria da più che fondate censure di incostituzionalità legate all'impossibilità di accedere alla giustizia ordinaria per i ceti meno abbienti, ma è evidente come in questi casi il costo sociale della disposizione di legge cada interamente sulle spalle degli organismi di mediazione.

Ebbene, riallacciandosi alle considerazioni svolte in precedenza, appare ovvio che in casi del

genere, nei quali gli organismi avrebbero tutto l'interesse a rifiutare eventuali istanze di mediazione pervenute da soggetti meno abbienti, acquisti maggiore importanza il richiamo alla natura generale dello strumento della mediazione di cui all'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 28/2010, in quanto gli organismi avranno maggiori difficoltà a giustificare il diniego della fornitura del proprio servizio.

Dal punto di vista oggettivo, pur nel riferito quadro di ampia generalizzazione dell'istituto della mediazione, il legislatore delegato ha ritenuto comunque opportuno delimitare l'utilizzo di questo strumento alle controversie civili e commerciali, ovvero a quelle che ruotano attorno a un bene o a un interesse suscettibili di una valutazione economica, e purché il relativo diritto sia disponibile dalle parti.

Si tratta di un'importante precisazione: soltanto se il diritto è disponibile dalla parte in lite, ovvero se quest'ultima lo può "usare", è logico e possibile impegnarsi in una mediazione, perché soltanto in quest'ultimo caso, nell'eventualità di un accordo, si potrà legittimamente disporre del proprio diritto, ad esempio scegliendo di sacrificarlo o di azionarlo soltanto in parte.

Proviamo a introdurre qualche piccolo esempio per meglio intendere che cosa sia la categoria dei diritti indisponibili. Immaginiamo, ad esempio, che un organismo di mediazione si veda recapitare un'istanza congiunta in cui due parti espongano di essere in lite perché una aveva promesso all'altra di cederle un rene per una certa cifra e che poi la stessa si sia rifiutata di sottoporsi all'operazione, pur avendo incassato la somma in questione. In un caso del genere il buon senso, prima ancora che una conoscenza approfondita del diritto, ci dice che un accordo del genere non è corretto e che mai quel soggetto avrebbe potuto realmente promettere di cedere un rene a un altro in cambio di una cifra di denaro. Traffici del genere sono infatti illegittimi, proprio perché una norma di legge, l'art. 5 del Codice Civile, vieta nella maggior parte dei casi gli atti di disposizione del proprio corpo.

È questo, quindi, un tipico esempio di diritto non disponibile, in quanto ciascun soggetto, per ragioni di ordine pubblico e di buon costume, non può disporre completamente dei diritti inerenti la propria integrità fisica. Molti dei diritti indisponibili previsti nel nostro ordinamento sono disciplinati appunto in branche dell'ordinamento maggiormente sensibili a necessità di tutela dell'ordine pubblico e del buon costume: si pensi al diritto di famiglia, alla tutela delle persone incapaci, al diritto delle successioni.

1.3.3. Come scegliere l'organismo di mediazione: il nuovo criterio della competenza territoriale

Con la Legge n. 98/2013 risulta oggi vincolata per le parti la scelta dell'organismo di mediazione, che dovrà per forza avere sede (o una delle sedi) nel luogo in cui si trova il giudice territorialmente competente per la relativa controversia. Si tratta di una modifica di particolare importanza per il sistema della mediazione, in qualche modo anticipata da quanto previsto in modo specifico per le cause condominiali dalla recente legge di riforma n. 220/2012, entrata in vigore lo scorso mese di giugno.

Il vecchio art. 4 del D.Lgs. n. 28/2010 prevedeva infatti la massima libertà per i privati di scegliere l'organismo di mediazione che preferissero, ovviamente tra quelli iscritti nel registro ministeriale, senza fare riferimento a criteri processuali, quale ad esempio quello della competenza per luogo. Del resto sarebbe stato davvero ben strano se, una volta introdotta una procedura del tutto informale a cui le parti potevano partecipare senza il necessario (per quanto