

LE RISOLUZIONI ALTERNATIVE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO E DEI CONTENZIOSI CIVILI TRA OBBLIGATORietà E DISCREZIONALITÀ

(a cura di) Pietro ZAMPARESE*

Sommario: 1. Controversie di lavoro: la concretezza del tentativo di conciliazione e principio del “*favor conciliationis*” (di Giulia Roberti^I e Lucia Martone^{II}). 2. La partecipazione “obbligatoria” al primo incontro di Mediazione civile (di Giovanna Galuppo^{III}). 3. Le spese di avvio del procedimento di mediazione: “dovute” o “non dovute”? (di Marco Mampieri^{IV} e Paolo Capezzuoli^V). 4. La negoziazione assistita (di Anna Franca Carducci^{VI} e Irene Maialetti^{VII}).

* Responsabile e coordinatore Regione Molise dell’Istituto Nazionale per la Mediazione e l’Arbitrato - INMEDIAR (Organismo di Mediazione iscritto al n. 223 del Registro del Ministero della Giustizia) - Formatore dei Mediatori “pratico e teorico” accreditato dal Ministero della Giustizia presso l’Istituto Nazionale per la Formazione Continua - INFCON (Ente di Formazione iscritto al n. 180 dell’Elenco tenuto dal Ministero della Giustizia); Culture della Materia in Storia dei Movimenti e dei Partiti Politici - Università degli Studi del Molise; Docente in discipline giuridiche ed economiche presso Istituti Statali di Istruzione Superiore di Secondo grado.

^I Avvocato, Mediatrice, Formatore dei Mediatori “teorico” accreditato dal Ministero della Giustizia presso l’Istituto Nazionale per la Formazione Continua - INFCON (Ente di Formazione iscritto al n. 180 dell’Elenco tenuto dal Ministero della Giustizia); Culture della Materia in Istituzioni di Diritto Privato e Diritto di Famiglia - Università degli Studi del Molise, Formatrice dei Mediatori accreditata dal Ministero della Giustizia.

^{II} Mediatrice, Docente discipline giuridiche ed economiche Istituti Statali di Istruzione Superiore di Secondo grado.

^{III} Mediatrice professionista, referente Regione Molise dell’Istituto Nazionale per la Mediazione e l’Arbitrato - INMEDIAR (Organismo di Mediazione iscritto al n. 223 del Registro del Ministero della Giustizia).

^{IV} Avvocato, Mediatore professionista, Sindaco Comune di Olevano Romano (Roma).

^V Direzione dell’Istituto Nazionale per la Mediazione e l’Arbitrato - INMEDIAR (Organismo di Mediazione iscritto al n. 223 del Registro del Ministero della Giustizia) e dell’Istituto Nazionale per la Formazione Continua - INFCON (Ente di Formazione iscritto al n° 180 dell’Elenco tenuto dal Ministero della Giustizia).

^{VI} Mediatrice, Ufficiale Giudiziario, U.N.E.P. Tivoli (Roma).

^{VII} Mediatrice, Ufficiale Giudiziario, U.N.E.P. Tivoli (Roma).

1. Controversie di lavoro: la concretezza del tentativo di conciliazione e principio del "favor conciliationis"

Il processo di revisione iniziato nel 1993 che ha interessato il rapporto di lavoro pubblico e privato ed il conseguente passaggio, nel 1998, delle controversie del pubblico impiego dal giudice amministrativo a quello ordinario, ha reso necessaria l'introduzione di forme stragiudiziali di soluzione delle controversie fra datore e prestatore di lavoro, allo scopo di limitare il ricorso all'autorità giudiziaria.

Il legislatore aveva, quindi, previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione sia per le controversie di lavoro pubblico, sia per quelle di lavoro privato da espletarsi prima della proposizione della domanda giudiziale.

L'art. 410 c.p.c. con il tentativo obbligatorio di conciliazione avrebbe dovuto temperare al superiore obiettivo della definizione bonaria della lite ma soprattutto di deflazione all'abnorme carico giudiziale¹. Tuttavia, tali obiettivi non sono stati mai raggiunti.

La sua sostanziale abrogazione, ma non formale, avvenuta con la legge del 4 novembre 2010 n. 183, è stata salutata dalla dottrina con favore².

Le ragioni del fallimento sono molteplici e vanno ricercate più che nell'istituto soprattutto nella prassi; infatti, l'art. 410 c.p.c. disciplinava il tentativo di conciliazione come obbligatorio facendo sì che questo fosse condizione di procedibilità del ricorso all'autorità giudiziaria competente.

Il legislatore attraverso l'obbligo del passaggio alla fase conciliativa aveva auspicato una pronta soluzione bonaria della controversia.

Così non è stato in quanto, da un lato, le parti hanno sempre primariamente spinto per una definizione giudiziale della lite e non

bonaria e, dall'altro, in quanto lo strumento conciliativo non ha mai rappresentato una vera e propria alternativa al giudizio capace di assorbirne i molteplici aspetti. Pertanto una volta scaduti i canonici 60 giorni dalla ricezione dell'istanza, la parte era sostanzialmente "libera" di ricorrere al Giudice; quest'ultimo avrebbe, in ultima analisi, dovuto solamente verificare l'avvenuta decorrenza del termine di cui sopra ai fini della proposizione del ricorso.

In buona sostanza da strumento deflattivo si era passati a strumento di mero intralcio ed a giusta ragione se ne auspicava da più parti l'abolizione.

L'art. 31 della legge del 4 novembre 2010 n. 183 ha riscritto l'art. 410 c.p.c. titolandolo soltanto "tentativo di conciliazione" (eliminando la parola "obbligatorio") e di conseguenza ha abrogato l'art. 412-bis c.p.c. che indicava le conseguenze derivanti dal mancato rispetto di quanto previsto nell'art. 810 c.p.c. oltre ad abrogare gli artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001 che disciplinavano il tentativo obbligatorio per i pubblici dipendenti³.

Ma il legislatore non si è semplicemente limitato a riformare il tentativo di conciliazione facendolo diventare facoltativo, ma ha rivolto le proprie attenzioni sull'arbitrato affiancandolo quale strumento facoltativo alla conciliazione⁴.

I lavoratori che vorranno utilizzare tale strumento però dovranno operare la scelta *ante causam*, in quanto una volta sorta la lite questa potrà essere definita solamente attraverso la via giudiziale. Ulteriore e più incisiva novità è quella che coinvolge l'art. 420 c.p.c, comma 1, n. 4, che integra il testo normativo aggiungendo alle parole "*tenta la conciliazione della lite*", l'inciso "*e formula alle parti una proposta transattiva*".

Tale dettato è da analizzare con il com-

¹ A. BELSITO, *Controversie di lavoro*, Cacucci, Bari, 2012, p. 27.

² M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro; la riforma nel collegato*, in Guida al Lavoro, Il Sole 24 Ore, 26 ottobre 2010.

³ A. BELSITO, *Il lavoro e le sue nuove regole*, Cacucci, Bari, 2010, p. 45.

⁴ E.G. BELSITO - A. MASCIOLI, *Metodi di deflazione del contenzioso: dal tentativo obbligatorio di conciliazione alla mediazione civile*, in *Il diritto dei lavori*, Anno VIII, n. 3, Cacucci, 2014, p. 105.

binato disposto dell'art. 91 c.p.c. (condanna alle spese), come modificato dalla l. n. 69/2009, in quanto qualora il G.d.L. nel dispositivo dovesse accogliere la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo.

Tale innovazione ha rappresentato una vera e propria rivoluzione nel processo del lavoro in quanto il legislatore ha sostanzialmente legittimato il Giudice del Lavoro (già titolare di notevoli poteri nella gestione della lite) ad intervenire legittimamente nella definizione bonaria della stessa, irrompendo con la propria autorità nello smuovere le parti ad addivenire ad un accordo⁵.

A livello teorico l'intento primario del legislatore del collegato lavoro è stato quello di riformare l'ormai obsoleto art. 410 c.p.c., scrostando così il rito del lavoro da inutili accessori; invero la riforma summenzionata ha avuto il notevole pregio di concedere al Giudice un ruolo decisamente più permeante nella definizione della lite quale strumento di deflazione del contenzioso.

In sostanza, aspetto di specialità, rispetto al modello della conciliazione disciplinata all'art. 185 c.p.c. e prevista per il processo ordinario, atteneva essenzialmente al carattere obbligatorio del tentativo: esso si caratterizzava per la sua generalizzata doverosità, dovendo il giudice effettuare l'interrogatorio libero ed il tentativo di conciliazione nei confronti delle parti, chiamate a partecipare obbligatoriamente e personalmente all'udienza.

Tale regime dell'obbligatorietà risultava assai poco stringente: le stesse norme che imponevano il tentativo di conciliazione e l'interrogatorio libero, infatti, omettevano di stabilire le conseguenze della loro violazione.

Con la legge n. 183 del 2010, indicata come Collegato lavoro, il legislatore, probabilmente facendo tesoro della pessima

riuscita che fino a quel momento avevano avuto i tentativi obbligatori nella materia lavoristica - in contro tendenza e nell'ambito della stessa materia e della scelta compiuta dal legislatore del 2010 in materia di Mediazione - abbandona il principio dell'obbligatorietà del tentativo.

Recita adesso l'art. 420 comma 1, come modificato dall'art. 31, comma 4, della legge n. 183/2010 che: *"Nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice interroga liberamente le parti presenti, tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva. La mancata comparizione personale delle parti, o il rifiuto della proposta transattiva del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio"*.

Le parole *"e tenta la conciliazione della lite"* e inoltre, *"senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione"*, sono state introdotte dalla legge n. 183/2010⁶.

Il Collegato lavoro sulla scia del *favor conciliationis* ha, quindi, modificato l'art. 420 per rendere più concreto il tentativo di conciliazione ed anche per avvertire le parti che un loro rifiuto ingiustificato potrebbe essere valutato dal giudice come comportamento non collaborativo ai fini del bonario componimento della controversia.

Le modifiche introdotte dal collegato lavoro si inseriscono nell'ampio processo di modernizzazione del mercato del lavoro finalizzato a un progressivo arretramento dello Stato e della norma inderogabile di

⁵ SANDULLI - A.M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 247.

⁶ La legge n. 183/2010, meglio nota come collegato lavoro, è intervenuta a modificare la disciplina della certificazione dei contratti, della conciliazione e dell'arbitrato, con il chiaro intento di valorizzare la certezza dei rapporti giuridici attraverso l'utilizzo di rimedi alternativi e stragiudiziali per la risoluzione delle controversie di lavoro. Al fine di alleggerire il carico delle cause pendenti dinanzi ai tribunali e ridurre la durata del processo del lavoro è stato rafforzato il ruolo delle commissioni di certificazione. Infatti, nella nuova formulazione, l'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003, precisa che la finalità della certificazione è la riduzione del contenzioso in materia "di lavoro" e non semplicemente di "qualificazione dei contratti di lavoro", come in origine previsto.

legge per la piena valorizzazione delle libere dinamiche delle relazioni industriali e di lavoro⁷.

Il collegato lavoro non solo ha eliminato il tentativo obbligatorio di conciliazione poiché nel periodo in cui è stato imposto non aveva fatto altro che allungare di qualche mese i tempi del processo⁸; ma ha inoltre introdotto nuove forme di arbitrato di lavoro e, più precisamente, tre tipi di arbitrato irrituale accomunati da un medesimo esito, in quanto «*il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato produce gli stessi effetti degli artt. 1372 e 2113, comma 4, del codice civile*» (un lodo, quindi, con efficacia contrattuale e come tale impugnabile ex art. 808-ter c.p.c.)⁹.

2. La partecipazione "obbligatoria" al primo incontro di Mediazione civile

La partecipazione al primo incontro del procedimento di mediazione non è un atto lasciato alla mera volontà della parte invitata, ma rappresenta un preciso obbligo di legge: è al termine dell'incontro preliminare, per il quale non è previsto compenso per l'Organismo di Mediazione e per il Mediatore, che sarà possibile valutare la possibilità di proseguire il procedimento ovvero, in presenza di eventuali motivi ostativi, chiuderlo¹⁰.

⁷ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in G. PROIA - M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, 27.

⁸ Cfr. L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in DRI, 2011, n. 2, 408.

⁹ Cfr. R. MURONI, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in CG, 2011, n. 2, 269 ss.

¹⁰ Tribunale di Firenze, sentenza 15.10.2015 – è attribuito al Mediatore il compito di verificare l'eventuale sussistenza di concreti impedimenti all'effettivo esperimento della procedura e non già quello di accertare la volontà delle parti in ordine alla opportunità di dare inizio alla stessa (causa ostativa oggettiva e non soggettiva). Se così non fosse non si tratterebbe, nella sostanza, di mediazione obbligatoria bensì facoltativa e rimessa al mero arbitrio delle parti con

La partecipazione all'incontro preliminare, proprio perché obbligatoria per legge, non potrà rappresentare in alcun caso ammissione di responsabilità: al contrario, dal rifiuto a presentarsi il Giudice di merito può desumere argomenti di prova a carico della parte assente¹¹.

In merito all'eventuale giustificato motivo di assenza¹², bisogna considerare che la mancata partecipazione al primo incontro di mediazione è considerata giustificata - in analogia con quanto previsto per l'interrogatorio formale nel processo civile e per ormai costante giurisprudenza¹³ In caso di legittimo impedimento o per causa di forza maggiore, ovvero, naturalmente, per la mancata o tardiva comunicazione del luogo, del giorno e dell'ora dell'incontro;

Il Giudice di merito, ai sensi dell'art. 8, comma 1 del sopra citato decreto, dovrà condannare la parte assente ingiustificata al pagamento all'entrata del Bilancio dello Stato di una somma pari al contributo unificato per la controversia;

Le valutazioni di merito discordi da quelle della controparte - discordanza peraltro lapalissiana, dal momento che se così non fosse non si sarebbe instaurata controversia alcuna - non possono in alcun caso costituire giustificato motivo di mancata partecipazione: già più volte il Giudice di merito¹⁴ ha

sostanziale *interpretatio abrogans* del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflattiva.

¹¹ Ai sensi dell'art. 116 c.p.c. (art. 8, comma 5 del d.lgs. 28/2010 come modificato dalla l. 98/2013).

¹² Nel caso in cui il Mediatore non rilevi alcuna causa ostativa al procedimento e le parti presenti, nonostante la valutazione del Mediatore, insistono con la volontà di voler "chiudere il procedimento negativamente" potrà, onde evitare responsabilità professionali ed economiche verso le parti e verso l'Organismo, chiudere il procedimento indicando però nel verbale "di esito negativo" di aver rilevato l'assenza di causa ostativa oggettiva e che, nonostante la sua valutazione, la parte/i si "assumono le responsabilità civili ed economiche" della questione e rilascia verbale negativo.

¹³ Fra le tante, si vedano le sentenze e le ordinanze sul punto dei Tribunali di Roma, Milano, Firenze, Bologna, Palermo, Rimini, Pavia, Monza, Napoli, Lecce, Brescia, S. M. Capua Vetere.

¹⁴ Si veda, fra le tante, Tribunale di Firenze, sentenza 15.10.2015

sanzionato la parte che, adducendo proprie valutazioni di merito, abbia rifiutato di partecipare al primo incontro di mediazione, condannandola, ai sensi dell'art. 96 c.p.c., a pagare alla controparte un risarcimento per responsabilità aggravata (lite o resistenza temeraria).¹⁵

In ogni caso il Mediatore è obbligato, in caso di mancata adesione della parte invitata, a redigere un verbale di mancata partecipazione e consegnarlo alla parte istante, che sarà libera di agire in giudizio e sfruttare il rifiuto a partecipare alla Mediazione della parte invitata per il proprio vantaggio processuale.

Il Mediatore informa le parti che il giudice, in caso di mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo, può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ovvero, nei casi previsti dall'articolo 5 del d.lgs. 28/2010, condannare al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma d'importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio; inoltre, per consentire alle parti una più consapevole valutazione, le informa in al principio di effettività della Mediazione, al soddisfacimento della condizione di procedibilità e alla valutazione della parte ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dal d.lgs. 28/2010 e dal codice di procedura civile (in particolare artt. 96 e 113).

Le parti, salvo casi eccezionali, devono partecipare di persona agli incontri e l'assistenza di un Avvocato è obbligatoria nel

caso di Mediazione su materie di cui all'art. 5 commi 1-bis e 2 del sopra citato decreto legislativo;

Le parti, al termine del primo incontro, devono esprimersi, come testualmente previsto dalla norma, sulla *possibilità* di iniziare il tentativo di mediazione e non già sulla loro *volontà* di iniziarlo, devono pertanto indicare la presenza di eventuali cause oggettive che ostino a tale possibilità (quali, a titolo di esempio, carenze di legittimazione o di capacità negoziale, mancanza del liti-sconsorzio necessario, ecc.), in mancanza delle quali le parti devono necessariamente iniziare un procedimento di mediazione effettivo.¹⁶

La condizione di procedibilità è soddisfatta solo qualora la parte istante, in ossequio ai principi di lealtà e buona fede, abbia partecipato all'incontro preliminare con l'effettiva intenzione di ricercare una soluzione conciliativa alla controversia;

La mera partecipazione al primo incontro di mediazione senza intenzione di proseguire, in mancanza di cause ostative oggettive, è comportamento elusivo di norma imperativa - da considerarsi dunque in frode alla Legge - ed espone alle sanzioni di cui agli artt. 96 e 113 c.p.c.¹⁷.

Per consentire al giudice di merito ogni determinazione e valutazione del caso, al Mediatore viene richiesto di riportare a verbale quali parti abbiano espresso parere positivo e quali parere negativo sulla possibilità di iniziare il procedimento di mediazione, e di esprimere una propria valutazione, sulla base dei pareri delle parti e dei loro Avvocati, in merito all'esistenza di cause oggettive che rendano impossibile dare inizio al procedimento e pertanto il rifiuto di iniziare il procedimento di mediazione espone le parti a tutti i rischi connessi.

Il procedimento di mediazione è scandito da più fasi delle quali fortemente caratterizzante -oltre che oggetto di numerose

¹⁵ Comunque, anche laddove la parte che ha attivato il procedimento dovesse poi risultare soccombente in giudizio, verrebbe esclusa, per la parte assente in mediazione, la ripetizione delle spese sostenute per il giudizio; al contrario, pur vincitrice, essa parte si vedrebbe condannare a rifondere le spese legali sostenute dalla parte soccombente (art. 13, commi 1 e 2 del citato decreto); Infine, il rifiuto a partecipare al primo incontro gratuito, che pone le parti in condizioni di dialogare, di chiedersi reciproche spiegazioni e di cercare una soluzione condivisa alla controversia, è stato più volte valutato, in sede di giudizio, come mero espediente dilatorio (uno per tutti: Tribunale di Roma, XIII Sez. Civile), con conseguente ulteriore indebolimento della posizione processuale della parte assente.

¹⁶ Tribunale di Roma, Sez. XIII° - n. 25218 del 17.12.2015.

¹⁷ Tribunale di Busto Arsizio, n. 199 del 03 febbraio 2016.

interpretazioni giurisprudenziali- è quella relativa al "primo incontro di mediazione", detto anche "incontro preliminare", fase prodromica rispetto a quella della Mediazione vera e propria.

Il primo incontro, infatti, ha una duplice finalità: informativa, essendo compito del Mediatore incaricato chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della Mediazione, e d'impulso al passaggio al procedimento di mediazione vero e proprio, nel momento in cui il mediatore invita le parti e gli avvocati che le assistono a esprimere il proprio parere in merito alla possibilità di passare alla fase della Mediazione in senso stretto, quella nella quale si discute dell'oggetto della questione, nella quale si scende nel merito del contendere¹⁸.

Il giudice, in caso di mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo, nei casi previsti dall'articolo 5 del d.lgs. 28/2010, può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio e condannare al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio¹⁹.

La giurisprudenza, in merito a questo aspetto²⁰ ha sancito alcuni importanti prin-

cipi in merito all'effettività della Mediazione, al soddisfacimento della condizione di procedibilità ed alla valutazione della parte ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dal d.lgs. 28/2010 oltre che dal codice di procedura civile (in particolare artt. 96 e 113 c.p.c.).

Le parti, salvo casi eccezionali, devono partecipare di persona agli incontri e l'assistenza di un Avvocato è obbligatoria nel caso di Mediazione su materie di cui all'art. 5 commi 1-bis e 2 del sopra citato decreto legislativo²¹.

Le parti, al termine del primo incontro, devono esprimersi sulla loro possibilità di iniziare il tentativo di mediazione, come testualmente previsto dalla norma, e non sulla loro volontà di iniziarlo, pertanto, l'incontro preliminare non è volto a raccogliere la volontà delle parti circa il prosieguo della Mediazione, ma alla individuazione di eventuali cause ostative oggettive che impediscono il prosieguo del procedimento di mediazione.

La mera partecipazione al primo incontro di mediazione senza intenzione di proseguire, in mancanza di cause ostative og-

¹⁸ Articolo 8, co. 1, d.lgs. 28/2010 "[...] Durante il primo incontro il Mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il Mediatore, sempre nello stesso 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".

¹⁹ Articolo 8, co. 5, d.lgs. 28/2010.

Le parti, al termine del primo incontro, devono esprimersi, come testualmente previsto dalla norma, sulla possibilità di iniziare il tentativo di mediazione e non già sulla loro volontà di iniziarlo: devono, pertanto, indicare la presenza di eventuali cause oggettive che ostino a tale possibilità (quali, a titolo di esempio, carenze di legittimazione o di capacità negoziale, mancanza del litisconsorzio necessario, ecc.), in mancanza delle quali le parti devono necessariamente iniziare un procedimento di mediazione effettivo;

²⁰ Numerose sono le pronunce giurisprudenziali, tra cui quelle dei tribunali di Roma, Milano, Palermo, Firenze, Rimini, Bologna, Siena, Verona, Pavia, S.M. Capua Vetere, Siracusa, Campobasso, G.d.P. di Lecce, che sanciscono, tra l'altro, alcuni importanti principi in merito all'effettività della mediazione, al soddisfacimento della condizione di procedibilità ed alla valutazione della parte ai fini dell'applicazione

delle sanzioni previste dal d.lgs. 28/2010 e dal codice di procedura civile (in particolare artt. 96 e 113):

La condizione di procedibilità, per i sostenitori di tale orientamento giurisprudenziale, è soddisfatta solo qualora la parte istante, in ossequio ai principi di lealtà e buona fede, abbia partecipato all'incontro preliminare con l'effettiva intenzione di ricercare una soluzione conciliativa alla controversia e, pertanto, la mera partecipazione al primo incontro di mediazione senza intenzione di proseguire, in mancanza di cause ostative oggettive, è comportamento elusivo di norma imperativa da considerarsi in frode alla legge esponendo la parte alle sanzioni di cui agli artt. 96 e 113 c.p.c.. Le parti, sempre sulla scorta di tale orientamento giurisprudenziale, al termine del primo incontro, "devono esprimersi, come testualmente previsto dalla norma, sulla possibilità di iniziare il tentativo di mediazione e non già sulla loro volontà di iniziarlo: devono, pertanto, indicare la presenza di eventuali cause oggettive che ostino a tale possibilità (quali, a titolo di esempio, carenze di legittimazione o di capacità negoziale, mancanza del litisconsorzio necessario, ecc.), in mancanza delle quali le parti devono necessariamente iniziare un procedimento di mediazione effettivo".

²¹ Articolo 8 co. 1 d.lgs. 28/2010 "Al primo incontro a agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'Avvocato".

gettive, infatti, costituisce comportamento contrario a norma imperativa, da considerarsi in frode alla Legge, ed espone le parti alle sanzioni previste dall'ordinamento. Il rifiuto di iniziare il procedimento di mediazione espone, pertanto, le stesse a tutti i rischi connessi.

Risulta a tal proposito particolarmente esplicativa la tesi giurisprudenziale²² che ritiene che l'art. 5.2 del d.lgs. 28/2010, così come modificato dalla l. 98/2013, sia -in difetto di normativa transitoria (come invece prevedeva l'art. 2.4 della legge n. 69/2009) e in coerenza con la sua *ratio* anche di natura deflattiva- d'immediata applicazione, nel senso che, sin dal momento dell'entrata in vigore della succitata legge, il giudice avesse, alla luce della natura della controversia, della tipologia di domande rivolte dalle parti e della natura di operatori economici di entrambe le parti del giudizio, facoltà di ordinare alle parti il ricorso alla Mediazione, indicandone i termini. Ciò anche per giudizi già instaurati al momento dell'entrata in vigore della norma, fino al secondo grado di giudizio.

Affinché l'ordine del giudice possa ritenersi correttamente eseguito e la condizione di procedibilità avverata occorre puntualizzare due importanti profili:

– la Mediazione deve svolgersi con la presenza personale delle parti²³;

²² Cfr. Tribunale di Campobasso, R.G. 1150/2013 del 28/03/2014 - dott. Stefano Calabria.

²³ In tal senso anche il Tribunale di Vasto, con sentenza del 9 marzo 2015, si inserisce nel filone giurisprudenziale ormai costante, che ha ribadito più volte l'acclarato principio della indispensabilità della presenza delle parti nel procedimento di mediazione, onde assicurarne l'effettivo svolgimento. Il Mediatore, essendo soggetto preposto istituzionalmente ad esercitare funzioni di verifica e di garanzia delle disposizioni che garantiscono l'effettivo svolgimento della procedura, potrà adottare ogni provvedimento opportuno per raggiungere detto scopo. In base a quanto stabilito nella sentenza del tribunale di Vasto, il Mediatore potrà disporre un rinvio sollecitando il legale a far comparire personalmente la parte ed, in caso di ulteriore assenza, il Mediatore potrà anche mettere a verbale che, nonostante le iniziative adottate, la parte a ciò invitata non ha inteso partecipare personalmente agli incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore e munito degli opportuni poteri), per il

– l'ordine del giudice di esperire la Mediazione deve avere a oggetto il tentativo di mediazione vero e proprio.

A tale conclusione si giunge in base ad un'interpretazione teleologica dell'assunto normativo:

L'art. 5, comma 2 bis, del d.lgs. n. 28/2010 così dispone: *“Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al Mediatore si conclude senza l'accordo”*.

L'art. 8, in tema di procedimento, a sua volta così dispone: *“All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'Organismo designa un Mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'Avvocato. Durante il primo incontro il*

caso di assoluto impedimento a comparire. Inoltre “La parte che avrà interesse contrario alla declaratoria di improcedibilità della domanda avrà l'onere di partecipare personalmente a tutti gli incontri di mediazione, chiedendo al Mediatore di attivarsi al fine di procurare l'incontro personale tra i litiganti; potrà, altresì, pretendere che nel verbale d'incontro il Mediatore dia atto della concreta impossibilità di procedere all'espletamento del tentativo di mediazione, a causa del rifiuto della controparte di presenziare personalmente agli incontri. Solo una volta acclarato che la procedura non si è potuta svolgere per indisponibilità della parte che ha ricevuto l'invito a presentarsi in mediazione, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata, essendo in questo caso impensabile che il convenuto possa, con la propria colpevole o volontaria inerzia, addirittura beneficiare delle conseguenze favorevoli di una declaratoria di improcedibilità della domanda, che paralizzerebbe la disamina nel merito delle pretese avanzate contro di sé. Negli altri casi e, segnatamente, quando è la stessa parte che ha agito (o che intende agire) in giudizio a non presentarsi personalmente in una procedura di mediazione da lei stessa attivata (anche su ordine del giudice), la domanda si espone al rischio di essere dichiarata non procedibile, per incompiuta osservanza delle disposizioni normative che impongono il previo corretto esperimento del procedimento di mediazione”.

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”.

Come si evince dall’assunto normativo, i due articoli sono formulati in modo ambiguo: nell’art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal Mediatore e a verificare la volontà di iniziare la Mediazione. Tuttavia, nell’art 5, comma 2 bis, si parla di “*primo incontro concluso senza l’accordo*”. Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla Mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di “mancato accordo” se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l’accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la Mediazione vera e propria.

Appare evidente, dunque, la difficoltà -ben nota agli operatori della materia- di individuare con precisione scientifica il confine tra la fase preliminare e la Mediazione vera e propria, data la non felice formulazione della norma: appare pertanto necessario ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE, dal cui recepimento è scaturita la normativa attuale in materia di Mediazione).

In tale prospettiva, ritenere che l’ordine del giudice sia osservato quando i soli difensori delle parti partecipino al primo incontro con il Mediatore e, una volta ricevuti i chiarimenti su funzione e modalità della Mediazione dichiarino il rifiuto di procedere oltre, appare una conclusione irrazionale e inaccettabile.

Se ne individuano, di seguito, i motivi:

- i difensori, definiti Mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già piena conoscenza della natura della Mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse, non si comprende come potrebbero fornire al cliente l’informazione prescritta dall’art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010; inoltre, obblighi informativi in tal senso si

desumono già sul piano deontologico (art 40 codice deontologico). Non avrebbe, dunque, alcun senso imporre l’incontro tra i soli difensori e il Mediatore solo in vista di un’informativa.

- La natura della Mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l’istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di porli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto e ciò implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al Mediatore. L’assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi Mediazione.

- D’altronde, questa conclusione emerge anche dall’interpretazione letterale: l’art 5, comma 1 bis e l’art. 8 prevedono che le parti partecipino al procedimento con l’“assistenza degli Avvocati”, e questo implica la necessaria presenza degli assistiti.

- Ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro in cui il Mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della Mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un’inutile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del Mediatore e quello dei difensori.

- Non avrebbe ragion d’essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una Mediazione sia effettivamente svolta e sia stata data un’effettiva *chance* di raggiungimento dell’accordo alle parti e a tal fine occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione.

- L’informazione sulle finalità e le modalità di svolgimento della Mediazione possono essere rapidamente assicurate in altri modi sia per mezzo dell’informativa che i difensori hanno l’obbligo di fornire²⁴, sia grazie alla possibilità di tenere sessioni

²⁴ Articolo 4 d.lgs. 28/2010.

informativa presso luoghi adeguati²⁵.

– L'ipotesi che la condizione di procedibilità si verifichi con il solo incontro informativo tra gli Avvocati e il Mediatore appare particolarmente irrazionale nella Mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione di "mediabilità" del conflitto (come prevede l'art. 5 d.lgs. 28/2010,²⁶ che impone al giudice di valutare "la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti"), e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo deve, a sua volta, informare la parte della facoltà di chiedere la Mediazione. L'esistenza di plurimi livelli informativi rende impensabile che il processo civile sia momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione piuttosto che per un serio tentativo di risoluzione del conflitto.

– Da ultimo, può ricordarsi che l'art. 5 della direttiva europea citata²⁷ distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in Mediazione rispetto all'invio per una semplice sessione informativa: un ulteriore motivo per ritenere che nella Mediazione disposta dal giudice, viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la Mediazione e cioè di porre in essere quell'"attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un ac-

cordo amichevole"²⁸ e non di acquisire una mera informazione e di rendere al Mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura di mediazione.

Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della Mediazione, dovendosi, dunque, affermare la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori) e che la Mediazione sia effettivamente avviata nel senso che le parti discutano sul merito della controversia e verifichino la possibilità di una sua concreta e specifica soluzione conciliativa²⁹:

Per "Mediazione disposta dal Giudice", pertanto, deve intendersi quella coincidente con la fase di vera e propria disamina, nel merito, della questione oggetto della Mediazione stessa che si realizza solo quando il tentativo di mediazione sia effettivamente avviato e le parti, anziché limitarsi a incontrarsi per meri fini informativi, aderiscono alla proposta del Mediatore di procedere adempiendo effettivamente all'ordine del giudice. La Mediazione disposta dal giudice non può che consistere nella partecipazione fattiva alla vera e propria procedura di mediazione, salva l'esistenza di questioni pregiudiziali che ne impediscano la procedibilità.

Le parti dovranno essere presenti dinanzi al Mediatore personalmente e munite di assistenza legale di un Avvocato iscritto all'albo.³⁰

Il Mediatore è tenuto a chiarire inoltre

²⁵ Vd. direttiva europea 2008/52/CE.

²⁶ L'art. 5, co 2, d.lgs. 28/2010 testualmente statuisce "... il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può diporre l'esperimento del procedimento di mediazione..."

²⁷ Articolo 5 comma 1 (Ricorso alla mediazione): "L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia, Può altresì invitare le parti a partecipare a una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili".

²⁸ Articolo 1 d.lgs. n. 28/2010.

²⁹ A parere di chi scrive, a fondamento dell'istituto della mediazione civile, la presenza del solo legale della parte senza la presenza dell'interessato, non rispetta il principio del tentativo concreto di mediazione, poiché alle parti non viene data l'effettiva possibilità di incontrarsi e di tentare la mediazione (salvo ovviamente il caso in cui l'Avvocato, su procura delle parti, non abbia il mero compito di segnalare una causa ostativa oggettiva, di valutazione prettamente legale e che pertanto non necessita la presenza della parte che si affida al suo difensore per le questioni di diritto.

³⁰ Trib. Campobasso, n. 853 del 28.3.2014 - Giudice Stefano Calabria.

che, in mancanza di sottoscrizione degli Avvocati che assistono le parti (perché assenti in caso di Mediazione volontaria o perché un Avvocato presente ritiene di non sottoscrivere, mentre la parte ritiene di farlo) l'accordo perde valore di titolo esecutivo se non omologato dal Presidente del Tribunale (ai sensi del d.lgs. 28/2010, art. 12, comma 1).

La partecipazione agli incontri di mediazione potrà avvenire per via telematica.

Al termine del primo incontro, durante il quale, come previsto dalla norma e dalla circolare 27/11/2013 del Ministero della Giustizia, non si affronta la controversia ma vengono solo spiegate modalità e scopi del procedimento di mediazione, può essere richiesto di fissare l'incontro successivo con un congruo rinvio per esaminare sia la posizione della parte istante, sia la documentazione presentata.

3. Le spese di avvio del procedimento di mediazione: "dovute" o "non dovute"?

Come si evince facilmente dalla norma primaria (d.lgs. 28/2010 come modificato dalla L. 98/2013), la Mediazione inizia con un primo incontro delle parti, assistite dai rispettivi legali, di fronte al Mediatore, il quale illustra loro scopo e modalità di svolgimento del procedimento e chiede loro di esprimersi sulla possibilità di iniziare il procedimento.

Tale procedimento è gratuito e viene svolto dall'Organismo e dal Mediatore senza compenso, fatto salvo l'obbligo, per l'istante e per il convenuto, di corrispondere le spese d'avvio (secondo quanto ulteriormente ribadito dal Consiglio di Stato con la sentenza 17/11/2015 n. 05230/2015 Reg. Prov. Coll. n. 02156/2015 Reg. Ric.).³¹

³¹ Aderire al procedimento di mediazione, pertanto, significa partecipare al primo incontro informativo dinanzi al Mediatore.

Dunque, secondo norma, la parte che intenda partecipare al primo incontro informativo dovrà accettare il regolamento dell'Organismo procedente, purché approvato dal Ministero della Giustizia e sottostare agli obblighi di riservatezza

La sentenza del TAR Lazio n. 1351 del 23 gennaio 2015, dichiarava illegittime le spese d'avvio della Mediazione.

Tale sentenza è stata poi sospesa nella sua esecutività dal Consiglio di Stato con ordinanza cautelare n. 1694 del 24 aprile 2015, e poi definitivamente riformata dallo stesso Consiglio di Stato con sentenza n. 5230 del 17 novembre 2015.

Le spese d'avvio, pertanto, sono senz'altro dovute da tutte le parti del procedimento di Mediazione e il loro versamento costituisce requisito essenziale per il perfezionamento dell'adesione al procedimento. La parte invitata non aderente rimarrà purtroppo estranea al procedimento e non potrà partecipare agli incontri, né rilasciare dichiarazioni, né visionare documentazione, né depositare atti o documenti per il Mediatore, né proporre domande o eccezioni né chiedere rinvii degli incontri già fissati senza preventiva autorizzazione delle altre parti, del Mediatore e del responsabile dell'Organismo.³²

Il TAR Lazio con sentenza n. 1351 del

previsti dalla legge e corrispondere le spese di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 9 del D.M. 180/2010 come modificato dal D.M. 139/2014.

Avvalendosi obbligatoriamente dell'assistenza di un Avvocato iscritto all'Ordine, dovrà presentarsi nel luogo, nel giorno e nell'ora comunicati con l'atto di convocazione in mediazione.

Esattamente in questo consiste l'adesione al procedimento, che può avvenire tramite sottoscrizione di un apposito modulo o, *de facto*, solo presentandosi al primo incontro; va da sé, quindi, che la parte che non adempia a questi obblighi non potrà essere ammessa agli incontri di mediazione in quanto estranea al procedimento onde evitare, fra le altre cose, facili elusioni degli obblighi di riservatezza che il legislatore ha posto a fondamento dell'istituto della mediazione civile.

³² Sul punto è da precisare che è un diritto delle parti invitate non "aderire al procedimento" e giustificare il rifiuto a prendere parte al procedimento tramite comunicazione scritta all'Organismo, che può essere inoltrata senza alcun costo di adesione per la parte. Il Mediatore, redatto verbale "di assenza di una o più parti" ha l'obbligo di allegare la comunicazione pervenuta. Sarà poi compito del giudice valutarne l'aspetto ostativo oggettivo o soggettivo del non aderente. La circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013 chiarisce la parte invitata è tenuta a corrispondere le spese di avvio solo al momento dell'adesione o della partecipazione al primo incontro preliminare.

23 gennaio 2015 aveva annullato alcune norme del decreto interministeriale n. 180/2010 in materia di Mediazione civile e commerciale.

A seguito della sentenza, il Ministero rendeva noto a tutti gli Organismi di Mediazione che, in virtù dell'annullamento dell'articolo 16, comma 2 e 9 del D.M. 18 ottobre 2010 n. 180, non era più possibile richiedere alle parti, in sede di primo incontro, il pagamento di alcuna somma di denaro, né a titolo di spese di avvio, né a titolo di indennità.

Ciò comportava, inevitabilmente, gravi problemi agli Organismi per la sostenibilità del servizio.

Il TAR, con questa pronuncia, censurava tre norme: le prime due relative al versamento delle "spese di avvio" quando la Mediazione si arena al primo incontro e la terza invece riguardante l'aspetto formativo dei Mediatori e, più in particolare, ladove riferita alla formazione degli Avvocati "mediatori di diritto".

La sentenza aveva da subito creato una serie di dubbi in ordine alle conseguenze sulla concreta operatività degli Organismi, tanto che si era proceduto a proporre ricorso in appello, con richiesta di sospensiva, al Consiglio di Stato.

Il TAR così si pronunciava, senza una motivazione approfondita e senza nemmeno dare conto della diversa interpretazione fornita dal Ministero della Giustizia con la circolare del 27 novembre 2013, con la quale si precisava che le "spese di avvio" non costituivano il compenso per la Mediazione, bensì soltanto la determinazione forfettaria (in misura fissa e unitaria) delle spese dell'Organismo per la gestione dell'avvio della procedura, in ciò distinguendosi dalle "spese di mediazione" che costituivano e costituiscono il compenso dell'Organismo³³.

Gli Organismi, tuttavia, senza le spese di

avvio avrebbero dovuto sostenere - e molti lo hanno fatto - con fondi propri i costi organizzativi relativi alla prenotazione ed alla disponibilità delle sale di mediazione, all'organizzazione e al coordinamento di eventuali rinvii degli incontri, alla trasmissione di documentazione e alla redazione e rilascio dei verbali oltre che alle spese di segreteria e gestione delle sedi, senza poter più contare sul contributo di avvio della Mediazione da parte dell'istante/i e su eventuali versamenti di adesione della parte/i invitate.

A tal riguardo si è ritenuto pacifico che le sedi, degli Organismi, potessero richiedere alle parti un contributo forfettario, peraltro su base volontaria, per coprire le spese di segreteria e di gestione della procedura³⁴.

Da un'attenta analisi della consuetudine formatasi in merito, non può non rilevarsi come spesso le parti, ricevuto il servizio richiesto, non adempivano puntualmente al pagamento di quanto dovuto proprio in considerazione della modesta entità delle singole somme dovute.

L'ammontare complessivo delle somme non versate agli Organismi, al contrario, assumeva proporzioni rilevanti ed assolutamente insostenibili, costringendo il fornitore del servizio a un lento, faticoso ed oneroso recupero di un credito estremamente frazionato.

Implementare uno strumento deflattivo del contenzioso civile, negando al contempo ai fornitori del servizio la possibilità (peraltro non espressamente vietata da alcuna norma e pienamente conforme ai principi generali del diritto) di percepire acconti, provocando l'effetto opposto e costringendoli al continuo ricorso all'autorità giudiziaria per recuperare le somme dovute - con

³³ Altro profilo di illegittimità investe la norma (art. 4, comma 3, lett. b, D.M. 180/2010) che regola la formazione dei Mediatori (in relazione all'art. 16, comma 4-bis, d.lgs. 28/2010), ma soltanto "nella misura in cui è suscettibile di essere applicata in via generale" e, perciò, anche agli Avvocati-Mediatori di diritto.

³⁴ Il Ministero, nelle note esplicative indirizzate agli Organismi precisava, tuttavia, che le spese sopra citate o di altra natura, per poter essere imputate alle parti, dovessero essere documentate, come già previsto dai Regolamenti degli Organismi.

A tal riguardo, infatti, nessuna norma vietava la possibilità di richiedere acconti su tali spese a patto che fossero, ovviamente, congrui e proporzionati, così facendo, molti Organismi hanno potuto portare avanti la loro attività.

conseguente aggravio di spese per gli utenti - non aveva però molto senso.

Tutto ciò comportava, infatti, un incontrollato aumento del contenzioso giudiziario, infatti, ogni procedimento di mediazione portava a innescare due o più procedimenti monitori, oltre alle eventuali opposizioni e ricorsi, fino a compromettere la sostenibilità del sistema.

Tale pronuncia, tra l'altro, aveva comportato una grave turbativa dei principi di libera concorrenza fra Organismi di Mediazione, spingendo le parti a scegliere l'Organismo a cui rivolgersi fra quelli che, per la loro natura pubblica (perlopiù appartenenti a Ordini professionali o alle Camere di Commercio), potevano offrire il servizio gratuitamente in quanto in grado di sostentarsi con fondi non derivanti dalla loro attività, ma messi a disposizione dagli Enti di appartenenza, oltre a godere di altri benefici esclusivi (sedi messe a disposizione gratuitamente all'interno dei Tribunali - nel caso degli Organismi degli Ordini degli Avvocati o dagli Enti pubblici, personale distaccato da altri uffici, minori requisiti richiesti in termini di organizzazione, trasparenza e consistenza economica)³⁵.

A dispetto di tutti i principi costituzionali e di legge, inoltre, nessuna norma, a tutt'oggi, prevede un esplicito, pur se minimo, compenso al Mediatore a titolo di rimborso e/o indennizzo per l'attività svolta dal professionista durante la prima fase della Mediazione, che a volte si protrae anche per lunghi periodi, a causa di rinvii o altre esigenze delle parti.

Il Mediatore, non potendo pretendere dall'Organismo di appartenenza né dalle

parti un compenso - ma neppure un semplice rimborso spese - per l'attività svolta, resta economicamente vincolato al prosieguo della sua attività oltre il primo incontro della Mediazione, e infatti solo in questo caso avrà diritto a percepire un'indennità calcolata in percentuale sulle spese di mediazione versate dalle parti all'Organismo.

L'obbligazione del Mediatore, pertanto, risulta essere - almeno in parte - un'obbligazione di risultato e non di mezzi, a dispetto di quanto vorrebbe la natura stessa dell'Istituto, in cui il risultato finale dell'attività del Mediatore è indissolubilmente subordinato alla volontà delle parti³⁶.

Questo sistema remunerativo, fortemente disincentivante per i Mediatori e per gli Organismi di Mediazione privati (che, a differenza di quelli pubblici, non hanno possibilità di attingere a fondi diversi da quelli provenienti dalla propria attività), comporta, come ulteriore conseguenza, pesanti ripercussioni sulla qualità del servizio reso all'utenza.

Infatti, dopo l'iniziale, entusiastica crescita dell'Istituto nel periodo immediatamente successivo alla sua introduzione normativa, i pesanti oneri e la scarsa redditività hanno spinto Organismi e Mediatori verso un progressivo stato di disaffezione, con conseguente scarso interesse a investire, rispettivamente, sulla propria organizzazione e sulla propria formazione.

Per questo motivo, oggi risulta sempre più arduo ottenere dal mercato Mediatori "di professione": perlopiù gli attuali Mediatori svolgono la loro attività in maniera distaccata e saltuaria senza investire sulla propria formazione e sul proprio aggiorna-

³⁵ D.M. 180/2010, art. 4, comma 4: "Gli organismi costituiti, anche in forma associata, dalle CCIAA e dai consigli degli ordini professionali sono iscritti su semplice domanda, all'esito della verifica della sussistenza del solo requisito di cui al comma 2, lettera b), per l'organismo e dei requisiti di cui al comma 3, per i mediatori. Per gli organismi costituiti da consigli degli ordini professionali diversi dai consigli degli ordini degli avvocati, l'iscrizione è sempre subordinata alla verifica del rilascio dell'autorizzazione da parte del responsabile, ai sensi dell'articolo 19 del decreto legislativo [...]".

³⁶ Cfr. direttiva 2008/52/CE, 13° Considerando: "La mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento [...]". E ancora: art. 3 lett. a): "per "mediazione" si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore [...]".

mento, risultandone difficilmente recuperabili i costi. In questo, il sistema confligge apertamente con i dettami della direttiva 2008/52/CE³⁷.

Poter puntare sulla disponibilità di Mediatori che credono nell'Istituto solo per "vocazione" o per "passione" non costituisce, purtroppo, la soluzione migliore a questo annoso problema; una soluzione potrebbe ricercarsi nell'accordare agli Organismi di Mediazione la facoltà di inserire una remunerazione forfettaria per il Mediatore impegnato nel primo incontro fra le "spese documentate" ripetibili alle parti a norma dell'art. 16, comma 2, del D.M. 180/2010 come modificato dal D.M. 139/2014.

Esistono, anche in questo caso, problematiche relative all'organizzazione dei Mediatori all'interno dell'Organismo.

Non risultano, inoltre, norme che impediscano agli Organismi di Mediazione di richiedere ai Mediatori, nel rispetto dei requisiti minimi previsti dalla Legge e dai Decreti ministeriali, ulteriori requisiti di competenza o di formazione per inserirli nelle liste, né di selezionarli e raggrupparli in sezioni specializzate.

Tuttavia le circolari ministeriali mirano a imporre agli Organismi regole sul reclutamento, sulla suddivisione e sulle scelte interne dei Mediatori da assegnare ad una lite, con criteri standardizzati e/o di turnazione, tutto ciò a scapito della loro professionalità e specializzazione.

A tal riguardo, non si potrebbe, tuttavia, vietare agli Organismi la possibilità di offrire servizi di qualità superiore, questo sarebbe in palese contrasto sia con la *ratio*

³⁷ Cfr. 16° Considerando: "Al fine di garantire la fiducia reciproca necessaria in relazione alla riservatezza, all'effetto sui termini di decadenza e prescrizione nonché al riconoscimento e all'esecuzione degli accordi risultanti dalla mediazione, gli Stati membri dovrebbero incoraggiare, in qualsiasi modo essi ritengano appropriato, la formazione dei mediatori e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione". E ancora: art. 4 comma 2: "Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti".

della norma, sia con le istanze della società civile, sia con le indicazioni del Ministero, che ha sempre richiesto elevati *standard* qualitativi agli operatori del settore.³⁸

Risulta evidente che i criteri di ammissione all'elenco dei Mediatori di un Organismo di Mediazione non possano che essere liberamente determinati dall'Organismo stesso, che ben può richiedere, per l'iscrizione, requisiti di formazione e competenza maggiori di quelli minimi previsti dalla norma.

Questo criterio non è applicato solo dagli Organismi di Mediazione privati (per i quali è garantito, e altrimenti non potrebbe essere, il diritto di scegliere e incaricare i professionisti che collaborano con le proprie organizzazioni anche sulla base di criteri di fiducia, impegno e affidabilità difficilmente schematizzabili in un regolamento), ma è comune anche fra gli Organismi pubblici che, com'è noto, in alcuni casi addirittura prevedono veri e propri concorsi per l'iscrizione ai propri elenchi (facendo talvolta pagare somme rilevanti solo per partecipare alla selezione, indipendentemente dal suo esito positivo o negativo).

Né si può certo negare, al responsabile di un Organismo privato la possibilità di incaricare, per ogni singolo affare di mediazione, quel professionista, iscritto all'elenco dei Mediatori, che reputa più adatto ad affrontare la controversia valutandone la competenza, la preparazione, i risultati ottenuti in quella tipologia di controversie ma anche, in senso generale, le doti caratteriali che si devono il più possibile adattare alle parti e agli Avvocati che le assistono.

Se così non fosse, verrebbero irrimediabilmente compromessi tutti i principi di libertà imprenditoriale e, cosa ben più grave, verrebbe a decadere gran parte della ragione della responsabilità dell'Organismo verso l'utenza, ove il suo responsabile non avesse

³⁸ In particolare si considerino i commi 2 e 3 dell'art. 6 del D.M. 180/2010, che richiedono a quei Mediatori che vogliono iscriversi agli Elenchi speciali del Ministero (Mediatori esperti in materia internazionale e Mediatori esperti in materia di consumo) ulteriori requisiti di formazione.

la facoltà, oltre che il dovere, di garantire alle parti, in ogni singolo procedimento, il servizio qualitativamente migliore.

Del resto, un divieto di scelta del professionista costringerebbe i responsabili degli Organismi a escludere dai propri elenchi la quasi totalità dei Mediatori, lasciando iscritti solo quei pochissimi, di massima fiducia e disponibili a un impegno professionale e formativo a tempo pieno, strettamente necessari a condurre il carico di procedimenti in ciascuna sede.

Un sistema siffatto, va da sé, impedirebbe a qualsiasi giovane Mediatore di fare esperienza e di crescere professionalmente, escluderebbe dagli Organismi privati tutti quegli Avvocati che non fossero in grado di provare la propria preparazione in materia negoziale e, di fatto, cristallizzerebbe il sistema impedendone la crescita, soprattutto da un punto di vista qualitativo.

Venendo in particolare al regolamento dell'Organismo, nel determinare i criteri di assegnazione degli incarichi occorre, dunque, mantenere il dovuto equilibrio fra l'esigenza di garantire all'utenza un servizio qualitativamente superiore (prevedendo criteri di formazione continua in massima parte gratuiti per il Mediatore, i più importanti dei quali sono gli incontri formativi periodici presso le sedi), la necessità di rispondere a precisi criteri di trasparenza³⁹ e l'attenzione alla crescita professionale dei meno esperti anche con la previsione, fra l'altro, della figura del "Mediatore ausiliario", che consente di fare esperienze dirette e gradualmente nella conduzione dei procedimenti e accrescendo così la propria preparazione.

Infine, alla luce di quanto su esposto, non si può che contestare radicalmente l'affermazione per la quale non vi sarebbero, in un procedimento di mediazione, "ragioni per preferire un Mediatore di particolare esperienza" rispetto ad altri.

³⁹ Gli Organismi provvedono a inserire questi criteri direttamente nel regolamento, che è per eccellenza il principale strumento informativo offerto agli utenti, anziché, magari, nascondendoli all'interno dei contratti che regolano i rapporti fra l'Organismo e i propri Mediatori

Le ragioni vi sono, e assolutamente inderogabili: fra le tante il fatto che non si possano dividere i procedimenti di mediazione fra "importanti" e "meno importanti", ma sia doveroso considerarli tutti, a prescindere dall'oggetto o dal valore della controversia, della massima importanza.

Ma la ragione più importante fra tutte risiede nel preciso dovere di ciascun responsabile di Organismo di garantire alle parti, in piena coscienza e con tutti i mezzi e le risorse disponibili, il miglior servizio possibile, che si sostanzia nell'offrire, sempre, la massima *chance* di risolvere la controversia con un accordo condiviso.

Con Ordinanza del 21/04/2015, depositata il giorno successivo, il Consiglio di Stato ha ripristinato il pagamento delle spese di avvio per il primo incontro del procedimento di Mediazione civile e commerciale risolvendo, in parte, alcune delle criticità sollevate con la precedente pronuncia del TAR Lazio.

In particolare, il Consiglio di Stato ha precisato che:

– *"l'uso del termine "compenso" nel comma 5-ter dell'art. 17 del d.lgs. 4 marzo 2010, nr. 28 (introdotto dalla "novella" del 2013), è manifestamente generico e improprio, non trovando detta terminologia riscontro in alcuna altra parte della normativa primaria e secondaria de qua, nella quale si parla invece di "indennità di mediazione", che a sua volta si compone di "spese di avvio" e "spese di mediazione" (art. 16, d.lgs. 28/2010)";*

– *"nulla quaestio [...] per le spese di mediazione, nelle quali è ricompreso "anche l'onorario del Mediatore per l'intero procedimento di mediazione" (art. 16, comma 10), il problema si pone per le spese di avvio, le quali in virtù del decisum qui contestato sarebbero anch'esse del tutto non dovute per il primo incontro di cui all'art. 8, comma 1, del medesimo d.lgs. 28/2010";*

– *"quanto alle spese di avvio - le quali a tenore del censurato comma 2 dell'art. 16 comprendono, a loro volta, da un lato le "spese vive documentate" e dall'altro le spese generali sostenute dall'Organismo di*

Mediazione - queste ad avviso della Sezione effettivamente non appaiono prima facie riconducibili alla nozione di "compenso" di cui alla disposizione di fonte primaria dianzi citata";

– *"quanto sopra, in particolare, è di palese evidenza quanto alle spese vive documentate, ma vale anche per le residue spese di avvio, che sono quantificate in misura forfettaria e configurate quale onere connesso all'accesso a un servizio obbligatorio ex lege per tutti i consociati che intendano accedere alla giustizia in determinate materie, come confermato dal riconoscimento in capo alle parti, ex art. 20 del d.lgs. 28/2010, di un credito di imposta commisurato all'entità della somma versata e dovuto, ancorché in misura ridotta, anche in caso di esito negativo del procedimento di mediazione".* Se ne deduce, pertanto, che anche nell'ipotesi di esito negativo del primo incontro, le spese di avvio sono comunque dovute.

4. La negoziazione assistita

La negoziazione assistita, analogamente alla Mediazione, è uno strumento per la definizione stragiudiziale delle controversie che assume particolare rilievo nel nostro ordinamento.

L'istituto della negoziazione assistita, ispirato all'analogo modello francese, è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico con il recente "decreto giustizia": il decreto legge n. 132/2014, convertito dalla legge 10/11/2014 n. 162, recante *"misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"*.

Unitamente al trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti pendenti, la nuova procedura di negoziazione assistita mira, nelle intenzioni del legislatore d'emergenza, a portare i contenziosi fuori dalle aule dei tribunali, costituendo un'alternativa stragiudiziale all'ordinaria risoluzione delle controversie.

Il decreto legge n. 132/2014 dedica alla disciplina della negoziazione assistita l'intero capo II rubricato, appunto, *"Procedura*

di negoziazione assistita da uno o più Avvocati", che ha acquistato piena efficacia a partire dal 9 febbraio 2015, trascorsi 90 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione.⁴⁰

L'introduzione della negoziazione assistita non ha eliminato né ha limitato, in alcun modo, la Mediazione obbligatoria, ponendo al più un problema di coesistenza e coordinamento tra i due istituti, in ogni caso risolto rendendo, a grandi linee, complementari i due strumenti⁴¹.

Intento del legislatore, infatti, non era quello di sostituire uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie con un altro e, del resto, non risultano esservi nel decreto legge disposizioni normative che possano lasciare intendere una siffatta finalità, bensì quella di offrire agli operatori

⁴⁰ Accanto alla negoziazione facoltativa, il legislatore ha previsto anche ipotesi di negoziazione assistita obbligatoria per le azioni riguardanti il risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti (non più oggetto di mediazione dopo la revisione normativa introdotta dal c.d. "decreto del fare", resasi necessaria per l'abrogazione da parte della Corte Costituzionale, per eccesso di delega, del precedente impianto normativo sulla mediazione obbligatoria) e per le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme, purché non eccedenti 50.000 euro e non riguardanti controversie assoggettate alla disciplina della c.d. "mediazione obbligatoria".

Nei suddetti casi, l'art. 3 del d.l. n. 132/2014 dispone che *"l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale"*. L'art. 6 del II capo del decreto è dedicato alla particolare ipotesi di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio. Profondamente modificata in sede di conversione, la disciplina prevede che tramite la convenzione di negoziazione assistita (da almeno un Avvocato per parte) i coniugi possano raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio (nei casi di cui all'art. 3, 1° comma, n. 2, lett. b) della l. n. 898/1970), nonché di modifica delle condizioni di separazione o divorzio precedentemente stabilite. La procedura è applicabile, a seguito delle modifiche apportate in sede di conversione del decreto, sia in assenza che in presenza di figli minori o di figli maggiorenni, incapaci, portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

⁴¹ L'art. 3 comma 1 del d.l. 132/2014 convertito mantiene ben distinte le materie per le quali è condizione di procedibilità il preventivo esperimento di un procedimento di mediazione e quelle per le quali è condizione di procedibilità la negoziazione assistita.

di giustizia un ulteriore strumento col quale cercare di risolvere le controversie al di fuori delle aule giudiziarie⁴².

La differenza tra i due istituti, fondamentalmente, risiede proprio nella presenza, in Mediazione, di un soggetto terzo, estraneo alla vicenda e imparziale, qual è il Mediatore, che è chiamato ad agevolare il dialogo tra le parti, ripristinandone la comunicazione e facilitando il raggiungimento di un accordo.

A tal fine sono previste anche sessioni separate (con incontro tra il Mediatore e solo una delle parti in lite) che, ovviamente, non possono aversi all'interno della negoziazione assistita.

Ecco spiegato come, nell'ottica del legislatore, i due istituti siano destinati a convivere⁴³, in quanto, se è vero che il risultato finale può essere il medesimo (un accordo conciliativo, avente natura nego-

⁴² Come precisato nella XIII Assemblea del coordinamento della conciliazione forense, tenutasi a Latina nei giorni 23 e 24 ottobre 2014, la negoziazione assistita può certamente rappresentare un primo approccio alla soluzione negoziale della controversia; laddove le parti non dovessero raggiungere un accordo, è auspicabile che gli Organismi di mediazione forensi propongano l'intervento del Mediatore a condizioni agevolate.

⁴³ Preme segnalare come non sussistano pericoli di sovrapposizione (obbligatoria) tra i due istituti, dal momento che l'art. 3, commi 1 e 5, del d.l. 132/2014, come convertito dalla L. 162/2014, fa salve le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati e, in particolare, le previsioni di cui all'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28/2010, ossia quelle collegate a materie per le quali debba obbligatoriamente esperirsi il procedimento di mediazione.

La negoziazione assistita, infatti, risulta obbligatoria nei casi in cui si voglia esercitare in giudizio un'azione in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e nei casi in cui si intenda proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non superiori a € 50.000, fatta eccezione per le controversie nelle quali è prevista la mediazione obbligatoria (ovvero quelle in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari).

Le parti in lite non si trovano, dunque, nella condizione di dover necessariamente esperire i due procedimenti di ADR prima di poter procedere con la domanda giudiziale.

ziale), diversa è la modalità seguita per raggiungerlo⁴⁴.

La Mediazione, infatti, è quell'"attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"⁴⁵

La negoziazione assistita, invece, trae origine da un accordo, la c.d. convenzione di negoziazione, tramite il quale le parti in lite convengono "di cooperare in buona fede e lealtà", al fine di risolvere in via amichevole una controversia, tramite l'assistenza di Avvocati, regolarmente iscritti all'albo ovvero facenti parte dell'Avvocatura per le pubbliche amministrazioni [...].⁴⁶

La convenzione deve essere redatta, a pena di nullità, in forma scritta⁴⁷ e deve contenere, a norma dell'art. 2 del d.l. n. 132/2014, sia il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura - che non può essere inferiore a un mese e superiore a tre (salvo proroga di 30 giorni su richiesta concorde delle parti) - sia l'oggetto della controversia, che non può, come dispone espressamente la norma, riguardare diritti indisponibili o materia di lavoro. La convenzione deve inoltre essere conclusa con l'assistenza di uno o più Avvocati, i quali certificano l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'accordo sotto la propria responsabilità professionale⁴⁸.

Il legislatore ha previsto anche specifiche disposizioni in ordine alla negoziazione assistita facoltativa in materia di famiglia.

L'iter procedimentale delineato dal legislatore d'urgenza comincia con l'informativa da parte dell'Avvocato al proprio cliente della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita.

⁴⁴ Gestire negoziazione e mediazione. Guida per l'Avvocato, di Giovanni De Berti e Antonia Marsaglia, Altalex editore, 2014.

⁴⁵ Art. 1 lett. a) d.lgs. 28/2010.

⁴⁶ Art. 2, co. 1, d.l. 132/2014.

⁴⁷ Art. 2, co. 4, d.l. 132/2014.

⁴⁸ Art. 2, co. 1, d.l. 132/2014.

La parte che sceglie di affidarsi alla nuova procedura invia alla controparte, tramite il proprio legale, invito a stipulare la convenzione di negoziazione. Tale invito deve essere redatto per iscritto, a pena di nullità, debitamente sottoscritto dalla parte personalmente con firma autenticata dal difensore e deve indicare l'oggetto della controversia con l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio, della responsabilità aggravata (art. 96 c.p.c.) e dell'esecuzione provvisoria (art. 642 c.p.c.).⁴⁹

La controparte, nei trenta giorni dalla ricezione, può rifiutare l'invito, non aderire o aderire allo stesso. Se l'invito è rifiutato o non accettato nel termine sopra detto, la domanda giudiziale deve essere proposta nel medesimo termine (30 giorni) decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione o dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli Avvocati.

Rilevanti sono gli effetti scaturiscono dalla comunicazione dell'invito alla controparte. La comunicazione dell'invito, al pari della sottoscrizione della convenzione, sospende il decorso del termine di prescrizione, analogamente all'ordinaria domanda giudiziale.⁵⁰

Altro effetto, di rilevante importanza, che consegue alla comunicazione dell'invito, è quello di interrompere la decadenza; quest'ultima però è impedita per una sola volta e, in caso di rifiuto, mancata accettazione dell'invito o mancato accordo, da

⁴⁹ Art. 4, co. 1, d.l. 132/2014.

⁵⁰ L'art 8. d.l. 132/2014 (Interruzione della prescrizione e della decadenza).”1. Dal momento della comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita ovvero della sottoscrizione della convenzione si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la decadenza, ma se l'invito è rifiutato o non è accettato nel termine di cui all'articolo 4, comma 1, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione nel termine ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli Avvocati.”

questo momento ricomincia a decorrere il termine per la proposizione della domanda giudiziale.

Se l'invito è accettato, si perviene allo svolgimento della negoziazione vera e propria, la quale può avere esito positivo o negativo. In caso di esito negativo, gli Avvocati designati dovranno redigere la dichiarazione di mancato accordo. Nel primo caso, invece, vale a dire quando l'accordo è raggiunto, lo stesso deve essere sottoscritto dalle parti e dai propri Avvocati che certificano sia l'autografia delle firme che la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.⁵¹

L'accordo costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'art. 480, 2° comma, c.p.c.⁵²

Anche la negoziazione assistita può essere, come la Mediazione, volontaria quando è scelta liberamente dalle parti (ma non può avere a oggetto diritti indisponibili né vertere in materia di lavoro) ovvero obbligatoria, essendo il procedimento di negoziazione condizione di procedibilità della domanda.

L'obbligatorietà vige in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, per chi intenda proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme purché non eccedenti cinquantamila euro (a eccezione, come detto sopra, dei crediti in materia di lavoro e non riguardanti controversie assoggettate alla disciplina della c.d. "Mediazione obbligatoria"⁵³) e ora, con la legge di stabilità 2015, anche in materia di contratti di trasporto o di subtrasporto (art. 249 L. 190/2014).

Nei suddetti casi, l'art. 3 del d.l. n. 132/2014 dispone che "l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale".

L'improcedibilità deve essere eccepita, non oltre la prima udienza, dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal

⁵¹ Art. 5, co. 2, d.l. 132/2014

⁵² Art. 5, co. 2 bis, d.l. 132/2014.

⁵³ Art. 3, co. 1, d.l. 132/2014.

giudice⁵⁴. Qualora la negoziazione assistita sia già iniziata ma non conclusa, il giudice provvederà a fissare l'udienza successiva dopo la scadenza del termine fissato dalle parti per la durata della procedura di negoziazione e indicato nella convenzione stessa. Qualora, invece, la negoziazione non sia ancora stata esperita, il giudice, oltre a provvedere alla fissazione dell'udienza successiva assegna, contestualmente, alle parti un termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito⁵⁵. Conseguenza di tale assunto normativo è che se l'invito viene seguito da un rifiuto o da una mancata risposta entro trenta giorni dalla ricezione, ovvero quando è decorso il termine per la durata della negoziazione concordato dalle parti, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata.

In base a quanto disposto dall'art. 3 co. 3 del d.l. 132/2014 *"La disposizione di cui al comma 1 (vale a dire la negoziazione a pena d'improcedibilità) non si applica: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione; b) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile; c) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; d) nei procedimenti in camera di consiglio; e) nell'azione civile esercitata nel processo penale"*.

Il compenso per l'opera professionale svolta dai rispettivi Avvocati rimane a carico delle parti.

Solo quando la negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale -in altre parole quando è obbligatoria- le parti meno abbienti possono accedere gratuitamente al procedimento, nel

caso sussistano le condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio nel giudizio in tribunale.

Nella procedura di negoziazione, come anzidetto, le parti devono farsi assistere necessariamente da un Avvocato, il quale avrà il dovere deontologico di informare il cliente della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita, con il divieto per lo stesso di impugnare l'accordo al quale abbia partecipato.

Il nuovo istituto, infatti, assegna un ruolo determinante agli Avvocati, ai quali vengono conferiti peculiari poteri ed attribuiti una serie di obblighi cui attenersi scrupolosamente al fine di non incorrere in illeciti deontologici e disciplinari.

L'Avvocato, innanzitutto ha l'obbligo, stabilito dall'art. 2 co 7 del d.l. 132/2014, all'atto del conferimento dell'incarico, di informare il proprio cliente circa la possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita⁵⁶. Tale informativa deve rendere edotta la parte circa la possibilità di ricorrere a tale istituto, oltre a metterlo a conoscenza delle finalità e dei vantaggi dell'istituto, in modo da renderlo consapevole e partecipe alla procedura ed alla formazione dell'accordo conciliativo che sarà il risultato dell'attività posta in essere durante la negoziazione.

Particolarmente pregnante risulta, infatti, l'obbligo d'informativa che incombe in capo all'Avvocato, soprattutto in considerazione della possibilità di coesistenza dell'istituto della negoziazione assistita con quello della Mediazione.

Detti strumenti alternativi di risoluzione delle controversie risultano, peraltro, utilizzabili anche in via facoltativa dalle parti, sulla base di una loro libera scelta e/o dietro consiglio del loro legale, tenuto ad informarle di tale possibilità.

Da ciò si evince quale possa essere l'importanza dell'attività informativa dell'Av-

⁵⁴ Art. 3, co. 1, d.l. 132/2014: *"(...) il giudice quando rileva che la negoziazione assistita è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 2 comma 3. Allo stesso modo provvede quando la negoziazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito (...)"*.

⁵⁵ Art. 3, co. 1, d.l. 132/2014.

⁵⁶ Art. 2, co. 7, d.l. 132/2014 *"È dovere deontologico degli Avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita"*.

vocato nella formazione della volontà del cliente circa la scelta dell'uno o dell'altro istituto in quanto, ben potrà accadere che a una Mediazione fallita segua un tentativo di negoziazione assistita o, viceversa, e con maggiori probabilità di successo, a seguito di una negoziazione fallita le parti decidano di avvalersi del procedimento di mediazione, stante l'aggiuntiva figura del Mediatore, soggetto terzo e imparziale, che opera quale facilitatore della comunicazione tra le parti in lite.

Spetta sicuramente all'abilità degli Avvocati difensori capire se sussista o meno l'opportunità di avvalersi di detti strumenti, laddove non siano previsti quali obbligatori, in particolare per quanto attiene alla Mediazione, non essendo questa procedura scevra da pur lievi costi aggiuntivi.

Proprio nei casi in cui le parti decidono liberamente di avvalersi di detti istituti questi potrebbero risultare realmente efficaci strumenti di risoluzione dei conflitti, in quanto voluti e cercati dalle parti, e non imposti da specifiche disposizioni legislative.

Altro obbligo degli Avvocati ed elemento cardine della stessa negoziazione, ben delineato dal legislatore d'emergenza⁵⁷, è quello della necessaria assistenza per la formulazione, non solo dell'invito a stipulare la convenzione e per la stipula della convenzione di negoziazione stessa, ma anche delle dichiarazioni finali di mancato accordo, che devono essere necessariamente certificate dagli Avvocati designati⁵⁸.

Infatti, oltre all'obbligatorietà dell'assistenza "di uno o più legali", agli Avvocati vengono attribuiti anche poteri di autenti-

ca e di certificazione⁵⁹ delle sottoscrizioni autografe delle parti, della dichiarazione di mancato accordo, nonché della conformità dell'accordo che compone la controversia alle norme imperative e all'ordine pubblico⁶⁰.

Altro obbligo dell'Avvocato è quello disposto dall'art. 9 d.l. 132/2014 rubricato, appunto, "Obblighi dei difensori e tutela della riservatezza", che fissa esplicitamente il dovere per gli Avvocati, oltre che per le parti, di comportarsi secondo lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute nel corso della procedura, non potendole utilizzare nell'eventuale giudizio avente, in tutto o in parte, il medesimo oggetto, né potendo le stesse costituire oggetto di deposizione da parte dei difensori⁶¹.

La violazione delle prescrizioni costituisce illecito disciplinare, mentre costituisce illecito deontologico per l'Avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato.

Non da ultimo, si segnalano gli obblighi procedurali, di cui all'art. 11 d.l. 132/2014, secondo il quale i difensori sono tenuti a trasmettere, a fini di raccolta dati e monitoraggio, copia dell'accordo raggiunto a seguito di negoziazione al proprio Consiglio dell'Ordine, ovvero a quello del luogo dove l'accordo stesso è stato concluso, nonché soprattutto quelli di cui all'art. 6, comma 4, che obbliga l'Avvocato della parte a tra-

⁵⁷ Art. 2, co. 2, e 4, d.l. 132/2014

⁵⁸ Art. 4. (Non accettazione dell'invito e mancato accordo): "1. L'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile. 2. La certificazione dell'autografia della firma apposta all'invito avviene ad opera dell'Avvocato che formula l'invito. 3. La dichiarazione di mancato accordo è certificata dagli Avvocati designati".

⁵⁹ Art. 4, co. 2, d.l. 132/2014.

⁶⁰ Art. 4, co. 2 e 3, art. 5 co. 2 d.l. 132/2014 e art. 2 co. 6 d.l. 132/2014. L'accordo che definisce la controversia, sottoscritto dalle parti e dai rispettivi Avvocati, costituisce titolo esecutivo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. I difensori, certificano l'autenticità delle firme e la conformità della convenzione alle norme imperative e all'ordine pubblico.

⁶¹ "È fatto obbligo agli Avvocati e alle parti di comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute. Le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto. I difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite. [...] La violazione delle prescrizioni di cui al comma 1 e degli obblighi di lealtà e riservatezza di cui al comma 2 costituisce per l'Avvocato illecito disciplinare".

smettere entro 10 giorni la copia dell'accordo di negoziazione in materia di separazione e divorzio all'ufficiale dello stato civile del Comune, a pena di sanzione amministrativa pecuniaria variabile da 2.000 a 10.000 euro.

Da un'attenta analisi dell'istituto, infatti, si evince che gran parte della riuscita della sua finalità deflattiva del contenzioso giudiziario sia rimessa alla volontà, alla professionalità e all'impegno dell'Avvocato, nonché alla sua preparazione specifica sulle tecniche di negoziazione.

È auspicabile, proprio ai fini di una buona riuscita di un istituto come quello della

negoziazione assistita, in cui così pregnanti sono i poteri/doveri dell'Avvocato (a partire dal momento della formulazione dell'invito alla controparte fino all'atto conclusivo della procedura), che le parti siano assistite da legali che non solo abbiano la reale intenzione di arrivare a una soluzione negoziale della controversia, ma che siano altresì dotati di tutti gli strumenti tecnici e culturali necessari a immettere valore aggiunto nel procedimento negoziale, partendo dalla preparazione dei propri assistiti agli incontri negoziali per giungere all'ottimizzazione delle varie ipotesi di accordo.

Abstract

Nella puntuale disamina svolta dagli autori sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie, anche detti ADR (Alternative Dispute Resolution), viene evidenziato come gli istituti come quello della mediazione, della negoziazione e dell'arbitrato hanno il vantaggio di permettere una veloce ed efficace risoluzione dei conflitti insorti, con costi inferiori e maggiore riservatezza.

In the punctual examination carried out by the authors on alternative dispute resolution, also called ADR (Alternative Dispute Resolution), is highlighted as the institutes such as mediation, negotiation and arbitration have the advantage of allowing a fast and effective conflict resolution insurgents, with lower costs and greater confidence.