

ADRITALIA

www.adritalia.net

*Rivista quadrimestrale del Comitato ADR&Mediazione
diretta da Antonella Fornari*

Anno 7 – Numero 1 - ISSN 2284-2470

Direttore

dott.ssa Antonella Fornari

(afornari@studiotantaloformari.it)

Comitato Scientifico

Maria Cristina Biolchini, Roberta Calabrò, Stefano Cera, Giovanna De Virgiliis, Leonardo D'Urso, Maria Rosaria Fascia, Dante Leonardi, Alberto Mascia, Massimo Moriconi, Stefano Patti, Salvatore Primiceri, Giusy Raimondo, Andrea Sirotti Gaudenzi, Luca Tantalò, Ana Uzqueda, Saverio Sticchi Damiani, Stefania Nicoletta Tota.

Comitato Redazionale

Paola Bruno, Carlotta Calabresi, Andrea Ceccobelli, Maria Rosaria Di Chio, Claudia Irti, Dante Leonardi, Alberto Mascia, Salvatore Primiceri, Giusy Raimondo, Corinne Isoni.



Comitato ADR
& Mediazione



Comitato ADR
& Mediazione

www.comitatoadrmediazione.it

2020. Tutti i diritti riservati.

Finito di stampare nel mese di marzo 2020

Presso Rotomail Italia Spa – Vignate (MI)

Per conto di Primiceri Editore

Via Savonarola 217, 35137 Padova

ISBN 978-88-3300-174-6

ISSN 2284-2470

Immagine di copertina: © alejandro dans – Adobe Stock

CTM Consulenza Tecnica in Mediazione 2019¹

di Giovanni Matteucci

(Mediatore)

Introduzione

Cos'è la CTM?

Quando può essere utile la CTM?

Chi decide di attivare la CTM?

Chi individua l'esperto e in base a quali criteri?

Dall'elenco di quale tribunale va scelto?

Chi provvede alla nomina?

Chi formula il quesito e determina la durata della consulenza?

Come procedere alla nomina?

Come si svolge la consulenza?

Come stabilire il compenso?

Quale efficacia ha la perizia?

Quale l'utilizzabilità della perizia nell'eventuale successivo giudizio?

Anche se la mediazione è "in contumacia"!??

Mediazione delegata guidata

Accertamento tecnico e Accertamento tecnico preventivo (art. 696-bis c.p.c.)

Regolamento ANAC per la soluzione precontenziosa dei conflitti negli appalti

Bibliografia

Appendice : **1** Schemi di verbali di nomina di CTM; **2** Tribunale Roma 17.3.2014, Dr. Moriconi; **3** Tr. Parma 13.3.2015, Dr.a Chiari; **4** Tr. Roma 16.7.2015, Dr. Moriconi; **5** Tr. Bari, Articolazione di Modugno 3.11.2015, Dr.a Delia; **6** Tr. Bari, Articolazione di Altamura 26.2.2016, Dr.a Fazio; **7** Tr. Ascoli Piceno 4.4.2016, Dr.a Mariani; **8** Tr. Roma 4.4.2016, Dr. Moriconi; **9** Ministero della Giustizia 2.2.2017; **10** Tr. Roma 12.7.2018, Dr. Moriconi; **11** Tr. Lecco 19.9.2018 -19.2.2019, Dr.a Trovò; **12** Tr. Ascoli Piceno 18.10.2018, Dr.a Mariani; **13** Tr. Roma 9.11.2017 – 5.4.2019, Dr. Moriconi, con commenti di Tagliaferro e di Moriconi; **14** Tr. Roma 16.12.2014, Dr.a Mangano.

Introduzione

Secondo il D.Lgs. 2010/2018, art. 8 c.1, nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali.

La figura del consulente tecnico ha avuto inizialmente una connotazione ancillare nell'ambito della procedura di mediazione, ma è via via cresciuta di importanza soprattutto nelle controversie relative a liquidazione di danno causato da incidente stradale o cattiva sanità,

¹ Relazione presentata al Convegno Nazionale GEO-C.A.M., Pesaro, 12/14.9.2019 e pubblicata su Altalex <https://www.altalex.com/documents/news/2019/09/24/consulente-tecnico-in-mediazione-guida-operativa> 24.9.2019 .

CTM indica sia la Consulenza che il Consulente tecnico in mediazione.

dispute bancarie e finanziarie, esecuzione di lavori edili. E, col tempo, si è posto anche il quesito su di un possibile utilizzo della perizia (ottenuta in mediazione) nel successivo eventuale giudizio, per risparmiare tempo e denaro. Fino a giungere alla disposizione di una CTU consulenza tecnica d'ufficio nell'ambito del giudizio, non soddisfacente, ed il rinvio delle parti in mediazione delegata, con l'indicazione da parte del giudice di "paletti" entro cui gestire quest'ultima, ricorrendo eventualmente ad una CTM, consulenza tecnica in mediazione. Una "conversione ad U" fino a pochi anni prima inimmaginabile.

Il tutto, tenendo conto che una delle caratteristiche cardine della mediazione è la riservatezza e che una perizia, ottenuta al di fuori del processo, non può essere considerata prova in senso tecnico.

Chi ha svolto la funzione di maieutica in tutto questo percorso è stata la magistratura (cui del resto si deve la crescita della mediazione civile e commerciale in Italia negli ultimi anni ²), a partire dal 2014 con un provvedimento del Tribunale di Roma, Sezione XIII, dr. Massimo Moriconi.

Ed i casi concreti, in cui ci si può imbattere in una CTM Consulenza Tecnica in Mediazione, possono essere i più vari, con considerazioni le più disparate.

Mediazione volontaria, relativa a controversia su lavori di ristrutturazione di villa in campagna, tra due soggetti di notevole esperienza professionale. Al terzo incontro il mediatore suggerisce l'intervento di un perito e le parti concordano. Al quarto incontro, in una sessione riservata, emerge il vero problema del contendere, che ben poco aveva a che fare con la quantificazione del danno. Se la mediazione è gestita correttamente, serve la CTM?

Controversia tra società finanziaria e cliente, mediazione attivata da quest'ultimo. La finanziaria non si presenta. Da pochi mesi un provvedimento del Tribunale di Parma aveva dichiarato utilizzabile in giudizio la perizia redatta in una mediazione "in contumacia", assente una parte. Il mediatore propone alla parte presente di effettuare una CTM e poi, lui, una proposta di accordo. Per agevolare la soluzione della controversia o per motivi reddituali, dell'organismo e del mediatore?

Controversia banca cliente, relativa ad un prodotto derivato (peraltro tecnicamente ben congeniato). In base ad una sentenza della Corte d'Appello di Milano, nel contratto di stipula di questo prodotto devono essere esplicitati le modalità di determinazione del prezzo (elemento giuridico) e gli scenari probabilistici (elemento tecnico finanziario). Il consulente deve valutare gli aspetti tecnici, ma può esprimere anche un parere su quelli giuridici?

Controversia giudiziale banca cliente, relativa a conto corrente e individuazione di tassi usurari ed anatocismo. Il magistrato dispone una CTU. Il risultato della perizia non è esaustivo ed il giudice dispone una mediazione delegata "guidata", in quanto invita il mediatore a gestire la procedura tenendo conto di determinati "paletti". E' negazione dell'autonomia della mediazione o si tratta solo di individuazione della *ZOPA zone of possible agreement*? Ed il

² Matteucci Giovanni, "Mediation and judiciary in Italy 2019" in Asia Pacific Mediation Journal, 2019 / 2, page 65 <http://mediate.or.kr/base/data/APMJ.php>

mediatore, se opportuno, può facilitare il raggiungimento dell'accordo anche al di là di questi "paletti"?

Uno scenario molto variegato, che si articolerà ancora di più considerando che il Regolamento ANAC, Autorità Nazionale Anticorruzione, ha introdotto la possibilità, su iniziativa congiunta operatore economico e stazione appaltante, di chiedere un parere su controversie insorte dopo la stipula di un appalto, al fine di evitare il giudizio.

Ma quali devono essere i requisiti minimi di una perizia elaborata nell'ambito di una mediazione, perché possa essere utilizzata nel successivo eventuale giudizio? E come redigere il verbale di incarico al consulente tecnico in mediazione?

Cosa è la CTM?

Codice procedura civile, **Art. 61** - *“Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica. / La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente codice”*³.

D.Lgs. 20/2018, **Art. 8, c. 1**, ultimo periodo *“Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo - di mediazione, n.d.r.- può nominare uno o più mediatori ausiliari”*.

c. 4 *“Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti”*.

Quando può essere utile la CTM?

- quando la materia è molto tecnica: controversia sanitaria, divisione ereditaria o immobiliare, controversia banca cliente basata su anatocismo e superamento del tasso soglia, valutazione di quote societarie, valutazione dell'esecuzione di un appalto edile, ecc.;

- quando il mediatore, di sua iniziativa o sollecitato dalle parti, ritiene opportuno l'intervento

³ La figura del consulente tecnico d'ufficio è disciplinata dal

- codice di procedura civile art. 61-64, 191-201;
- disp. att. c.p.c. art. 13-24, 89-92;
- c.p.p. art. 225, 226, 230, 359, 360, 501, 502, 510.

Inoltre,

- AA.VV., *Codice della Relazione Peritale nel processo civile di cognizione*, Pisa University Press srl, 2014

<https://www.pisauniversitypress.it/scheda-libro/autori-vari/codice-della-relazione-peritale-nel-processo-civile-di-cognizione-9788867410392-119390.html>

- Marzari Giuseppina e Turchetti Guido, *“La mediazione delle controversie ed il tentativo di conciliazione nella consulenza tecnica d'Ufficio”*, GEO-CAM 2015

- Botti Alberto, *Manuale del consulente tecnico del tribunale civile*, Legislazione tecnica, 2016

- Avena Domenico, Delia Mirella, Maurelli Pasquale, Pisani Leonardo Antonio, Tedone Giuseppe Pierluigi, *“Il Consulente Tecnico Giudiziario”* Ed. Dei, Tipografia del Genio Civile, 2018

di un tecnico per focalizzare, “quantificare” punti essenziali della controversia

Chi decide di attivare la CTM?

In mediazione le parti sono sovrane, quindi la decisione di attivare il CTM spetta a loro (anche perché sono loro a pagare le spese relative), in genere però su suggerimento degli avvocati che le assistono o del mediatore. Diversa è la situazione quando si tratta di mediazione delegata dal magistrato, che abbia invitato il mediatore ad attivare il CTM o (sbagliando) abbia ordinato al mediatore di attivarlo e (sempre sbagliando), in caso di mancato accordo, di emettere una proposta tenendo conto delle risultanze della perizia. Sbagliando, perché il mediatore non è un ausiliario del giudice e la mediazione non è una fase del processo, ma una procedura stragiudiziale. Nel caso ci sia questo intervento del magistrato e le parti non sono d'accordo, perché non intendono sostenere le spese del tecnico o desiderano che i risultati della perizia restino riservati, che iniziative dovrà prendere il mediatore?

Chi individua l'esperto e in base a quali criteri?

Come già detto, in mediazione le parti sono sovrane, quindi loro possono optare per un esperto di propria fiducia (anche non iscritto negli albi di un tribunale, ma in questo caso si è fuori dalla fattispecie prevista dall'art.8. c.4 e, difficilmente, la perizia verrebbe presa in considerazione da un magistrato). Le possibilità di scelta del perito sono molteplici: di comune accordo tra le parti o tra i periti delle parti, in una rosa di nomi, da parte del mediatore, dell'organismo. A questo, tuttavia, spetta la decisione finale, che cadrà su un professionista con esperienza specifica nella materia del contendere.

Dall'elenco di quale tribunale va scelto?

La normativa non pone vincoli, tuttavia è opportuno che la scelta cada su un esperto iscritto negli albi del Tribunale territorialmente competente ⁴ .

Chi provvede alla nomina?

Per analogia al disposto dell'art. 8, c1, ultimo periodo (nomina di mediatori), è l'organismo

⁴ Tribunale di Firenze, Osservatorio sulla Giustizia Civile, Gruppo mediazione, *Linee guida su alcuni aspetti della mediazione modificati dal d.l. n. 63/2013 convertito con la legge n. 98/2013*, 19.12.2013

http://www.tribunale.firenze.giustizia.it/FileTribunali/173/Sito/NAUSICAA/linee_guida_gruppo_mediazione.pdf

Arianna Orsola: *“Poiché il Decreto del Fare ha introdotto la competenza territoriale dell'Organismo di Mediazione, l'esperto deve essere scelto nell'elenco del tribunale territorialmente competente, salva la possibilità di derogare tale competenza dietro accordo delle parti. Ad esempio al fine di evitare di incorrere nell'incompatibilità dell'esperto con qualcuna delle parti, dei legali o degli eventuali periti di parte nei tribunali più piccoli, oppure per la necessità di reperire un perito con una specializzazione particolare non presente nell'albo del tribunale territorialmente competente”*, in *La consulenza tecnica in mediazione*, Ipsoa, I contratti, 2/2016, pag. 193.

Da tenere a mente, inoltre, l'art. 28 c.p.c., Foro stabilito per accordo delle parti: *“La competenza per territorio può essere derogata per accordo delle parti, salvo che per le cause previste nei nn.1, 2,3, e 5 dell'art. 70, per i casi di esecuzione forzata, di opposizione alla stessa, di procedimenti cautelari e possessori, di procedimenti in camera di consiglio e per ogni altro caso in cui l'inderogabilità sia disposta espressamente dalla legge”*.

di mediazione, e non il mediatore, a nominare il consulente (in questo modo rimarcando ancor di più la terzietà del mediatore).

Chi formula il quesito e determina la durata della consulenza?

In questo caso l'attività è corale (parti, avvocati che le assistono, mediatore) ma è altamente probabile che il parere degli avvocati prevarrà. Le parti, inoltre, e gli avvocati, concorderanno

- l'oggetto della perizia (quesito) ed il termine entro cui andrà redatta;
- i documenti da consegnare al tecnico (eventualmente autorizzandolo a procurarsene di ulteriori),
- la possibile nomina di consulenti di parte e di un eventuale ausiliario del perito;
- la consegna della bozza della relazione alle parti / loro consulenti e l'indicazione di un periodo di tempo, entro cui questi possono effettuare eventuali osservazioni, prima del deposito della perizia presso la segreteria dell'organismo.
- la riservatezza della perizia o, invece, la possibilità di un utilizzo di essa in un successivo eventuale giudizio (ferma restando la riservatezza delle dichiarazioni eventualmente effettuate dalle parti al perito);
- la quantificazione dei costi da parte del perito prima del conferimento dell'incarico.

Opportuno riportare tutti questi elementi in uno schema, un verbale apposito (vedi Appendice, Documento 1).

Tuttavia, se si tratta di mediazione delegata, può essere il magistrato ad indicare gli elementi della controversia ed i limiti entro cui far svolgere la CTM. Ma di questo parleremo nel paragrafo dedicato alla mediazione delegata guidata.

Come procedere alla nomina?

Concordato quanto sopra, il mediatore ne darà comunicazione alla segreteria dell'organismo, e questi al responsabile. Quest'ultimo provvederà a contattare il tecnico e, ottenutane disponibilità e preventivo di spesa, previa accettazione di quest'ultimo dalle parti, gli conferirà l'incarico.

Come si svolge la consulenza?

Criterio di base (soprattutto in vista di un utilizzo della perizia in un successivo eventuale giudizio), rispettare il principio del contraddittorio. Cioè: eventuale nomina di consulenti delle parti, consegna della bozza a queste ultime, deposito di eventuali osservazioni.

Come stabilire il compenso?

Le modalità per stabilire il compenso possono essere indicate nel regolamento dell'organismo, altrimenti si chiederà al tecnico di quantificarlo per ottenere poi l'assenso delle parti. Il tecnico

può anche chiedere di essere pagato prima di iniziare la consulenza. Le parti hanno responsabilità solidale nel pagamento della parcella.

Quale efficacia ha la perizia?

La perizia è una dichiarazione di scienza, i cui effetti possono rimanere confinati nella mediazione, fornendo alle parti un ulteriore elemento, qualificato, per comprendere meglio i termini della controversia. Oppure, la perizia può essere esibita nell'eventuale successivo giudizio

Quale l'utilizzabilità della perizia nell'eventuale successivo giudizio?

La mediazione è una procedura stragiudiziale (quindi, separata dal processo) di soluzione delle controversie, tra i cui principi basilari c'è quello della riservatezza⁵. Cioè, tutte le dichiarazioni, le notizie, i documenti acquisiti in mediazione non possono essere conosciuti al di fuori della procedura; tra tali documenti anche la perizia del consulente tecnico, il quale - tra l'altro - è tenuto alla riservatezza su eventuali dichiarazioni effettuate a lui dalle parti. Fermo l'obbligo della riservatezza sulle queste ultime, le parti tutte insieme possono autorizzare espressamente l'utilizzo dei documenti sopra indicati - tra cui la perizia - al di fuori della procedura di mediazione, cioè nell'eventuale processo seguito a quest'ultima.

Con quali vantaggi? Risparmio di costi e tempo.

Ma se le parti

- non raggiungono un accordo per l'utilizzabilità della perizia nel successivo giudizio; o
- se alla procedura si è presentata solo una parte; o
- presenti entrambe le parti, solo una vuole andare oltre il primo incontro,

⁵ D.Lgs. 28/2010, Art. 3 - **Disciplina applicabile e forma degli atti** – “1. Al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti.

“2. Il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico”.

Art. 9 - Doveri di riservatezza – “1. Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.

“2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti”.

Art. 10 - Inutilizzabilità e segreto professionale - “1. Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisivo.

“2. Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili”.

si può attivare una CTM e la perizia può essere utilizzata nell'eventuale successivo processo?⁶

Il primo (per quanto a mia conoscenza) a rispondere positivamente, è stato il Dr. Massimo Moriconi, Tribunale di Roma, sezione XIII, con un provvedimento del 17.3.2014 ⁷ : *“in un’ottica di equilibrato temperamento fra l’esigenza ... di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono nel corso ed all’interno di tale procedimento, è ... legittima ed ammissibile la produzione nella causa, alla quale pertiene la mediazione, dell’elaborato del consulente tecnico esterno”* nominato dal mediatore. Inoltre i risultati della relazione dell’esperto *“ sono liberamente e validamente contestabili dalle parti, in ogni contesto (mediazione e processo)”*.

Inoltre, se *“le risultanze della perizia in mediazione sono, in linea di principio, in sede giudiziale ammissibili ed utilizzabili, è ben diverso il valore e l’efficacia delle stesse rispetto a*

⁶ Ritengo opportuno fare una precisazione. D.Lgs. 28/2010, **Art. 8 – Procedimento** - *“1. 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 mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di INIZIARE LA PROCEDURA DI MEDIAZIONE e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l’organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari”*.

Se una procedura (o qualunque fenomeno) non inizia, non esiste. Per cui, **se non si supera il primo incontro, la procedura di mediazione non inizia e, quindi, non esiste**. Ed il verbale non dovrà finire con la dicitura *“esito negativo”*, ma solo certificando la mancata volontà delle parti (o di una parte) di voler proseguire oltre il primo incontro. Meglio ancora, *“Ai sensi dell’art. 8, c.1, periodo 5, la procedura non è iniziata”*. Sarò poi il giudice a trarne le conseguenze, secondo legge.

⁷ *“L’art. 3 del decr.lsg.28/10, non predica affatto una generale riservatezza del procedimento.*

“Piuttosto prevede espressamente che il regolamento (dell’organismo, n.d.r.) deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell’articolo 9.

“Norma, l’art.9, che immancabilmente riferisce e limita testualmente l’obbligo di riservatezza alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.

“Può pertanto stabilirsi un primo punto fermo: quella della selettività del divieto che riguarda esclusivamente le dichiarazioni e le informazioni che una parte abbia fornito (a chicchessia dei soggetti presenti nel procedimento di mediazione e quindi, per ipotesi, anche al consulente).

“E non gli accertamenti del consulente. Tale differenza non è casuale.

“Affatto diversa è l’efficacia dell’accertamento dell’esperto nel corso della mediazione.

“Si tratta di un diverso aspetto del problema fin qui affrontato e che attiene alla utilizzazione in giudizio della relazione dell’esperto. I cui risultati, occorre precisare, sono liberamente e validamente contestabili dalle parti, in ogni contesto (mediazione e processo).

“Invero, se come ritenuto, le risultanze della perizia in mediazione sono, in linea di principio, in sede giudiziale ammissibili ed utilizzabili, è ben diverso il valore e l’efficacia delle stesse rispetto a quelle della consulenza tecnica di ufficio.

“E ciò in quanto la prima non facente parte degli strumenti apprestati dal codice di rito per l’acquisizione, formazione e valutazione della prova, perché non disposta, controllata e diretta dal giudice, e perché l’esperto in mediazione non è un ausiliario del giudice (per tutti gli effetti connessi e) con la conseguenza che anche le sue possibilità accertative potrebbero in concreto incontrare dei limiti e ostacoli nei rapporti esterni.

*“Ma il nostro ordinamento conosce ed autorizza le **prove atipiche**, purché siano rispettati alcuni fondamentali principi dell’ordinamento stesso (e fra questi principalmente quello del contraddittorio).*

“Ne consegue che il giudice potrà utilizzare tale relazione secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze, e rilievi delle parti. Meno frequentemente per fondarvi la sentenza, più spesso per trarne argomenti ed elementi utili di formazione del suo giudizio.

“Ovvero, aspetto niente affatto secondario, per costituire il fondamento conoscitivo ed il supporto motivazionale (più o meno espresso) della proposta del giudice ai sensi dell’art.185 bis cpc”.

quelle della consulenza tecnica di ufficio.

“ E ciò in quanto la prima non facente parte degli strumenti apprestati dal codice di rito per l’acquisizione, formazione e valutazione della prova, perché non disposta, controllata e diretta dal giudice, e perché l’esperto in mediazione non è un ausiliario del giudice (per tutti gli effetti connessi e) con la conseguenza che anche le sue possibilità accertative potrebbero in concreto incontrare dei limiti e ostacoli nei rapporti esterni.

“Ma il nostro ordinamento conosce ed autorizza le prove atipiche, purché siano rispettati alcuni fondamentali principi dell’ordinamento stesso (e fra questi principalmente quello del contraddittorio). Ne consegue che il giudice potrà utilizzare tale relazione secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze, e rilievi delle parti.

“Meno frequentemente per fondarvi la sentenza, più spesso per trarne argomenti ed elementi utili di formazione del suo giudizio.

“Ovvero, aspetto niente affatto secondario, per costituire il fondamento conoscitivo ed il supporto motivazionale (più o meno espresso) della proposta del giudice ai sensi dell’art.185 bis cpc”.

A conferma di ciò, nel giudizio in esame, il giudice non tenne conto della perizia del CTM (Appendice, Documento 2).

Circa un anno dopo 13.3.2015 intervenne la Dr. a Angela Chiari, Tribunale di Parma, sez. civ. I. In una procedura di mediazione cliente banca, dove la banca non si era presentata (senza, quindi, la possibilità del contraddittorio) ed il mediatore aveva chiesto una CTM; *“la circostanza che la perizia disposta dal mediatore sia o meno rituale non inficia l’attendibilità dell’esame condotto dal Prof. ... , il quale veniva a ciò incaricato non dalla parte ma da un terzo estraneo alla lite, quale è l’organismo di mediazione”* (e non venne preso in considerazione il rispetto della riservatezza). La perizia, esperita in una mediazione, CONTUMACE una parte, poteva essere usata nel successivo giudizio (Appendice, Documento 3)

Pochi mesi dopo 16.7.2015 di nuovo il Dr. Moriconi, Tribunale di Roma, sex. XIII:

“la possibilità di nomina di un consulente nel procedimento di mediazione è espressamente prevista dalla legge;

“anche nel caso di mancato accordo, la consulenza in mediazione ed in particolare la relazione dell’esperto elaborata e depositata in quel procedimento non è un atto privo di utilità successive, potendo essere prodotto ed utilizzato nella causa che segue alle condizioni, nei limiti e per gli effetti che la giurisprudenza ha motivatamente elaborato;

“le parti potranno sottoporre al consulente, di comune accordo, mediante la fattiva presenza e collaborazione del mediatore, i quesiti che meglio rispondano agli interessi coinvolti nella lite;

“ i costi della consulenza in mediazione, che le parti sopporteranno in pari misura, anche tenuto conto delle modeste indennità di mediazione previste dalle norme, sono senz’altro più

vantaggiosi (e prevedibili, attesa la possibilità di previa interlocuzione con l'organismo, di cui è impensabile una corrispondente in sede giudiziale) rispetto a quelli della causa;

“i tempi di svolgimento e conclusione del percorso di mediazione (neppure soggetto alla sospensione feriale) sono più brevi, disponibili dalle parti e meno formali di quelli del procedimento giudiziale;

“la possibilità, least but non last, che il consulente in mediazione, compensato in ogni caso a forfait per il suo lavoro, secondo le usuali convenzioni che i migliori organismi di mediazione intrattengono con i consulenti, possa operare realmente a fini conciliativi, sviluppando un'utile sinergia con il mediatore”. (Appendice, Documento 4).

Il 3.11.2015 la Dr.a Delia, Tribunale di Bari, Articolazione di Modugno, in una controversia relativa alla vendita di un'azienda, aveva già disposto una CTU contabile per quantificare il valore dell'avviamento commerciale. Mancava la stima del valore di un immobile concesso a garanzia e il giudice, a risparmio di tempo e costi, invece di nominare nuovo CTU, invitò le parti ad adire la mediazione (Appendice, Documento 5)⁸.

Il 4.4.2016 la Dr.a Paola Mariani, Tribunale di Ascoli Piceno, in una controversia banca cliente, decreto ingiuntivo opposto, mediazione obbligatoria, *“ritenuto che la presente controversia investa questioni puramente tecnico/contabili invita il Mediatore designato a nominare eventualmente un professionista iscritto all'Albo dei C.T.U. del Tribunale affinché rediga un elaborato peritale nel contraddittorio con i CTP su cui formulare la proposta ai sensi dell'art.11 del decr. lgs. 28/10.; prescrive che in caso di effettivo svolgimento della mediazione che non si concluda con il raggiungimento di un accordo amichevole, il Mediatore provveda comunque alla formulazione di una proposta di conciliazione, anche in assenza di una concorde richiesta delle parti”* (Appendice Documento 7). Purtroppo non è molto diffusa la consapevolezza che il mediatore non è un ausiliario del giudice (per cui lo si può “invitare” a formulare una proposta) e che, nonostante la perizia del consulente tecnico, potrebbero mancare elementi probatori necessari a redigere le proposta, elementi che il mediatore non avrebbe il potere di procurare ⁹ .

Una sintesi teorica della problematica è stata fornita dal Ministero di giustizia italiano, in un verbale del 2.2.2017: *“...il mediatore AVVOCATO ha ritenuto possibile proseguire la mediazione, nominando un consulente tecnico, nonostante il rifiuto della parte chiamata in mediazione di aderire alla procedura, come risulta dal verbale del 27.11.2017 relativo al*

⁸ Testo presente nel sito della Corte d'Appello di Bari <http://www.giustizia.bari.it> , cliccando sul link *best practices*, BDDC Banca Dati Digitale Conciliativa, ideata dalla Dr.a Mirella Delia, in seguito all'esperienza della “conciliazione integrata” iniziata nel 2011 (vedi pure, Corte Cassazione, *Le buone pratiche in materia di mediazione extra ed endoprocessuale*, 6.6.2018)

http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/SLIDES_SSM_6.6.2018_LE_BUONE_PRATICHE_IN_MATERIA_DI_MEDIAZIONE_ENDOPROCESSUALE_def.pdf

Delia Mirella, *Il giudice e le nuove combinazioni endoprocessuali nei moduli della mediazione. Gli artt. 185 e 185bis c.p.c.*, in *La Nuova Procedura Civile*, 6.2.2015 (attenzione al ruolo del CTU nel § 4)

https://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2015/02/delia_mediazione.pdf

⁹ Matteucci Giovanni, *The civil mediator in Italy: an auxiliary of the judge?!?!*, 3.7.2015 https://www.academia.edu/16656311/ADR_Matteucci_2015.07.03_The_civil_mediator_in_Italy_an_auxiliary_of_the_judge

*primo incontro c.d. di programmazione. il mediatore, dinanzi all'espresso rifiuto di una parte, giammai potrà procedere a formulare alcuna proposta o a nomina un consulente tecnico dovendosi limitare a redigere un verbale negativo. / Diversa, invece, è l'ipotesi in cui la parte chiamata in mediazione decide di rimanere contumace. / ... la parte istante, se il regolamento dell'organismo lo consente, può scegliere di 'entrare' in mediazione e, all'esito dell'attività del consulente tecnico, comunicare al chiamato in mediazione una proposta”*¹⁰ (Appendice, Documento 9).

L'ordinamento giuridico italiano prevede che il mediatore faccia una proposta anche se non richiesto dalle parti (D.Lgs. 28/2010, art.11, c.1) o, addirittura, assente una parte (D.M. 180/2010, art. 7 c.2, lettera b). Tali possibilità furono inserite nella normativa dopo che, nel 2009, l'arretrato delle cause civili presso i tribunali aveva raggiunto il massimo storico di 5.700.105¹¹; chi doveva gestire questa emergenza cercò di arrampicarsi sugli specchi. L'idea di una proposta da parte del mediatore, 'contumace' una parte, considerata quella che dovrebbe essere la natura della mediazione, mi sembra aberrante¹².

La contumacia di una parte in mediazione è stata analizzata in un'ordinanza del Dr. Moriconi, Tribunale di Roma, Sezione XIII, 12.7.2018: secondo il magistrato era stata svolta legittimamente CTM in contumacia di un parte; la consulenza appariva ben fatta e poteva essere utilizzata dal giudice per una proposta ex art. 185-bis c.p.c. (Appendice, Documento 10).

Tribunale di Lecco, Dr. a Trovò, udienze del 19.09.2018 e 19.02.2019. Oggetto della controversia: divisione giudiziale di immobile e comodato. Mediazione già esperita, con intervento di Consulente Tecnico di Mediazione e deposito di relativa perizia. Ma alcuni aspetti erano rimasti controversi, per cui il giudice rinviò le parti in mediazione, stabilendo che *“l'indagine peritale effettuata in sede di mediazione sia integrata dallo stesso consulente già incaricato dalle parti nel primo procedimento di mediazione”* (Appendice, Documento 11).

La sempre maggiore interazione CTM / Procedura giudiziale (almeno per alcuni magistrati) può essere colta nel provvedimento della Dr. a Paola Mariani, Tribunale di Ascoli Piceno, Sezione civile, 18.10.2018 (Appendice, Documento 12). Controversia banca cliente, tassi di interesse, fidejussione. Decreto ingiuntivo opposto, mediazione obbligatoria. Il giudice invita il mediatore a redigere CTM con nomina di CTU iscritto all'albo dei consulenti tecnici del Tribunale e con formulazione dei quesiti in uso alle sezioni civili del Tribunale così come formulati ed aggiornati dalla Commissione permanente; *“... poi sarà rimesso alla valutazione del Giudice la decisione se sia stata o meno rispettata la condizione di reciprocità*

“ In sede di mediazione, su accordo delle parti, l'elaborato peritale è stato espressamente svincolato da riservatezza e pertanto è producibile in giudizio ed ha la stessa valenza ed

¹⁰ Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli Affari di Giustizia, Direzione Generale della Giustizia Civile, Via Tronto 2, 00198 Roma - *Nomina del consulente tecnico su richiesta di una sola parte* 2.2.2017.

¹¹ Ministero della Giustizia, Monitoraggio della giustizia civile, anni 2003 / 1° trim.2019 (12.7.2019)

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST1287132&previousPage=mg_2_9_13

¹² Matteucci Giovanni, *E non chiamatela mediazione!*, in Blogmediazione, CCIAA di Milano 11.12.2013

<https://blogmediazione.com/2013/12/11/e-non-chiamatela-mediazione-anche-perche-ha-una-funzione-paragiurisdizionale/>

efficacia della perizia redatta su incarico del giudice in quanto le parti hanno concordato, sempre in sede di mediazione, altresì che la stessa sia vincolante fra di loro.

“ La redazione della consulenza tecnica in sede di mediazione ha i suoi vantaggi di costi e di tempi di redazione e può confluire nel successivo giudizio o unitamente alla proposta del mediatore, che potrebbe appunto ancorare la sua proposta ai risultati degli accertamenti tecnici, o, come nel caso de quo, prodotta da una delle parti unitamente al verbale negativo stante il consenso allo svincolo dalla riservatezza e dunque alla producibilità in giudizio: la perizia del dott. ... aveva ad oggetto i quesiti in uso presso il Tribunale e così come elaborati ed aggiornati dalla Commissione permanente e pertanto, ove la stessa fosse stata eseguita in giudizio, per ordine del giudice, avrebbe avuto gli stessi risultati, per essere i criteri di calcolo e le modalità di risposta ai quesiti tipizzati e dunque identici.

“... la stessa difesa delle oppponenti non proponeva in sede di osservazioni alcuna critica all'elaborato peritale, ...”

“ Si ritiene di poter compensare integralmente fra le parti le spese della procedura tenendo conto che i debitori oppponenti abbiano comunque proseguito nella procedura di mediazione ove veniva dato incarico al consulente tecnico di redazione dell'elaborato peritale e con accordo sulla producibilità in giudizio e sulla sua vincolatività, con ciò restringendo i debitori oppponenti, PURE SOCCOMBENTI, i tempi processuali.”

Riassumendo, affinché la perizia del CTM sia utilizzabile in giudizio ¹³, devono essere rispettate tre condizioni:

- scelta del consulente tra i periti iscritti nell'albo presso un Tribunale,
- rispetto del contraddittorio,
- assenza del riferimento a eventuali dichiarazioni delle parti in mediazione fatte al consulente.

Ed il principio del rispetto del contraddittorio, a mio giudizio, rende problematico l'utilizzo della perizia del CTM se alla procedura di mediazione ha partecipato solo una parte (“contumace” una -o più- parti). Secondo alcuni, tuttavia, “eventuali doglianze sul rispetto della dialettica peritale, e sulle conclusioni raggiunte, potranno essere fatte valere in giudizio”¹⁴.

L'utilizzo e la conoscenza della CTM, e dei suoi rapporti con il giudizio, tuttavia si diffondono. Lo si riscontra in due ordinanze del 9.11.2017 e 9.4.2018, e successivo post su *su facebook*, del 2.5.2019 (Appendice, Documento 13) del dr. Moriconi : “ *Responsabilità medico sanitaria -*

¹³ Mauro Patrizia, *Il ricorso alla Consulenza tecnica nel procedimento di mediazione in materia di energia e gas*, FiloDiritto 27.4.2018

<https://m.filodiritto.com/articoli/2018/04/il-ricorso-alla-consulenza-tecnica-nel-procedimento-di-mediazione-in-materia-di-energia-e-gas.html>

¹⁴ Atti Annalisa, *Utilizzabilità della CTM in giudizio post mediazione e riservatezza*, in *Bologna Forense*, Estratto verbale adunanza del 13.6.2018 <https://www.bolognaforense.net/2018/07/estratto-verbale-adunanza-del-13-6-2018/>

decesso di una persona- richiesta dei parenti di risarcimento per un danno che qualifico da perdita di chances (il decesso purtroppo era comunque inevitabile).

“Le parti erano ben 13 di cui una casa di cura, un ospedale, oltre a medici e assicurazioni. Dispongo una mediazione guidata (ord. 9.11.2017), evidenziando che è essenziale una CTM (consulenza in mediazione), assicurando che se rispetta determinati canoni (contraddittorio, consulente scelto fra gli albi del tribunale) ne potrò tenere conto nel prosieguo in mancanza di accordo.

“Si presentano da me, successivamente, una sorta di squadra di calcio di avvocati e parti, chiedendomi.....se potessi stendere io i quesiti... . Chiarisco, nel secondo provvedimento (ord. 5.4.2018), che non è opportuno, che il mediatore non è un ausiliario del giudice e che l’organismo non è una succursale del tribunale (testuale), ma offro chiare e precise indicazioni su come potranno condursi nel prosieguo della mediazione.

“Oggi, 2.5.2019, cancellata!!!!!!

“Grande percorso, equilibrio nei ruoli, lealtà e collaborazione, non solo (evidentemente fra le 13 parti) ma ancora più significativo fra il giudice, le parti, l’organismo. Nessuna esondazione, guida sì, ma nel rispetto dei ruoli.

“Sono molto felice, e la cosa che mi importa di più non sono i chili di carte che mi sono tolto quanto il significato e le evidenti importanti implicazioni di questa vicenda...”¹⁵.

Mediazione delegata guidata

Ulteriore evoluzione della materia, e di particolare interesse, è la mediazione delegata guidata (di cui alcuni accenni negli esempi sopra riportati).

Il giudice nell’ambito del processo ha già disposto una CTU, ma ritiene che i risultati della perizia siano insufficienti. Conclude che ci siano alcuni elementi tecnici da puntualizzare e, anche, margini negoziali tra le parti in conflitto. Invita / ordina a queste ultime di attivare una mediazione, invia al mediatore la perizia del CTU e tutti i documenti relativi, e gli indica i confini entro i quali la mediazione possa essere gestita; se lo ritiene, attivi una CTM.

Secondo alcuni questo modo di procedere sarebbe la negazione della mediazione, della sua autonomia rispetto al giudizio. Secondo me, invece, il giudice si sostituisce alla parte attivante la mediazione definendo la ZOPA (*Zone of Possible Agreement*), semplificando il compito iniziale del mediatore. E nulla impedisce che nel prosieguo della procedura emergano altri elementi di contrasto (*the “interests” behind the positions*, o fattori psicologici) e che si trovino delle soluzioni al di fuori dei limiti originariamente indicati dal giudice.

Una delle prime applicazioni di tale procedura è stata fatta dalla Dr.a Laura Fazio nel 2016 (Appendice, Documento 6) in un processo tra banca e cliente, relativo ai conteggi degli interessi applicati ad un conto corrente. Il magistrato aveva disposto una CTU ma la perizia non aveva sciolto tutti i dubbi e, quindi, non era possibile emanare una sentenza o formulare una proposta

¹⁵ Moriconi Massimo, *Mediazione guidata e CTM*, in *NON SOLO sentenze, la mediazione e dintorni* ,2.5.2019

<https://www.facebook.com/nonsolosentenze/?pageid=1398452503727844&ftentidentifier=2260501334189619&padding=0>

di soluzione ex art. 185 *bis* c.p.c.. Il giudice elencò i punti rimasti controversi ed inviò le parti in mediazione, unitamente alla perizia del CTU e relativa documentazione; facendo presente che, in caso di mancato accordo, avrebbe chiesto un'ulteriore CTU con aggravio di costi e allungamento dei tempi per giungere a sentenza¹⁶.

Un uso intenso, e relativa analisi, della mediazione delegata guidata sono stati effettuati dal Dr. Massimo Moriconi¹⁷, il quale a luglio 2019 ne ha disposta una “con range”, specificando anche il possibile “range” dell’ammontare del compenso da condividere tra le parti¹⁸.

Accertamento Tecnico e Accertamento Tecnico Preventivo - Art. 696-bis c.p.c.¹⁹

Prima ancora che fosse approvato il D.Lgs. 28/2010, che ha introdotto la mediazione obbligatoria nell’ordinamento giuridico italiano, nel 2005 era entrato in vigore l’art. 696-bis del Codice di procedura civile, ulteriore metodo di soluzione preventiva delle controversie (purtroppo poco utilizzato²⁰), affiancandosi al preesistente art. 696.

¹⁶ Inoltre, Dr.a Paola Mariani, Tribunale di Ascoli Piceno, 18.4.2017 <http://www.adrmamma.it/news427.pdf>

¹⁷ Arianna Orsola, *Giurisprudenza e consulenze tecniche in mediazione: intervista al dottor Massimo Moriconi*, in Blogmediazione 5.2.2016 <https://blogmediazione.com/2016/02/05/giurisprudenza-e-consulenze-tecniche-in-mediazione-intervista-al-dottor-massimo-moriconi/>

Moriconi Massimo, “*Le potenzialità della mediazione guidata*”, in SPFMediazione 18.4.2016

<https://www.spfmediazione.it/2016/04/18/le-potenzialita-della-mediazione-guidata-secondo-il-giudice-massimo-moriconi/>

¹⁸ Moriconi Massimo, *Mediazione guidata con range, ordinanza 4.7.2019*, in Non solo sentenze 29.7.2019

<https://ne-np.facebook.com/nonsolosentenze/posts/2310917582481327>

Moriconi Massimo, *Mediazione demandata e proposta del giudice 185-bis c.p.c.*, Congresso organizzato da MediaPro part. IV Lecce, 7.6.2019 VIDEO

<https://www.youtube.com/watch?v=5LEe8BQimjg&list=PLvELWtNJaOIULjYxe-qihqLsWDXQrZGvL&index=4>

¹⁹ Cimmino Antonio, *L’art. 696 bis c.p.c.: uno strumento di conciliazione?*, in ADRMamma, 19.6.2009

<http://www.adrmamma.it/cimmino01.pdf>

Moriconi Massimo, *Consulenza tecnica preventiva ex art. 696 c.p.c.*, in Non solo sentenze, 15.2.2014

<https://www.facebook.com/nonsolosentenze>

²⁰ Moriconi Massimo – “*Una delle ragioni per le quali il procedimento di cui all’art.696 bis intitolato consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite è poco efficace al fine auspicato dalla norma (vale a dire la "composizione della lite") va ravvisato, come spesso accade nelle vicende umane, su un motivo che non ha nulla di scientifico. La norma prevede infatti che il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti.*

“*V’è però che se il consulente tentasse effettivamente di conciliare le parti, riuscendovi, non potrebbe più, per ovvie ragioni - le conclusioni della relazione possono entrare in rotta di collisione con l’accordo e la pacificazione delle parti - depositare una relazione, che è l’unica tangibile ed oggettiva prova della natura dello spessore e della rilevanza del lavoro svolto dal medesimo. In questo caso, cioè del mancato deposito della relazione, la sua legittima aspettativa di essere compensato dal giudice subirebbe una sicura e cocente delusione, per la semplice ragione che in mancanza della relazione, e benché le parti si siano conciliate proprio in virtù della sua meritevole attività in tale direzione, la norma rapporta alla relazione e solo alla relazione il compenso del C.T.U., cfr. il Decreto Ministeriale 30 maggio 2002 - Adeguamento dei compensi spettanti ai periti, consulenti tecnici, interpreti e traduttori per le operazioni eseguite su disposizione dell’autorità giudiziaria in materia civile e penale - ; trascurando di prevedere criteri di liquidazione dei compensi nel caso di mancato deposito, per la meritevole ragione in esame, della relazione (...art.20: qualora il parere non possa essere dato immediatamente (cioè nel caso di immediata espressione del giudizio raccolta a verbale), e venga presentata una relazione scritta, spetta al perito, per le medesime operazioni, un onorario...).*

“*Sicché il compenso, allo stato delle normative, in caso di conciliazione, non potrà mai essere corrispondente, e di fatto sarà sempre liquidato in misura molto inferiore, a quello spettante nel caso di mancato accordo e di espletamento completo fino al deposito della relazione da parte del C.T.U.*

“*Fattore altamente disincentivante l’attività conciliativa del consulente e sul quale un accorto e competente legislatore dovrebbe riflettere*” – Tribunale di Roma, Sezione XIII, ordinanza del 16.7.2015.

Art. 696 codice di procedura civile. Accertamento tecnico e ispezione giudiziale - *“Chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato di luoghi o la qualità o la condizione di cose, può chiedere, a norma degli articoli 692 e seguenti, che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale. L'accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale, se ne ricorre l'urgenza, possono essere disposti anche sulla persona dell'istante e, se questa vi consente, sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta.*

“L'accertamento tecnico di cui al primo comma può comprendere anche valutazioni in ordine alle cause e ai danni relativi all'oggetto della verifica.

“Il presidente del tribunale o il giudice di pace provvede nelle forme stabilite negli articoli 694 e 695, in quanto applicabili, nomina il consulente tecnico e fissa la data dell'inizio delle operazioni”.

Art. 696-bis codice di procedura civile. Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite - *“ L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti.*

“Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione.

“Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

“Il processo verbale è esente dall'imposta di registro.

“Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito.

“Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili”²¹.

Il Decreto del fare (D.L. 69.2013, convertito dalla L. 98.2013) alla lista dei procedimenti espressamente esclusi dalla mediazione (D.Lgs. 28/2010 art. 5, c. 4 lett. c) ha aggiunto quelli di cui all'art 696-bis c.p.c.

Tuttavia, secondo il Tribunale di Roma, sezione XIII, 16.12.2014, Dr.a Franca Mangano (Documento 14), *“la giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare la natura interinale e provvisoria del procedimento ex art. art. 696 bis c.p.c.”* per cui *“non è preclusa né la reiterazione né la successiva modificazione”*. *“... tra le medesime parti ed in relazione allo*

²¹ Frediani Paolo, *“Ancor prima che nel nostro Paese si parlasse di sistemi alternativi di giustizia o autocompositivi delle vertenze, la conciliazione trovava silenziosa e diffusa applicazione negli incarichi di consulente tecnico d'ufficio: da sempre tale figura, oltre al compito dell'esperto tecnico, ha rappresentato anche un valore compositivo e in un certo senso attenuativo dei fattori conflittuali”* in *La funzione conciliativa del consulente tecnico d'ufficio*, Ordine Architetti Perugia, 1.10.2014 <http://ordinearchitetti.pg.it/5361/>

Frediani Paolo, *La conciliazione fa tappa davanti al Ctu*, Il Sole 24 Ore, 12.1.2014, pag. 26

<http://www.banchedati.ilsole24ore.com/EstrazioneDoc.do?product=BIG&doctype=HTML&idoc=LU20150112026CAA>

Frediani Paolo, *Una procedura «flessibile» per risolvere il conflitto*, Il Sole 24 Ore, 12.1.2015, pag. 26

<http://www.banchedati.ilsole24ore.com/EstrazioneDoc.do?product=BIG&doctype=HTML&idoc=LU20150112026AAA>

stesso oggetto era stato esperito un procedimento di consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi ex art. 696-bis c.p.c. ... definito con esito negativo”, per cui l’espletato tentativo di conciliazione in CTP ex art. 696-bis non esclude la mediazione. Tuttavia “... la CTU ... ha fornito una serie di informazioni e valutazioni, che ben possono rappresentare una base di confronto tra le parti, in vista di una soluzione transattiva, tanto in sede di mediazione tanto nel corso del presente giudizio.”. Inoltre la parte attrice ha manifestato disponibilità transattiva, sollecitando il giudice ad adottare un provvedimento ai sensi dell’art. 185 bis c.p.c. ²² .

Da ultimo, la L. 24/2017 (Legge Gelli-Bianco) ha predisposto l’ATP obbligatorio per le controversie sanitarie ²³ . Un magistrato si è chiesto se “era necessario ... introdurre una nuova condizione di procedibilità come l’atp obbligatorio per le cause di responsabilità sanitaria” oppure “non sarebbe stato più semplice prevedere che l’atp (facoltativo) fosse alternativo alla mediazione analogamente all’arbitro bancario per le cause bancarie”. Inoltre sottolinea che l’art. 8 c. 4 della L. 24/2017 “pare richiedere una partecipazione personale delle parti a tutte le fasi del procedimento, senza possibilità di farsi rappresentare dal proprio difensore. / Se così è si tratta dell’unico caso di procedimento a partecipazione personale necessaria del nostro ordinamento”²⁴.

²² Calabresi Carlotta, *La consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi e la mediazione obbligatoria*, Nota a Tribunale di Roma, sezione XIII, ordinanza 16.12.2014, giudice F. Mangano, in *La nuova giustizia civile*, 23.2. 2015 <http://lanuovagiustiziavivile.com/la-consulenza-tecnica-preventiva-a-fini-conciliativi-e-la-mediazione-obbligatoria/>

²³ Legge 8.3.2017, n. 24 - Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie. GU Serie Generale n.64 del 17.3.2017. Entrata in vigore del provvedimento 1.4.2017

Art. 8 - Tentativo obbligatorio di conciliazione - 1. Chi intende esercitare un’azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell’art. 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente.

2. La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. E’ fatta salva la possibilità di esperire in alternativa il procedimento di mediazione ai sensi dell’art. 5, c. 1-bis, del D.Lgs 4.3.2010, n. 28. In tali casi non trova invece applicazione l’art. 3 del D.L. 12.9.2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla L. 10.11.2014, n. 162. L’improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d’ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all’articolo 696-bis del codice di procedura civile non è stato espletato ovvero che è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell’istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento.

3. Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all’art. 702-bis del c.p.c.. In tal caso il giudice fissa l’udienza di comparizione delle parti; si applicano gli artt. 702-bis e seguenti del c.p.c..

4. La partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui al presente articolo, effettuato secondo il disposto dell’art. 15 della presente legge, è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all’articolo 10, che hanno l’obbligo di formulare l’offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla. In caso di sentenza a favore del danneggiato, quando l’impresa di assicurazione non ha formulato l’offerta di risarcimento nell’ambito del procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui ai commi precedenti, il giudice trasmette copia della sentenza all’Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza. In caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall’esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione”.

²⁴ Massimo Vaccari – “L’art. 8, c. 4, della L. 24/2017 prevede che la partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva è obbligatoria per tutte le parti, a pena della comminatoria delle conseguenze di cui all’ultimo periodo (condanna alle spese e al pagamento di una pena pecuniaria). / Questa norma quindi pare richiedere una partecipazione personale delle parti a tutte le fasi del procedimento, senza possibilità di farsi rappresentare dal proprio difensore. / Se così è si tratta

E la partecipazione personale delle parti nella procedura di mediazione, richiesta dal D.Lgs 28/2010 ?

Per quanto riguarda l'uso della consulenza tecnica, al fine di prevenire una controversia in materia di appalti, c'è da segnalare che l'ANAC, Autorità Nazionale Anticorruzione, ha previsto la possibilità, su iniziativa congiunta operatore economico e stazione appaltante, di chiedere un parere su contrasti insorti dopo la stipula del contratto²⁵.

dell'unico caso di procedimento a partecipazione personale necessaria del nostro ordinamento” in Ancora sull'atp obbligatorio nelle cause di responsabilità sanitaria, LinkedIn 14.6.2018

“Ma era davvero necessario ... Introdurre una nuova condizione di procedibilità come l'atp obbligatorio per le cause di responsabilità sanitaria? Non sarebbe stato più semplice prevedere che l'atp (facoltativo) fosse alternativo alla mediazione analogamente all'arbitro bancario per le cause bancarie?” in LinkedIn 19.8.2019

<https://www.linkedin.com/pulse/ancora-sullatp-obbligatorio-nelle-cause-di-sanitaria-vaccari-massimo/>

Pare che esita anche l'ATP INVESTIGATIVO. Massimo Vaccari: *“Mancava tra i diversi tipi di questo istituto. Mi è stato segnalato che in un Atp, proposto da una parte che era contemporaneamente indagato di un reato per fatti collegati a quelli oggetto dell'accertamento tecnico, ha partecipato un ufficiale dei Carabinieri, delegato dal p.m. Mi sorprende che il CTU lo abbia ammesso senza nemmeno interpellare il giudice”*, LinkedIn 24.9.2019

[https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6582341279139667968/?commentUrn=urn%3Ali%3Acomment%3A\(activity%3A6582318302591238144%2C6582341176534409217\)](https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6582341279139667968/?commentUrn=urn%3Ali%3Acomment%3A(activity%3A6582318302591238144%2C6582341176534409217))

²⁵ D. Lgs. 12.4.2006 n. 163, art. 6, comma 7 lettera n), regolamento del 2.9.2014

https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=6916f0d20a7780424c8bcf9543f96210

La speranza della mediazione: i giovani e la Competizione Italiana di Mediazione

di Luca Tantalò

(Avvocato cassazionista, ha svolto oltre 2.500 mediazioni presso Adr Center. E' formatore in materia di negoziazione, mediazione e diritto civile e procedura civile con oltre 700 ore in aula. E' presidente del Comitato Adr & Mediazione.)

Ogni anno si svolge a Miano, organizzata in modo straordinario dalla Camera Arbitrale, con il patrocinio dell'Università Statale, la Competizione Italiana di Mediazione. Si tratta di una, quanto mai interessante e divertente, gara tra studenti di università italiane sul tema della mediazione.

Quest'anno dal 27 al 29 febbraio, gli studenti universitari di varie università italiane, insieme ai loro docenti e coach, si sfidano davanti a mediatori professionisti in cinque sessioni di mediazione, su tracce brillantemente redatte da esperti in materia, in un confronto appassionante.

Chi scrive queste poche righe parteciperà come coach, per il quarto anno consecutivo, della LUISS. Quest'anno, grazie allo sforzo dei miei colleghi Angelo Monoriti e Rachele Gabellini, riusciremo a portare ben due squadre, grazie anche ad alcuni ragazzi della squadra dello scorso anno che non solo hanno partecipato alla preparazione sottraendo tempo prezioso allo studio e alle altre attività, ma verranno a Milano a loro spese per fare il tifo per la loro Università.

Quello che ho visto alla CIM negli scorsi anni (ho partecipato anche due volte come valutatore), è veramente incoraggiante: ragazzi di oltre venti Università di tutta Italia (e non è sorprendente che ce ne siano così tante: è sorprendente che non ne partecipino molte di più), appassionati alla materia, felici, concentrati, soddisfatti di aver scoperto il mondo della negoziazione e della mediazione e che, spesso fanno grandi amicizie tra di loro.

Ho visto emozioni suscitate dai miei colleghi coach, commossi e felici nel guardare con occhi pieni di affetto i loro ragazzi impegnarsi nelle sfide contro le altre squadre, dai mediatori (professionisti con una dura scorza emozionati quanto gli studenti) e dai valutatori, impegnati in un compito non invidiabile ma svolto con grande passione e grande serietà. Tutti grandi professionisti, che del tutto gratuitamente preparano le squadre, scrivono i casi e partecipano all'organizzazione per poi venire a Milano (a parte ovviamente i milanesi) per partecipare a quella che è, innanzitutto, una bellissima festa. Qualcuno, lo scorso anno, ha detto che "competizione" e "mediazione" nella stessa frase costituisce un ossimoro: ebbene, forse dovrebbe venire a vedere con i suoi occhi...altro che ossimoro!

Ho cominciato questo percorso (quello della mediazione) come tanti di noi, molti anni fa. E durante questi anni, mi sono dovuto spesso scontrare con tanti personaggi (soprattutto colleghi avvocati) che mi hanno cortesemente (più o meno) manifestato la loro opposizione all'istituto.

Possiamo, in via di larga massima, definirne due categorie: quelli contrari per mancanza di conoscenza dell'istituto, ma aperti al dialogo e all'apprendimento, e quelli contrari sempre per mancanza di conoscenza, ma che rifiutano qualsiasi apertura mentale.

Potrei fare tanti esempi...ma preferisco concentrarmi sui primi, i quali hanno voluto provare sul campo...e si sono convertiti, e sono tantissimi, tanto che alcuni ormai presentano istanza di mediazione anche in materie cosiddette "volontarie" e che in mediazione qualche volta rendono la mia presenza abbastanza inutile, per quanto sono bravi a negoziare produttivamente. Hanno compreso i vantaggi della mediazione, dell'apertura del dialogo, della comunicazione, del chiarimento e della possibilità di avere un accordo che sia soddisfacente per tutti, invece di una lite amara con nessun risultato pratico e dei pessimi rapporti tra le parti.

Invece, con animo molto addolorato, devo dare una brutta notizia agli appartenenti alla seconda categoria: sono destinati, ancora una volta, all'estinzione. Sì, perché l'entusiasmo di questi ragazzi, e di tanti altri in giro per l'Italia (penso a quei poveri ragazzi che mi hanno avuto come docente in un Master sulle ADR), è ormai irrefrenabile. È solo questione di tempo, ormai pochi anni, ma la strada è segnata, non si torna più indietro, nonostante qualche agghiacciante programma politico – scritto dall'autore del famigerato emendamento sul "primo incontro" che vorrebbe praticamente cancellare la mediazione. Mi dispiace per chi, nonostante gli evidenti risultati, dice (come il nostro inadatto Ministro) che la mediazione non serve a niente: questi ragazzi ne sono entusiasti, come dimostrano ogni anno in questa straordinaria manifestazione, ma anche con l'appassionata partecipazione ai corsi in materia di negoziazione e mediazione che le Università più illuminate organizzano, e sono sempre di più.

Durante una sessione di preparazione, uno dei ragazzi dello scorso anno (non uno dei coach, ma uno studente!) ha detto ai suoi colleghi di quest'anno che lo studio della negoziazione e della mediazione avrebbe cambiato loro la vita, esattamente come ha cambiato la sua (e la mia). E i suoi colleghi lo hanno ascoltato attentamente, e qualcuno gli ha risposto che ha già notato alcuni effetti.

Tra qualche anno, fortunatamente, saranno loro i professionisti ai quali i cittadini si rivolgeranno per la tutela dei loro interessi. E sono sicuro che sapranno consigliarli al meglio, scegliendo la via del dialogo e della collaborazione, invece che della lite a tutti i costi e senza risultati.

L'accordo di mediazione civile e i riflessi sull'accertamento tributario

di dott. Massimiliano Ferrari

Può un accordo di mediazione civile avere riflessi nei rapporti tributari tra contribuenti ed Amministrazione Finanziaria?

Questo è il tema di questa breve trattazione e si precisa subito che l'argomento è molto delicato, oltre che dibattuto, anche in considerazione della recente introduzione dell'istituto della mediazione civile e soprattutto della sua "recentissima" espansione materiale come strumento deflattivo delle controversie tra soggetti.

Il caso spinoso che andiamo ad analizzare è quello di un contribuente che ha affidato la propria gestione contabile e fiscale ad un commercialista, risultato successivamente gravemente inadempiente; l'inerzia del consulente ha comportato l'insorgere di parecchi contenziosi tributari la cui gestione è risultata a dir poco laboriosa come si vedrà in seguito.

Vale la pena preliminarmente inquadrare il caso sotto il profilo normativo per poi addentrarci nella effettiva fattispecie che ha ispirato questo scritto.

L'accordo di mediazione civile

L'istituto della mediazione civile è istituito e normato dal D.Lgs.28/2010; la mediazione civile viene intesa come attività volta alla ricerca dell'accordo amichevole per la composizione di una controversia e volta al raggiungimento di un accordo tra le parti.

L'intento principale è quello di fornire una risposta alla crisi del sistema giudiziario italiano che necessitava di un valido strumento deflattivo che tra l'altro avesse alcune caratteristiche specifiche tra cui: la gestione dei procedimenti di mediazione in capo ad organismi accreditati, incentivi fiscali, l'effetto interruttivo della prescrizione ed impeditivo della decadenza connesso al deposito dell'istanza; l'improcedibilità della domanda giudiziale in presenza di una clausola contrattuale che preveda il preventivo esperimento del tentativo di mediazione, l'efficacia esecutiva dell'accordo, i rapporti tra la mediazione non riuscita e il successivo processo, la riservatezza delle informazioni acquisite nel corso del procedimento, oltre che la proposta su richiesta delle parti.

Tralasciando gli aspetti procedurali in questa sede ci concentriamo sulla disciplina del momento conclusivo del procedimento di mediazione, la quale è contenuta negli articoli 11 e 12 del D.Lgs. 28/2010.

In particolare, la prima delle norme richiamate prevede che "*se è raggiunto un **accordo amichevole**, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo*". In tal caso "*si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere.*"

Il successivo articolo 12 prevede poi che “1. *ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. L'accordo di cui al periodo precedente deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, del codice di procedura civile. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal Presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione. 2. Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale”.*

Pertanto, il verbale di accordo, “certificato” dai legali o comunque omologato dal Tribunale rientra dunque, a pieno titolo, nella categoria dei titoli esecutivi indicati dalla legge, generalmente disciplinati dall’art. 474 c.p.c.; di conseguenza in caso di mancata osservanza di quanto previsto nell’accordo, si potrà procedere con l’esecuzione forzata, previa la notifica dell’atto di precetto e del titolo esecutivo (art. 479 e seguenti c.p.c.).

Per procedere in via esecutiva, dunque, la parte deve essere in possesso di almeno un originale del verbale di accordo, che viene notificato all’altra parte non in copia autentica, bensì mediante trascrizione dello stesso nel precetto, al pari di quanto avviene per assegni e cambiali.

Il professionista, le azioni in caso di inadempienza contrattuale e i risvolti tributari per il contribuente

In tema di responsabilità del professionista nello svolgimento del proprio mandato a favore dei contribuenti la Legge 423/95 all’art.1 dispone che “*La riscossione delle soprattasse e delle pene pecuniarie previste dalle leggi d'imposta in caso di omesso, ritardato o insufficiente versamento è sospesa nei confronti del contribuente e del sostituto d'imposta qualora la violazione consegua alla condotta illecita, penalmente rilevante, di dottori commercialisti, ragionieri e consulenti del lavoro, iscritti negli appositi albi, in dipendenza del loro mandato professionale.*” Quindi il contribuente non incorrerà nell’applicazione della sanzione tributaria, nel caso in cui abbia delegato gli adempimenti fiscali ad uno dei soggetti sopra indicati (dottori commercialisti, ragionieri e consulenti del lavoro, iscritti negli appositi albi poi esteso dalla giurisprudenza a tutti i terzi in genere) e questi non abbiano provveduto. Ciò, però, a condizione che sia stata sporta formale denuncia all'autorità giudiziaria o ad un ufficiale di polizia giudiziaria. Inoltre il comma 4 del medesimo articolo prevede che: “*se il giudizio penale si conclude con un provvedimento definitivo di non luogo a procedere ai sensi dell'articolo 425 del codice di procedura penale per motivi di natura processuale o per intervenuta estinzione del reato ovvero con un provvedimento definitivo di non doversi procedere ai sensi dell'articolo 529 del medesimo codice, la sospensione delle sanzioni non perde efficacia se il contribuente dimostra di aver promosso azione civile entro tre mesi dal deposito del provvedimento, fornendone prova all'ufficio di cui al comma 2. In tale ipotesi, se il giudizio civile si conclude con un provvedimento definitivo di condanna, l'ufficio annulla le sanzioni a carico del contribuente e provvede all'irrogazione a carico del professionista ai sensi dell'articolo 17, comma 3, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472.*”

Tale norma richiama il Decreto Legislativo n.472/97 in tema di sanzioni ed in particolare l'art.5 di tale decreto norma le sanzioni per colpa del professionista e la successiva circolare 180/E del 1998 ne spiega il contenuto indicando in particolare che è affetto da colpa grave il comportamento da cui si evince "*l'evidente macroscopica inosservanza di obblighi tributari elementari*".

In questi casi e utilizzando l'iter sopra descritto il contribuente potrà vedersi sgravate le sanzioni a proprio carico, con imputazione delle stesse al professionista inadempiente.

Il caso

Come già accennato in precedenza il caso trattato riguarda un contribuente che affida la propria contabilità e la propria posizione fiscale ad un commercialista il quale risulterà gravemente inadempiente nei suoi principali compiti.

Riepilogando le omissioni ritenute più gravi:

- omessa presentazione della dichiarazione dei redditi per gli anni 2007-2008-2012;
- presentazione di dichiarazione dei redditi per l'anno 2011 con dati totalmente diversi per eccesso (reddito superiore di 4 volte) da quelli che scaturiscono dalla contabilità;
- omessa impugnazione di avviso di accertamento relativo alle omesse dichiarazioni per gli anni 2007 e 2008;
- omessa impugnazione di cartelle di pagamento;
- omesso invio di modelli 770 per le annualità già indicate ai punti precedenti;
- inoltre il professionista si rifiuta di consegnare la documentazione contabile in suo possesso.

Il contribuente vistosi notificare tutti questi atti decide di intraprendere azione nei confronti del proprio commercialista.

Pertanto, tramite Carabinieri, il soggetto denuncia penalmente il consulente e contemporaneamente intraprende azione civile per il risarcimento del danno.

Altrettanto contestualmente, tramite nuovo consulente fiscale e viste le azioni proposte, il contribuente chiede ed ottiene la sospensione amministrativa delle sanzioni comminate; sospensione che opererà fino alla fine di tutto l'iter procedurale nei confronti del professionista al quale verranno imputate tali sanzioni se risultato colpevole ai sensi di legge.

Venendo al vero punto centrale della presente trattazione i legali delle due parti, consulente e contribuente, si accordano per effettuare un tentativo conciliativo presso un mediatore civile presso apposito organismo della Camera di Commercio.

La mediazione civile ha luogo ed ha effetto positivo tra le parti che si accordano. Di seguito si riportano le caratteristiche dell'accordo specifico:

il consulente:

- riconosce la propria responsabilità per le gravi e ripetute inadempienze e negligenze professionali commesse;
- riconosce che il contribuente ha agito in buona fede;
- autorizza alla divulgazione nelle sedi opportune dell'accordo;
- rinuncia a intentare azioni di qualsiasi natura nei confronti del contribuente;
- si impegna a consegnare al contribuente tutta la documentazione contabile in suo possesso;

il contribuente:

- rinuncia ad ulteriori azioni risarcitorie;
- rinuncia all'azione penale nei confronti del professionista.

A questo punto ci si chiede se tale accordo sia sufficiente o meno, una volta presentato nelle sedi opportune, a far decadere le sanzioni amministrative dal contribuente con trasferimento delle stesse in capo al professionista, il quale ha ammesso di aver cagionato danno al suo cliente mediante ripetute e gravi inadempienze.

Per rispondere alla domanda, alla quale per ora non vi è risposta certa, si precisa che il contribuente ha presentato istanza in autotutela al fine di chiedere:

- la revisione delle annualità per rideterminare correttamente gli imponibili sui cui calcolare le imposte dovute;
- lo sgravio delle sanzioni amministrative per i motivi suesposti.

L'istanza è stata inviata alla Direzione Provinciale dell'Agenzia delle Entrate con espressa richiesta di interpellare la Direzione Regionale sulla questione.

Conclusioni

Posto quindi che una risposta definitiva ancora non esiste, lo scrivente auspica che sia corretto sostenere che la questione debba avere buon esito per il contribuente, nel senso che essendo state rispettate tutte le previsioni legislative è possibile sostenere che le sanzioni comminate possano essere sgravate integralmente e trasferite in capo al professionista.

Tale affermazione non è per forza così immediata se andiamo a riverificare quali sono le previsioni normative espresse in precedenza, che richiedono:

“se il giudizio penale si conclude con un provvedimento definitivo di non luogo a procedere la sospensione delle sanzioni non perde efficacia se il contribuente dimostra di aver promosso azione civile entro tre mesi dal deposito del provvedimento, fornendone prova all'ufficio; (...) se il giudizio civile si conclude con un provvedimento definitivo di condanna,

l'ufficio annulla le sanzioni a carico del contribuente e provvede all'irrogazione a carico del professionista.”

Quindi nel caso specifico l'azione penale è stata proposta, ma successivamente ritirata e l'azione civile si è conclusa non con una sentenza di un giudice ma con un accordo di mediazione.

Quale potrà essere la soluzione?

La soluzione auspicata è quella che garantisca il buon esito della vicenda a favore del contribuente; e ciò a parere di chi scrive per due ragioni.

La prima ragione è di tipo **tecnico giuridico**.

Il contribuente ha intrapreso l'azione penale e successivamente ha intentato causa per il risarcimento del danno subito.

L'accordo di mediazione a parere di chi scrive non può togliere dignità giuridica a quanto concordato tra le parti; infatti tale accordo assume carattere di esecutività esattamente come una sentenza civile.

Poniamo ad esempio che in un giudizio civile un giudice con sentenza passata in giudicato avesse deciso in favore di una delle due parti, seppur solo parzialmente, indicando esattamente quanto previsto dall'accordo citato poco sopra. A questo punto tutto l'iter previsto dalla norma si sarebbe completato e conseguentemente le previsioni sulla responsabilità del professionista sarebbero state adottate dall'Amministrazione Finanziaria.

Conseguentemente, tale **“valore giuridico”** dovrebbe assumerlo anche l'accordo di mediazione civile in cui si verificano i presupposti previsti dalla normativa e cioè, nel caso specifico, l'assunzione di responsabilità di chi ha commesso le gravi e ripetute irregolarità ed inadempienze con conferma della assoluta buona fede del soggetto che le ha subite.

Il secondo motivo è di **giustizia tributaria**. Banalizzando il contribuente potrebbe affermare: *“non è giusto che io debba essere sanzionato se a creare il danno è stato il mio professionista!”*

In realtà su tale punto la giurisprudenza recente, pur non facendo totale chiarezza sull'argomento, ha preso una posizione non particolarmente favorevole^[1] per il contribuente, ma di contro, la norma e la prassi sono, ad avviso di chi scrive, sufficientemente chiare nello specificare che non il semplice errore (che capita anche agli studi più attrezzati), ma le **ripetute e sistematiche gravi inadempienze** del professionista rendono il suo comportamento sanzionabile in tema di trasferimento *“in sua testa”* del carico sanzionatorio comminato al contribuente.

E ciò anche nel caso in cui la **“sentenza”** (impropriamente detta) derivi da un accordo di mediazione civile effettuato presso un organismo di mediazione riconosciuto dalla legge, perché questo si ritiene essere anche il fine della norma di introduzione di tale istituto, che innanzitutto vuole ridurre numericamente e in termini di tempi il contenzioso, ma che anche vuole dotare i soggetti incaricati del deflattivo di strumenti *“legali”* aventi una portata giuridica effettiva ed esecutiva e con caratteristiche di equità (anche sociale).

^[1] Cassazione civile, sez. VI, 15/03/2017, n. 679 (con richiamo a Cass 25580/2015 e Cass. 11832/2016) "in tema di dichiarazione dei redditi, il contribuente non assolve agli obblighi tributari con il mero affidamento ad un commercialista del mandato a trasmettere in via telematica la dichiarazione alla competente Agenzia delle Entrate, essendo tenuto a vigilare affinché tale mandato sia puntualmente adempiuto, sicché la sua responsabilità è esclusa solo in caso di comportamento fraudolento del professionista, finalizzato a mascherare il proprio inadempimento."

Far ascoltare per mediare

di Donatella Agrizzi

(Avvocato)

Siamo un organismo complesso, composto di corpo, mente ed energia ed ogni parte influenza l'altra.

Quando vogliamo conoscere le dinamiche di qualcuno, è necessario conoscere cosa influenza ciascuno di questi sistemi ed è per questo che è necessario un approccio che tenga conto dell'influenza che il sistema corpo ha sulla mente e viceversa e di come la qualità e quantità dell'energia che abbiano influenzi i primi due e viceversa.

Se la persona a cui Ti rivolgi è fisicamente stressata, anche la sua capacità di ascolto verrà diminuita.

E' quindi importante metterla a suo agio, farla rilassare, in modo che sia più disponibile e pronta all'ascolto.

Questa è una situazione che molto probabilmente sarà comune a quasi tutte le situazioni di conflitto che Vi trovate a mediare.

Quindi a parità di situazione stressante, ci sono altri elementi che possono influenzare la disponibilità della parte e la sua capacità di ascolto?

Assolutamente sì e sono varie. Qui le principali:

1) La CHIMICA del corpo: A) se la persona viene all'incontro dopo pranzo, l'energia sarà impegnata nella digestione, cosa che da una parte potrebbe essere positiva in termini di rilassamento, ma dall'altra abbassa la capacità di ascolto ed elaborazione.

Se avete bisogno che la persona elabori e sia attenta, evitate questo momento.

B) Per far rilassare la parte, un bel bicchiere d'acqua può essere utile. Questo non solo modifica la chimica del corpo ma anche la fisiologia. Evitate invece il caffè che provoca uno sbalzo chimico e crea tensione.

2) L'ORARIO: se i Vostri interlocutori sono mattutini, l'orario migliore è di mattina presto, mentre il pomeriggio inoltrato è sconsigliato (a meno che non vogliate “prenderli per stanchezza”).

All'opposto, se le parti sono i cosiddetti “tipo civetta”, evitate la mattina presto, quando saranno assolutamente intrattabili.

Nel dubbio un orario successivo alle dieci di mattina è preferibile.

E l'ora di pranzo? Un orario vicino alla pausa pranzo od orario di cena, può essere utile in caso di trattative avanzate, per aiutarli ad arrivare al dunque. Se avete bisogno che si aprano all'ascolto, evitatelo.

3) Come sono SEDUTI. Anche la posizione intorno al tavolo influenza l'ascolto.

Le persone più vicine a Voi, saranno più portate all'ascolto. Quindi nel caso le parti siano composte da più persone, posizionate la più influenzante a Vostro lato. Ebbene sì, la cosa in assoluto migliore è che sappiate, una volta conosciute le parti, chi si deve sedere dove, magari spiegando che avete bisogno di parlare con quella persona in particolare.

La posizione dell'avvocato dipende da quanto è influente e quanto è favorevole alla mediazione.

Se è sfavorevole, posizionate lo lontano affermando che è necessario che le parti possano valutare da sé quanto proposto, senza influenza esterna.

Se è favorevole, invece posizionate lo a metà tavolo, così Vi aiuterà ad influenzare la parte. In questo caso potete parlare con lui in precedenza e chiedergli di sedersi a metà tavolo ed invitare le altre persone a sedersi secondo l'ordine stabilito. La persona più fragile sarà seduta accanto all'avvocato, verso di Voi, la più forte o a sostegno delle altre, anche lontano.

4) IL LUOGO dove si svolge l'incontro è importante. Se possibile la stanza dovrebbe essere ampia, soleggiata e con tanta luce e la temperatura gradevole, non troppo caldo o freddo per intenderci.

Fate in modo che ci sia dell'acqua da bere (vedi sopra).

Se è possibile il tavolo dovrebbe essere rotondo ed in vetro. Se il tavolo è rotondo la posizione delle parti attorno al tavolo diventa meno importante. Se questo non è possibile, considerate il punto 3.

Importante è l'assenza di rumori esterni invadenti.

L'ideale sarebbe riuscire a creare un silenzio totale, interrotto da una musica a bassissimo volume di sottofondo.

5) TEMPO: dare a ciascuna parte un tempo preciso per parlare (come si fa nelle riunioni aziendali di alto livello).

Aiuta a risparmiare tempo ed evitare recriminazioni e sviamento dal tema, garantisce l'ascolto.

6) DOMANDE: fare domande puntuali e precise aiuta molto ad avere risposte puntuali e precise e l'ascolto reale di tutte le parti.

7) ASCOLTO: fondamentale è l'ascolto. Se Vuoi essere ascoltato, devi ascoltare per primo e in modo ATTIVO. (Se non sapete di cosa si tratta un corso di comunicazione fa per voi.

Vedi: www.formazionecomunicazione.net/corsi/master-in-comunicazione/comunicazione

Questo implica guardare la parte, annuire, prendere appunti, fare domande di chiarimento, evitare di interrompere.

Se avete dato alla parte un tempo per esprimere quello che doveva dire e la avvisate che ha ancora due minuti di tempo, sarà molto più facile (soprattutto al secondo incontro) evitare di interrompere la parte e se lo farete, sarete giustificati dalla tempistica.

7) DISCIPLINA: quanto detto sopra Vi permetterà di ottenere un incontro disciplinato e di stabilire, in modo assolutamente neutro, che siete Voi il riferimento principale.

Questa consapevolezza porta ad un ascolto accurato della parte e Vi faciliterà il compito.

**Brevi note sulla partecipazione effettiva delle parti in mediazione:
volontarismo versus possibilità giuridica nel caso concreto (commento a
Tribunale Firenze Sez. III, Sent., 08-05-2019)**

di Valentina Saviello

(Avvocato)

Nel panorama delle pronunce di merito che hanno fatto seguito alla nota sentenza della Terza Sezione della Cassazione n. 8473 del 27 marzo 2019, la sentenza del Tribunale di Firenze, Sezione III, depositata in data 8 maggio 2019, spicca per l'articolata motivazione con la quale il Giudice del merito, in contrasto con quello di legittimità, ha dichiarato l'improcedibilità della domanda giudiziale.

Il provvedimento del magistrato fiorentino offre dunque lo spunto per tornare ad affrontare la annosa *querelle* sulla natura del cosiddetto primo incontro di mediazione e sulle caratteristiche della mediazione obbligatoria, sia essa demandata dal Giudice o proposta *ante causam* nelle materie individuate dal Legislatore tra quelle per le quali la presentazione della domanda di mediazione costituisce condizione di procedibilità.

IL CASO

La Banca Alfa conviene in giudizio con azione revocatoria ordinaria Tizio e i suoi due figli Mevio e Sempronio. Tizio rimane contumace. Il Giudice demanda le parti in mediazione avvalendosi del disposto dell'art. 5, comma 2 bis del D.lgsvo 28/2010 con un'ordinanza molto dettagliata, richiamata per stralcio anche nella motivazione, ove si legge e che riteniamo opportuno riportare: "*sin dal primo incontro avanti al mediatore dovrà procedersi ad effettiva attività di mediazione nel merito della lite*"; ed ancora che "*dello svolgimento di tale attività dovrà darsi atto a verbale*" e chiarendo che "*ai sensi dell'art. 8, comma 1, le parti possono esprimersi sulla possibilità - vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della medesima - e non sulla volontà di procedere; in tale ultimo caso si tratterebbe invece di tentativo facoltativo rimesso al mero arbitrio delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale interpretatio abrogans della norma e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflattiva*", avvertendosi "*che il mancato esperimento del procedimento di mediazione è sanzionato con la improcedibilità della domanda giudiziale (art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 28 del 2010)*"; e che "*la condizione di procedibilità si considera avverata se il primo incontro avanti al mediatore si conclude senza accordo (art. 5, co. 2 bis)*".

Nel frattempo si costituisce in giudizio con atto di intervento volontario la Società Beta, mandataria della Banca Alfa, cessionaria *pro soluto* delle sue pretese. Le parti entrano in mediazione dopo alcuni rinvii di carattere organizzativo, ma al primo incontro, nonostante le indicazioni del giudice siano recepite dal mediatore, viene redatto verbale negativo. Con la seconda memoria *ex art.* 183, comma sesto n. 2 c.p.c. gli avvocati dei convenuti eccepiscono la improcedibilità della domanda, mentre, con la propria terza memoria *ex art.* 183 c.p.c., l'avvocato della intervenuta Società Beta replica che le distanze tra le parti erano tali da aver

giustificato il mancato svolgimento della mediazione effettiva. Invitate le parti alla discussione orale *ex art.* 281 *sexies* c.p.c., il Giudice, come sopra detto, ha dichiarato l'improcedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 2 e comma 2 bis del D.lgsvo 28/2010 compensando tra le parti le spese di lite a fronte della non univoca giurisprudenza sull'assolvimento della condizione di procedibilità.

LE MOTIVAZIONI DELLA SENTENZA

Il Tribunale giunge a queste conclusioni a seguito di una analisi articolata dello stato della giurisprudenza di merito sulla mediazione obbligatoria in quanto demandata dal Giudice e giustifica il proprio dissenso rispetto alle conclusioni dell'unico precedente di legittimità in materia, ovvero la nota sentenza della Cassazione 8473/2019. Il mediatore, quando interroga le parti di esprimersi *ex art.* 8 del D.lgsvo 28/2010, non deve chiedere loro di esprimersi sulla mera possibilità di utilmente iniziare, *rectius* di proseguire, l'incontro, ma si attende dalle stesse una risposta circa l'esistenza di eventuali condizioni ostative alla prosecuzione, aventi un rilievo giuridico. Il Tribunale di Firenze, in buona sostanza, afferma che la mediazione obbligatoria non si basa sulla semplice volontarismo delle parti e – aggiungiamo noi – sulla circostanza spesso addotta da parti e legali che *le distanze tra loro siano talmente rilevanti da non giustificare l'avvio (rectius la prosecuzione) della mediazione*, ma, ad esempio, su un difetto di legittimazione o sul fatto che le questioni dedotte in mediazione attengano a diritti indisponibili delle parti.

Sin qui non possiamo che condividere le argomentazioni logico-sistematiche cui è pervenuto il Tribunale, il quale richiama anche i precedenti di merito che, a vario titolo, si sono espressi nello stesso senso. Diversamente opinando si giungerebbe a svilire la mediazione, riducendola ad un inutile passaggio prima dell'ineluttabile giudizio. Il Tribunale di Firenze supera anche, con convincenti argomentazioni, la tesi avversa alla mediazione, secondo la quale tale strumento alternativo al giudizio comporterebbe una ingiustificata limitazione nell'accesso dei cittadini alla giustizia statale e quindi una violazione dell'esercizio del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 della Costituzione. La stessa Consulta ha superato questa critica ricorrente, ma ormai poco incisiva, che accomuna tutte le condizioni di procedibilità presenti nel nostro ordinamento, dichiarandone la loro conformità qualora non rendano eccessivamente oneroso o difficoltoso l'accesso alla giustizia; abbiano il fine di condurre le parti ad una soluzione più efficiente ed in definitiva migliore di quella che potrebbero ottenere in giudizio; dipendano da circostanze rientranti nella sfera di volontà o di controllo delle parti.

Non va inoltre dimenticato che la *ratio* sottesa alla mediazione è la tutela anche dell'interesse statuate a deflazionare il carico della giustizia. Proprio il vanificare il cosiddetto primo incontro o incontro preliminare di mediazione condurrebbe ad effetti opposti a quelli perseguiti dal Legislatore, tanto con riferimento agli interessi delle parti quanto con riguardo a quelli della collettività. Che senso avrebbe una sessione di mediazione in cui il mediatore si limitasse a dare informazioni che gli stessi avvocati obbligatoriamente devono dare ai propri assistiti al momento del conferimento dell'incarico? La logica conclusione dovrebbe essere tuttavia quella di ritenere dovute le indennità di mediazione e non solo le c.d. spese fisse di avvio, una volta accertato che nulla osta all'esame nel merito e ciò per logico corollario di quanto stabilito dallo stesso Tribunale di Firenze, già in sede di primo incontro di mediazione. A tanto il Tribunale

non è purtroppo giunto, nonostante la stessa lettera della legge (art. 5 del D.lgsvo) preveda al comma 2 bis che *“quando l’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro si conclude senza l’accordo”*. La strada verso l’effettività è ancora lunga.

In bocca al lupo: un augurio di buona mediazione

di Ferdinando Carbone

(Avvocato e Mediatore di “We Solve”)

A chi si vuol bene, si fanno sempre i “migliori auguri” per tutto, dalla salute agli esami, dal viaggio all’intrapresa di una nuova attività, insomma per qualsiasi cosa “*in fieri*”, della quale si auspica un esito positivo, una conclusione favorevole.

Per chi non ha compiuto studi classici, “augurio” deriva dalla parola latina *augur*, ossia “augure”, che presso gli antichi designava colui (una sorta di sacerdote) che interpretava il “volere degli dei”, osservando il volo degli uccelli.

Cosa che al giorno d’oggi dovrebbe far sorridere, se non addirittura inorridire, pensando a quali “stranezze del caso” ci si appigliava prima di decidere se e come intraprendere un’attività importante, magari anche l’entrata in guerra contro nemici, veri o immaginari, a seconda della direzione in cui si spostava (in maniera assolutamente inconsapevole, beninteso) un insieme di volatili, magari di diversa specie, cioè rapaci dai rostri acuminati o innocui passeracei come le rondini.

Ma osservare il cielo, non solo per motivi scientifici, ossia legati alla meteorologia, è stato sempre un atteggiamento vagamente speranzoso, specialmente a fine giornata, quando dal colore dell’atmosfera si tentava di capire che tipo di tempo sarebbe stato quello dell’indomani, magari sperando (come si cerca di far sempre) in qualcosa di migliore del presente.

Per un innato pessimismo della ragione si è spesso portati a contrapporre, anche a momenti di gioia o semplice serenità, il timore che il peggio deve arrivare, una cattiva sorpresa è sempre dietro l’angolo. Il che ha innestato, in maniera del tutto contraddittoria rispetto alle leggi della logica, un diffuso uso della scaramanzia, dell’appigliarsi cioè a formule, se non addirittura ad oggetti (portafortuna o addirittura amuleti) in grado di scongiurare gli effetti negativi della “malasorte”.

Un bell’esempio letterario di questo stato d’animo, tormentosamente contraddittorio, è dato dalla poesia carducciana “San Martino”, dove all’ “*allegria del borgo*” (ossia delle c.d. “anime semplici”) fa da contraltare il cacciatore (ossia persona più evoluta del contadino, con progetti di attività venatoria) intento a rimirare, dalla porta di casa, “*stormi di uccelli neri*” in volo al tramonto, simbolo non certo annunciatore di buoni auspici per l’indomani.

Da questa contraddizione dell’animo umano nascono le formule più astruse ed apparentemente antitetiche di “auguri alla rovescia”, appunto per scaramanzia, di cui una delle più frequenti è il classico “*in bocca al lupo*”.

Un tempo, ed ancora recentemente, tale formuletta veniva immediatamente completata dal destinatario con un immediato “*Crepi (il lupo)*”, che contribuiva a rappresentare un’immagine del tutto negativa di quell’agile abitatore delle foreste, le cui zanne aguzze, simbolo di sciagurata fine per chi gli si parava contro, dovevano essere combattute o con una perentoria fucilata, o quanto meno rese per sempre innocue da una tagliola ben occultata nella macchia.

Da un bel po' tuttavia si è capito che questo atteggiamento ostile (risalente all'hobbesiano "*homo homini lupus*") è del tutto fuorviante, perché lo "*stare in bocca al lupo*" è invece frutto dell'atteggiamento protettivo della lupa, che difende il suo lupacchiotto tenendolo delicatamente in bocca e portandolo in tal modo fuori da un pericolo di cui lei si è tempestivamente accorta. Ovviamente, tale forma di protezione materna è l'esatto contrario della presunta cattiveria del lupo, e conferma, attraverso un uso delicato delle zanne, la possibilità che "*ogni cosa ha il suo rovescio*".

Da qui la nuova risposta, ormai felicemente prevalente, "*Viva il lupo*", con cui si accoglie l'augurio, non più in senso scaramantico, ma proprio come un vero e sincero auspicio di cose buone, ossia di trovare salvezza, grazie ad una bocca niente affatto cattiva.

Così, fuor di metafora, proviamo a vedere come "*in bocca al lupo*" possa essere declinato e costruito attorno alla vicenda di un conflitto o di una semplice controversia, dove è sempre in agguato il pericolo che chi vi si trova invischiato rimanga vittima del suo stesso stato, e non possa essere portato a salvamento da un amorevole lupo, che si dia carico di trarlo fuori dalla foresta in cui si è perduto.

E' più che evidente che questo amorevole "salvatore" altri non è che il mediatore, un lupo "*sui generis*", che conosce bene la foresta e le sue insidie, ossia il pericolo, per chi non sa risolvere da solo il problema che lo tormenta, di rimanere vittima di se stesso e della propria incapacità di "*salvarsi da solo*", proprio come capiterebbe ad un lupacchiotto alle prime armi.

Nella bella metafora letteraria dei "*Libri della Giungla*", il cucciolo d'uomo Mowgli rappresenta colui che non sa affrontare e superare i pericoli di una vita non semplice, anzi molto complessa, mentre gli animali che lo hanno adottato e lo formano alle difficoltà della vita, sono le vere "*persone dotte ed esperte*", in grado di garantire una formazione efficiente. Ne discende, dalla lettura del romanzo di Kipling, l'evidenza che la complessità delle situazioni difficili impone *una molteplicità di competenze*.

Non ci può essere "un solo lupo buono" a salvare Mowgli, ma occorrono vari "*tutors*", ognuno con le sue caratteristiche peculiari che rappresentano, fuor di metafora, la multidisciplinarietà della mediazione e del suo percorso verso il traguardo della salvezza riconquistata.

Nell'estrema semplificazione del romanzo, il tutoraggio formativo ed educativo alla risoluzione delle difficoltà della vita, prima nella giungla vegetale e poi in quella, assai più pericolosa, della giungla artificiale (la città), abitata da tutt'altri animali, dalle sembianze umane, ma non sempre educati a dovere, è affidato ad una triade, che rappresenta sinteticamente la *saggezza* (l'orso Baloo), il *coraggio* (la pantera Bagheera) e la *pazienza* (il pitone bianco Kaa).

Nella realtà delle mediazioni troviamo certamente la necessità, o l'opportunità, di ulteriori competenze, se non altro nella vasta gamma delle complessità tecniche e tecnologiche che investono gran parte delle problematiche della vita moderna. Tuttavia attorno a questa triade (*saggezza, coraggio, pazienza*) possiamo costruire il nocciolo essenziale dell'opera del mediatore, che deve essere tutto sommato un istruttore di quei "cuccioli d'uomo" che sono i litiganti i quali, come nell'analisi transazionale, devono passare dalla condizione di *infant* a quella di *adult*, senza rimanere intrappolati nello stato presuntuoso di *parent*.

Nel raccomandare pertanto a tutti i mediatori, e soprattutto agli aspiranti che intendono formarsi a tale specializzazione, di leggersi o comunque rileggersi quei Libri, con occhio

maggiormente attento agli insegnamenti nascosti ma profusi a man bassa quei testi (un vero prontuario, oltretutto piacevole e divertente), vediamo di tratteggiare nelle linee essenziali quelli che sono i tre principali strumenti della mediazione, come si è detto la *saggezza*, che deriva dall'esperienza, il *coraggio*, che produce la creatività, e la *pazienza*, che determina il raggiungimento del risultato.

Senza dimenticare peraltro la cosa più importante, di cui è permeata tutta l'opera di Kipling, ossia una *forte connotazione etica* e di rispetto delle regole.

Della saggezza in mediazione

Partiamo dalla saggezza, rappresentata nella giungla dall'orso Baloo, figura iconica della lentezza con cui deve procedere l'attività del mediatore nell'osservare, farsi un'idea della situazione, soppesare pro e contro della vicenda, capire dove si trova il pericolo, la trappola in cui non cadere (e non far cadere il proprio assistito), andare alla ricerca del "miele", che nel nostro caso rappresenta la dolcezza del traguardo da raggiungere.

Una tempistica di approccio alla soluzione che parte da lontano e non ha molto, o per meglio dire nulla, da spartire con quella velocità di approccio al dialogo con le parti, dopo il primo incontro informativo, previsto dalla normativa vigente nei casi di tentativo obbligatorio di mediazione.

Così come, comunque, nella tempistica stringente, entro cui concludere il procedimento (pari sulla carta ad appena o poco più due mesi), tanto che quasi tutti, se non tutti, i casi di mediazione riuscita durano (fortunatamente) molto di più, dimostrando la scarsa attenzione del legislatore per gli aspetti sostanziali, rimanendo vincolato ad un canone generale di brevità dell'intermezzo mediativo, per non allungare eccessivamente i tempi del processo.

E ciò, come se questo paventato rischio avesse un senso, di fronte alle estenuanti lungaggini dello stesso, certamente non aggravate dal breve spazio temporale di alcune mensilità.

Nessuna attenzione è stata infatti posta alla fase "costruttiva" (volutamente non la chiamo istruttoria) dell'approccio alla soluzione, che richiede approfondimenti e dialoghi preliminari con ciascuna delle parti ed i loro avvocati, per capire (dal latino *capere*: afferrare, impadronirsi) non tanto della materia del contendere, quanto soprattutto di cosa vi è *dietro, accanto e davanti*, ossia tutto ciò che circonda il conflitto e la materia controversa, che non è altro se non la "*punta dell'iceberg*", e che non è assolutamente in grado, per mancanza di tempo, di fornire tutti gli elementi necessari ad un superamento efficace della fase litigiosa.

Questo approccio da "*orso saggio*" da alcuni studiosi di mediazione, specialmente familiare (Anna De Vanna) è stato opportunamente definito "*meditare mediterraneo*", per la tradizionale lentezza, tipica specialmente dei popoli del Sud Europa, nell'affrontare i problemi, che non va confusa con l'ignavia o peggio ancora il menefreghismo. Cosa abbia di comune il "*Mare Nostrum*" con la giungla di Mowgli non è dato sapere, fatto sta che anche nella foresta vergine ci si muove con circospezione, a volte gli animali restano fermi per lungo tempo, in attesa che *maturi il momento in cui intervenire*.

Tanto ciò è vero, che la saggezza dei popoli ha tirato fuori due chicche che devono restare ben presenti nella mente del saggio mediatore: "*La fretta è una cattiva consigliera*" e "*La gatta frettolosa fa i gattini ciechi*", proverbio quest'ultimo ancor più drammatico, perché ricorda che il risultato dell'improvvisazione, dell'accorciare irragionevolmente i tempi di decisione magari

perché ce lo impone la legge o, peggio ancora, perché si ha fretta di concludere un'attività che probabilmente rende poco o nulla, quindi senza alcun rispetto per l'etica, porta sempre a risultati mediocri se non deleteri, con addirittura un possibile aggravio rispetto alla situazione di partenza.

Abbiamo parlato, in un precedente articolo su questa rivista, di “*anamnesi del conflitto*” e confermiamo che questo aspetto fondamentale della saggezza dell’ “*orso mediatore*” è *conditio sine qua non* per poter accedere alla “*terapia della parola*” della fase successiva, che sia di tipo facilitativo o propositivo poco importa.

Questi due “tipi” di mediazione in realtà non sono che due facce della stessa medaglia, l’orso saggio non si limita a facilitare il dialogo, mettendo le parti a loro agio e basta. Vero si è che l’arte maieutica, nel che consiste l’essenza della mediazione, prevede che “apparentemente” la soluzione venga fuori dalla bocca delle parti (o dalla più diligente di esse), ma in realtà, se c’è un’attività di levatrice, è proprio questa, che fa nascere il miracolo dell’accordo, fino a poco tempo prima nascosto “nella pancia” (è il caso di dirlo) delle persone. Si può consigliare anche parlando poco, purchè siano le parole giuste, quelle che innestano, come nelle reazioni chimiche, il fermento produttivo del risultato sperato.

Vedendo una persona saggia che medita e parla poco, come potrebbe essere un monaco buddista immerso in meditazione, certamente ad un occidentale, poco aduso a tali pratiche, potrebbe venire in mente che costui di tutto si preoccupi meno che del proprio problema, visto che apparentemente egli non si preoccupa nemmeno dei suoi. Nulla di tutto ciò riguarda invece il saggio mediatore, perché egli manifesta continuamente, come fa Baloo nei confronti di Mowgli, la massima attenzione ed il massimo desiderio di salvarlo da quei pericoli che certamente lui da solo non è in grado di risolvere.

Il suo “*meditare sul problema*”, a differenza del pensiero orientale, poco propenso ad esplicitare le proprie emozioni, invece è formato da “*pathos controllato*”, ossia empatia professionale, senza mai abbandonare le opportune distanze e senza immedesimarsi nella parte da aiutare, dato che in tal caso perderebbe la terzietà. Del resto, anche icasticamente (il che non guasta), appare difficile che un grosso plantigrado possa entrare nel corpo di un piccolo ragazzo.

In conclusione, la saggezza, frutto della grande esperienza che a Baloo non manca, e che riesce a trasmettere al suo assistito, accorciando in suo favore i tempi di apprendimento con cui egli tale esperienza ha maturato, nel che consiste l’utilità del servizio di mediazione, deve trovare sbocco nella seconda fase, quella in cui la mediazione passa sotto il controllo di Bagheera.

Del coraggio in mediazione

L’agile e silenziosa pantera nera, così diversa dall’orso è, come si sa, simbolo di coraggio ed efficacia, in grado di portare l’esperienza *dal pensiero all’azione*, ossia entrare nel vivo della dialettica mediativa, che nella giungla è rappresentata dall’approccio all’obiettivo (la preda), mentre nel procedimento con il “*mediatore/pantera*” è l’approccio alla soluzione del problema. Non si pensi che le due cose siano molto diverse, e che la prima, quella della preda, sia più semplice da raggiungere che non quella, incruenta, dell’accordo. Abbiamo ben chiara la visione, dai documentari naturalistici, che molto spesso il predatore rimane con un palmo di

naso, e che si fa sfuggire il risultato sperato, per non aver dosato attentamente tempo e/o luogo dell'attacco.

Pensando quindi che non è per niente facile in mediazione raggiungere l'obiettivo, se si commettono anche errori apparentemente non gravi, ma che lasciano sul terreno ferite non rimarginabili, occorre tenere presente che non basta agire secondo rigidi canoni prestabiliti per ottenere il risultato sperato, ma occorre “*trasformare il coraggio in creatività*”, ossia non aver paura di innovare, proprio per non farsi sfuggire l'occasione di trasformare in positivo il “*male oscuro*” della discordia.

Molto spesso una soluzione “di tipo tradizionale” (ad es. la transazione pura e semplice) non serve a dirimere la controversia, non certo perché la “*divisione della torta*” non abbia una sua logica equitativa, ma proprio perché in certi casi si deve avere il coraggio, quella torta, di “*allargarla*”, o persino cambiarla in “*altro tipo di cibo*”, più idoneo ad accontentare le necessità delle parti. Ciò che può andare bene ad una, magari in un determinato tempo, può non andare bene all'altra, magari perché “quel cibo” non può più mangiarlo, perché indigesto o peggio ancora pericoloso per la sua salute. E così occorre tenere conto delle diverse esigenze in modo da renderle compatibili in una soluzione che accontenti entrambe.

Per restare nella metafora, un litigio tra un felino ed una iena per spartirsi una gazzella, non darebbe nessun risultato se lottassero per mangiare la preda “*nello stesso tempo*”. Alla iena piacciono i resti, specie se in decomposizione (ci verrebbe da dire: “tutti i gusti son gusti”), mentre al felino quello che occorre sono i muscoli della carne, i c.d. “pezzi buoni”, perché la sua conformazione fisica ed il tipo di caccia che fa, inseguendo la preda, è molto diversa da quella della iena, che non corre dietro a nessuno perché la sua preda preferita è cadavere da diverso tempo.

Anche questa semplice “divisione temporale” però talvolta non funziona, come sappiamo sempre dai documentari. E questo avviene quando la fame morde, e non si ragiona più secondo i canoni di cui abbiamo parlato or ora. Se le iene non hanno trovato cibo per giorni, quando vedono una preda appena conquistata da un felino, che la sta sbranando ancora calda esse, forti del numero, prendono coraggio, anche per l'estrema necessità di riempire lo stomaco, e si gettano sulla preda, mettendo in fuga l'avversario. In tal caso questo fa di necessità virtù e batte in ritirata, lasciando il campo a coloro che mangeranno un cibo a loro non gradito, perché non decomposto, ma tuttavia necessario alla loro sopravvivenza.

Si vede pertanto come in tal caso entrambi i contendenti escono insoddisfatti, anche se in misura diversa. E' evidente che la soluzione “classica” sarebbe stata migliore per entrambi, prima uno e poi l'altro, ma in questo caso l'elemento, del tutto anomalo, di una fame irrefrenabile ha modificato in peggio la soluzione.

L'esempio appena fornito non calza a pennello rispetto alla mediazione, proprio perché la soluzione i contendenti se la sono trovata da soli, in questo dimostrando, se pur ce ne fosse bisogno, che gli animali sono meno animali di quel che sembra, e che spesso superano l'uomo nel risolvere i loro problemi. Ma proprio per questo insegnamento, dobbiamo noi umani fare un bagno di umiltà e riconoscere che spesso, se non quasi sempre, è meglio affidarsi, in caso di controversia difficile, ad un mediatore coraggioso se vogliamo raggiungere un obiettivo condiviso e funzionale ad entrambi.

Non possiamo non sottolineare come la creatività della soluzione (da non confondere con una soluzione estrosa o complessa, molto spesso la semplicità è frutto di maggior immaginazione rispetto ad un ragionamento lineare che purtroppo non accontenti nessuno) nulla o quasi ha a che vedere con una soluzione di tipo giuridico, quale quella che può uscire da una sentenza o da un lodo arbitrale rituale.

Della pazienza in mediazione

Abbiamo detto che per raggiungere il risultato sperato, il mediatore deve essere paziente, ossia non farsi prendere né dallo scoraggiamento, quando vede che le parti non si smuovono dalle loro posizioni, o che navigano a vista, sballottate anche magari da interventi ora positivi ora irrigiditi dei loro avvocati, né dalla fretta di concludere, perché ha altro da fare, o perché non ritiene che il suo compito non sarà sufficientemente remunerato.

La pazienza, dicono i proverbi, è la virtù dei forti, mentre in genere viene spesso scambiata per il difetto dei deboli. Nella giungla tutti gli abitanti sono pazienti, perché sanno come devono comportarsi, ed il più paziente, e silenzioso di tutti, è il serpente, nell'immaginazione di Kipling impersonato da Kaa, il pitone bianco.

Gli esegeti dello scrittore britannico, innamorato dell'India e delle sue tradizioni, hanno ritenuto di identificare questo animale nello spirito orientale, apparentemente “sotto tono”, privo degli slanci emotivi e chiassosi degli occidentali, ed in particolar modo degli ispanici o ispano/americani. E' forse uno stereotipo ormai in via di superamento, anche in virtù della globalizzazione non solo delle merci, ma anche dei sentimenti legati alle emozioni che molto spesso si fossilizzano negli “*emotikon*”.

Fatto sta che il serpente ha sempre rappresentato, nell'iconografia giudaico/cristiana, un esempio di negatività, di inaffidabilità, di doppiezza. Molti serpenti, non solo la vipera, hanno la lingua biforcuta, che nel linguaggio primitivo dei nativi americani (i famosi pellerossa) si riferiva all'innata tendenza al mendacio da parte dell'”uomo bianco”, chiamato con disprezzo “viso pallido” rispetto al bel colore abbronzato delle popolazioni autoctone, grazie al fatto che non vi sono giungle nel Nord America.

Nella Genesi, il serpente viene maledetto da Dio perché ha ingannato l'uomo, e questo sembrerebbe non essere più messo in discussione, come una condanna perpetua. Eppure il serpente è una creatura come le altre, e sicuramente, per restare nella tradizione biblica, deve essere stato salvato dal patriarca Noè, altrimenti la sua specie sarebbe andata estinta dopo il diluvio, come invece non è accaduto.

Peraltro il Nuovo Testamento, senza contraddire l'Antico, lo supera nell'annuncio di un nuovo modo di pensare (la Buona Novella) che, a proposito del serpente lo rivaluta in senso positivo. In Matteo 10,16 Gesù dice infatti agli apostoli che sta inviando in missione (come *mediatori*, a sua imitazione) tra le genti bisognose di pace: “*Siate prudenti come i serpenti e semplici come le colombe*”. Il serpente, per il nuovo modo di pensare, è circospetto, attento a ciò che accade, non cerca il pericolo se proprio non è necessario.

E' quindi un serpente “virtuoso” e per così dire saggio, visto che questo consiglio dato ai suoi discepoli è preceduto da un monito dall'apparenza terribile: “*Ecco io vi mando come pecore in mezzo ai lupi*”. Sembrerebbe, detto in termini crudi, una sorta di invio al massacro, e parrebbe un'anticipazione del martirio dei cristiani, che non è mai in verità cessato. Nulla di tutto questo.

Pecore e lupi sono entrambe icone di *come ci si trova in un dialogo difficile*. La predicazione deve essere mansueta, come sono mansuete le pecore, e se è tale non deve necessariamente scatenare la reazione inconsulta del lupo. Ricordiamo che San Francesco d'Assisi ebbe un ottimo rapporto con il lupo, e questo ci deve far riflettere, ritornando quindi all'idea che nessun animale è cattivo in sé, né il lupo né il serpente, spetta all'uomo mediatore renderli mansueti agendo con purezza e semplicità, come una colomba, bianca, guarda caso, proprio come il pitone Kaa.

Conclusioni

Diversi sono gli scopi degli strumenti di soluzione delle controversie. La legge non fa voli pindarici, ed a ragione, perché tale non è il suo scopo. Il diritto violato impone, secondo la logica dell'*assist* che il giudice dà al legislatore, quando emette il suo *decisum* (latinamente: “*taglio*”), una risposta al quesito di diritto a lui formulato dal contraddittorio delle parti. Ognuna vuole avere ragione, il che è impossibile secondo ogni logica aristotelica, cartesiana, hegeliana. Pertanto, come sappiamo, vi sarà un vincitore ed un vinto (non sempre necessariamente il convenuto).

Talvolta, in casi patologici, vi saranno due vinti, entrambi insoddisfatti dalla risposta del giudice. In ogni caso non vi saranno mai due vincitori, a meno che non si voglia considerare tale lo scenario in cui l'attore vince la causa ma non riesce ad eseguire la sentenza.

Il che tutto sommato fa concludere per la sostanziale incapacità della giustizia ordinaria di soddisfare le parti in lite, il che poi è come scoprire l'acqua calda, visto che la premessa, come ricordato, non è affatto quella di soddisfare le parti, e nemmeno una di esse, ma solo di ripristinare il diritto violato, tant'è che la sentenza può intervenire anche in tempi molto lunghi, visto che il diritto, essendo un prodotto mentale dell'uomo, non soffre più di tanto nell'attendere la sua riaffermazione.

Peccato però che la Costituzione ha solennemente affermato, nel rispetto dei *diritti dell'uomo*, e non del diritto *tout court*, che la sentenza deve essere pronunciata in tempi ragionevoli, e la “ragionevolezza” come sappiamo non è una categoria giuridica in senso stretto, ma una categoria etica.

Etica che c'è, e deve sempre esserci, nel comportamento del mediatore nei confronti di coloro che a lui ricorrono nella giungla della vita.

**Procedura di definizione delle controversie nelle telecomunicazioni
presso i Co.Re.Com. e AGCOM**

di Alfonso Umberto Calabrese
(*Formatore e Mediatore professionista*)

Come ho già anticipato nell'articolo "ADR nelle TLC"²⁶ le procedure di risoluzione delle controversie nella materia delle telecomunicazioni elettroniche (telefonia fissa e mobile, internet e pay-tv) si possono svolgere avanti a enti od organismi differenti.

Non si può accedere alla giustizia ordinaria in quanto il ricorso in tale sede è improcedibile fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione.²⁷

Lo svolgimento della procedura di conciliazione è, quindi, suscettibile di variazioni in funzione della diversità del soggetto deputato a risolvere la controversia a cui l'utente si rivolge; gli enti e/o organismi possono essere:

Comitato Regionale per le Comunicazioni – Co.Re.Com.²⁸, operano su delega dell'Autorità AGCOM, a livello regionale e provinciale limitatamente alle province autonome di Trento e Bolzano; la procedura si attiva e svolge tramite la nuova piattaforma digitale online ConciliaWeb²⁹ che è entrata in vigore il 23 luglio 2018 in tutta Italia sostituendo la procedura vecchio rito.

Presso i Co.Re.Com. le procedure di risoluzione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche sono gratuite e si caratterizzano per la celerità, per l'alta percentuale di esiti positivi e con riconoscimenti economici per indennizzi di tutto rispetto alle parti istanti.

Le Camere di Commercio. Camere di conciliazione istituite e/o Organismi presso le Camere di Comm. e Agricoltura aderenti al protocollo d'intesa stipulato tra l'Autorità Agcom e Unioncamere³⁰.

Organismi ADR³¹ di conciliazione in materia di consumo di cui agli artt. 141bis, 141 quinquies e 141-decies³² del Codice del consumo; n. 19 organismi iscritti nell'elenco dell'Autorità di cui alla delibera n. 661/15/CONS.

²⁶ ADRITALIA pag. 11, anno 6 Numero 1, 2019.

²⁷ Art. 3 c.1 , Delibera Agcom n. 353/19/CONS – art. 1 c. 11 legge 31 luglio n. 249.

²⁸ Art. 1 c. 11 legge 31 luglio n. 249. - CORECOM Emilia Romagna, <https://www.assemblea.emr.it/corecom>.

²⁹ Agli utenti deboli che non sono in grado di accedere alla piattaforma digitale è assicurata la possibilità di presentare l'istanza presso le sedi dei Corecom con adeguata assistenza. Su richiesta dell'utente le comunicazioni relative alla procedura sono inviate anche tramite posta all'indirizzo di residenza indicato all'atto della presentazione dell'istanza.

³⁰ Protocollo d'intesa tra Agcom e Unione Italiana delle Camere di Commercio del 19 maggio 2019.

³¹ Elenco organismi ADR presso AGCOM,

[https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_ls3TZlzsK0hm&p_p_li](https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_ls3TZlzsK0hm&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-)

[1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_ls3TZlzsK0hm_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_ls3TZlzsK0hm_assetEntryId=3620254&_101_INSTANCE_ls3TZlzsK0hm_type=document](https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_ls3TZlzsK0hm&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_ls3TZlzsK0hm_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_ls3TZlzsK0hm_assetEntryId=3620254&_101_INSTANCE_ls3TZlzsK0hm_type=document)

³² Direttiva n. 2013/11/UE e dec. leg.vo n. 130/2015.

Organismi ADR di conciliazione paritetica, procedure ADR in cui “rientrano esclusivamente le negoziazioni paritetiche disciplinate da protocolli d’intesa stipulati tra i professionisti o loro associazioni e un numero non inferiore a un terzo delle associazioni dei consumatori e degli utenti, cui all’articolo 137 “, Cod. Consumo (legge 06/09/2005 n° 206 e succ. modifiche).^{33 34 35}

In caso di fallimento del tentativo di conciliazione, indipendentemente all’ente od organismo avanti al quale è stata esperita la procedura obbligatoria di conciliazione della controversia, l’utente può chiedere la “definizione amministrativa” della controversia al Co.Re.Com. di competenza che agisce su delega di AGCOM³⁶ o direttamente all’Autorità nel caso di controversie che attengono ai disservizi occorsi in occasione del passaggio a un altro operatore.

Qualora l’utente lo ritenga, alla conclusione della procedura di conciliazione, può rivolgersi direttamente alla Giurisdizione Ordinaria senza attivare la procedura di definizione della controversia, a seguito del corretto assolvimento della condizione di procedibilità con lo svolgimento del tentativo di conciliazione.

Se il tentativo obbligatorio di conciliazione ha avuto esito negativo, o in caso di conciliazione parziale siano rimaste irrisolte questioni controverse, l’utente può chiedere al Co.Re.Com. competente di definire la controversia, purché non siano decorsi più di tre mesi dalla data di conclusione del tentativo di conciliazione e se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, non sia già stata adita l’autorità giudiziaria.

Con il provvedimento di definizione della controversia, accertata la fondatezza delle pretese dell’utente e la responsabilità dell’operatore, si ordina all’operatore la cessazione della condotta lesiva dei diritti dell’utente nonché il rimborso di eventuali somme non dovute o il pagamento in favore dell’utente di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell’autorità.³⁷

Quadro normativo.

Il quadro normativo e regolamentare di riferimento che disciplina la risoluzione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche è un ampio reticolo dove si intrecciano diverse norme e regolamenti:

Normativa Europea, copiosa ed in continuo aggiornamento.

Costituzione della Repubblica (Artt. 2, 3, 24, 111).

³³ Dec. leg.vo n. 130/2015 art. 141 ter; delibera Agcom n. 11/17/CONS del 12 gen. 2017.

³⁴ Consiglio Nazionale Consumatori e Utenti (CNCU). Elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti (Art. 137 Codice del Consumo); <https://www.mise.gov.it/index.php/it/component/content/article?id=2003220>

³⁵ Alfonso Umberto Calabrese e Nicola Calabrese, *Risoluzione Alternativa delle Controversie*, Legislazione Italiana – Vol. 2, Youcprint Tricase (LE), nov. 2015, ISBN 978-88-93215-94-7.

³⁶ Delibera Agcom n. 395/17/CONS del 19 ott. 2017, Approvazione dell’Accordo Quadro tra l’Autorità e le Regioni, concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni.

³⁷ Art. 20, Decisione della controversia, Allegato A delibera 353/19/CONS.

Codice di procedura Civile (Art. 115 – Disponibilità delle prove, Art. 155 – Computo dei termini, Art. 214 – Disconoscimento scrittura privata, Art. 215 – Riconoscimento tacito della scrittura privata, Art. 645 – Opposizione).

Codice civile con riferimento a: libro quarto delle obbligazioni – tit. I obbligazioni in generale, II contratti in generale, III singoli contratti, IX fatti illeciti – libro quinto del lavoro, tit. VIII dell'azienda, successione nei contratti – libro sesto della tutela dei diritti, tit. II delle prove, titolo V della prescrizione e decadenza.

Legge Fallimentare, Art. 52 – Concorso dei creditori, Art. 93 – Domanda di ammissione al passivo.

Legge 14 novembre 1995 n. 481 – Norme per la concorrenza e la regolamentazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

Legge 31 luglio 1997 n. 249^{38 39} Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo.

Codice del Consumo: Decreto Legislativo 06/09/2005 n. 206 e succ. modifiche dec. leg.vo 21/02/2014 n. 21; Decreto Legislativo 6 agosto 2015 n. 130 – Attuazione della Direttiva 2013/11UE sulla risoluzione alternativa delle controversie e Regolamento UE n. 542/2013 del 21 maggio 2013.

Codice delle Comunicazioni Elettroniche, Decreto legislativo del 1° agosto 2003 n. 259.

Legge 2 aprile 2007, n. 40 - cd legge “Bersani” - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese.

Codice del processo amministrativo – dec. leg.vo n. 104 del 2 febbraio 2010.

Autorità AGCOM, ampia e continua produzione di normativa regolamentare nelle telecomunicazioni di cui si fa un breve riferimento al tema in esame delle definizioni:

- Direttive emanate dall'Autorità Agcom (401/10/CONS - 223/12/CONS – 107/19/CONS – 395/17/CONS ecc...);
- Regolamento in materia di indennizzi (73/11/CONS – 347/18/CONS);
- Le linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche - delibera n. 276/13/Cons.;
- CONCILIAWEB – in vigore dal 23 luglio 2018;
- Delibera n. 203/2018/CONS del 24 aprile 2018;
- Delibera n. 339/18/CONS del 12 luglio 2018;
- Delibera n. 347/18/CONS del 18 luglio 2018;

³⁸ nota anche come legge Maccanico, dal nome del suo proponente, Antonio Maccanico, è una legge della Repubblica Italiana che istituì l'autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Entrata in vigore della legge: 1-8-1997.

³⁹ Art. 1 - Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - *1. E' istituita l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di seguito denominata "Autorità", la quale opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione.* Normative regionali istitutive dei 21 Comitati Regionali per le Comunicazioni (Co.Re.Com. E.R. legge regionale 30 gennaio 2001, n.1).

- Delibera di Modifica del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie in tlc – n. 353/19/CONS.

Contratti e Carte dei servizi.

La definizione della controversia presso i Co.Re.Com.

La definizione della controversia è regolata da delibera Agcom e come abbiamo visto nel quadro normativo è collegata ad una serie articolata di norme di diritto sostanziale, procedurale e regolamentare.

L'introduzione della piattaforma digitale ConciliaWeb nel luglio del 2018 ha prodotto l'emissione di diverse delibere per disciplinare le procedure di risoluzione delle controversie nelle telecomunicazioni elettroniche (conciliazioni – provvedimenti d'urgenza – definizione).

I Co.Re.Com., delegati dall'Autorità (*v. supra nota n. 11*), in base alle norme che regolamentano le procedure di risoluzione delle controversie possono ordinare all'operatore la cessazione della condotta lesiva dei diritti dell'utente, nonché condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del Codice Comunicazioni.⁴⁰ Esso è prontamente comunicato alle parti e pubblicato sul sito web del Co.Re.Com. e dell'Autorità.

Può essere impugnato avanti al TAR del Lazio in quanto è provvedimento emesso per competenza delegata ai Co.Re.Com. da parte dell'Autorità AGCOM, in base al Codice del processo amministrativo⁴¹.

Avvio della procedura di definizione.

L'ultima delibera di modifica al regolamento emanata dall'Autorità è la n. 353/19/CONS, nell'allegato A “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche” al CAPO III – disciplina la “DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA”.

Istanza di definizione della controversia.⁴²

Come anticipato, alla conclusione del tentativo di conciliazione, con esito negativo o parziale con questioni non risolte che restano controverse, le parti congiuntamente, o il solo utente, possono chiedere al Co.Re.Com. competente di definire la controversia.

⁴⁰ Codice delle Comunicazioni Elettroniche, Decreto legislativo del 1° agosto 2003 n. 259.

⁴¹ Art. 135 c.1 lettera b, Codice del processo amministrativo, Dec. Leg. N. 104 del 2 luglio 2010.

⁴² Art. 14, Istanza di definizione della controversia, Allegato A delibera 353/19/CONS.

La competenza è territoriale in quanto è legata al luogo dove è ubicata la postazione fissa dell'utente o il domicilio, residenza o sede legale dello stesso al momento della conclusione del contratto⁴³.

La procedura di conciliazione (v. *supra*) può essersi svolta e conclusa avanti a diversi enti od organismi, Co.Re.Com. , Camera di Conciliazione e/o Organismo presso CCIA, Organismo ADR ed Organismo di Conciliazione Paritetica.

La parte che ha presentato l'istanza di conciliazione e non è intervenuta nella procedura non può chiedere la definizione; può adire la giustizia ordinaria, tenuto conto che la condizione di procedibilità si considera compiuta decorsi "trenta giorni" dalla presentazione dell'istanza di conciliazione.⁴⁴

Il termine per poter proporre l'istanza di definizione è fissato in "tre mesi"⁴⁵ dalla data di conclusione della procedura di conciliazione, anche se, per la medesima questione, le parti abbiano già adito l'Autorità Giudiziaria e penda il giudizio.

L'istanza a pena di inammissibilità deve essere presentata tramite apposito modulo (GU14) utilizzando la piattaforma digitale ConciliaWeb; l'istanza deve contenere tutte le informazioni previste oltre agli estremi del verbale della conclusa conciliazione.

Nell'attuale regolamento è prevista l'ipotesi⁴⁶, in caso di carenza, omissione di informazioni o documenti richiesti a pena di inammissibilità, o nel caso di presentazione di istanza da soggetto diverso dall'intestatario del contratto, di richiesta da parte del Co.Re.Com. di provvedere a regolarizzare, integrare o modificare l'istanza nel termine di 10 giorni; ove tale adempimento non fosse rispettato la procedura verrebbe archiviata⁴⁷.

In tema di prova documentale e di titolarità alla presentazione dell'istanza vi è un orientamento ormai costante dei Co.Re.Com. - Determina del Co.Re.Com. Calabria n. 1/2019 del 7/1/2019 (*ex multis*); nonché copiosa giurisprudenza di merito e legittimità in tema di prova documentale (art. 2719 cc., artt. 241 e 215 cpc) Cassazione Civile Sez.V, 21/01/2004 n. 935, Sez. II, 27/12/2004 n. 24022 – Giustizia Amm.va Sicilia, sez. riunite 03/06/2009 n. 130; Tar Bari sez. I, 09/01/2004 n. 29.

Meritevole di attenzione, è l'orientamento in tema di "contenuto e qualificazione dell'istanza" espresso dell'Autorità attraverso la delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013 che declina le "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche"⁴⁸.

⁴³ Art. 3 c. 3, Tentativo obbligatorio di conciliazione, Allegato A delibera 353/19/CONS.

⁴⁴ Art. 3 c. 4, tentativo obbligatorio di conciliazione, Allegato A delibera 353/19/CONS. – Art. 1 c.11 legge 31 luglio 1997 n. 249.

⁴⁵ Art. 14, c.2, Istanza di definizione della controversia, Allegato A delibera 353/19/CONS.

⁴⁶ Art. 14 c. 4, Istanza di definizione della controversia, Allegato A delibera 353/19/CONS.

⁴⁷ Tale comma al dicembre 2019, mentre viene elaborato il presente contributo, non è ancora in vigore in attesa dell'emanazione da parte di Agcom del nuovo regolamento applicativo ConciliaWeb.

⁴⁸ Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, punto III.1.2, Contenuto e qualificazione dell'istanza, Agcom delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013.

Nel caso l'utente abbia indicato la data dell'udienza di conciliazione senza allegare il relativo verbale, l'istanza non è da dichiarare inammissibile, potendo l'ufficio chiedere l'integrazione del documento.

La mia opinione sul punto, nasce dalla considerazione, che trattasi di un servizio prestato al cittadino svolto dai Co.Re.Com. quali "organi di garanzia", per cui l'acquisizione del verbale mancante andrebbe conseguito d'ufficio se trattasi di procedura conciliativa svoltasi presso lo stesso Co.Re.Com.; l'obbligo di allegare il relativo verbale di conciliazione resterebbe in capo alla parte solo nel caso la procedura si fosse svolta avanti ad altro ente o soggetto deputato. (v. *supra*)

Comunque l'acquisizione d'ufficio tramite la piattaforma digitale ConciliaWeb, necessaria per esigenze istruttorie, è già prevista nel caso la mancata allegazione sia dipesa "*da errore scusabile dell'istante*"⁴⁹

Altro argomento molto interessante riguarda la verifica del "**Petiturum**", la corrispondenza tra oggetto dell'istanza conciliativa ed oggetto dell'istanza di definizione.

L'indirizzo di Agcom⁵⁰, seguito da un orientamento costante dei Co.Re.Com., in tema di "Petiturum", prevede che l'oggetto della richiesta sia lo stesso già presentato nella procedura di conciliazione, "*il che non deve significare che le istanze presentate in sede conciliativa ed in sede di definizione debbano essere identiche, ma che la questione in discussione sia la medesima. Nell'ottica di tutela dei contraenti più deboli e nel rispetto delle finalità delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie, le istanze inesatte, ogni qual volta possibile, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e pertinente rispetto alla questione da esaminare*".

Se, invero, la domanda presentata per la definizione fosse diversa, più ampia con questioni nuove, significherebbe introdurre una "domanda nuova", ciò determinerebbe una "*mutatio libelli*"⁵¹ e come tale non potrebbe trovare accoglimento e pertanto dovrebbe essere dichiarata inammissibile in quanto configurerebbe un "*fatto nuovo*", frangente che aggirerebbe il filtro della conciliazione obbligatoria e violerebbe il diritto di difesa ed al contraddittorio della parte chiamata.

Questo aspetto ha molta rilevanza anche in caso di ricorso all'Autorità Giudiziaria, in quanto il giudice effettua la verifica della corrispondenza "*oggetto e ragioni della pretesa*" della domanda giudiziale ed il contenuto della domanda di conciliazione obbligatoria. Ciò al fine di evitare che il "*petiturum e causa petendi*" siano difformi rispetto a quelle presentate in sede di conciliazione, il che, in caso affermativo, obbligherebbe il giudice a sospendere il processo. Infatti è richiesta la "*necessaria simmetria*"^{52 53}, a rigore, vi deve essere una simmetria tra fatti

⁴⁹ Art. 18 c. 2, Attività istruttoria, Allegato A delibera 353/19/CONS.

⁵⁰ Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, punto III.1.2, Contenuto e qualificazione dell'istanza, Agcom delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013 – Corecom E.R. delibera n. 400 del 6 dicembre 2018 orientamento costante (ex multis).

⁵¹ Cassazione Civile sez. III, 12 aprile 2005, n. 7524; Cassazione Civile sez. II, 28 marzo 2007, n. 7579; Cassazione Civile sez. III, 3 settembre 2007, n. 18513.

⁵² Luigi Viola, la domanda di mediazione deve essere simmetrica a quella giudiziale, articolo 20 marzo 2012 Altamediazione .it - Altalex

⁵³ Adriana Capozzoli - Mediazione e conciliazione – pag. 53, Altalex 2011

narrati in sede di mediazione e fatti esposti in sede processuale, almeno per i fatti principali, diversamente dovrebbe essere dichiarata l'improcedibilità.

Condivido l'orientamento di Agcom meno rigido, a favore degli utenti deboli, nelle conciliazioni in controversie nelle telecomunicazioni elettroniche, che sebbene obbligatorie in quanto condizione di procedibilità, non prevedono l'assistenza obbligatoria degli avvocati come, invero, è previsto nella mediazione obbligatoria, civile e commerciale disciplinata dal decr. leg.vo n. 28/2010, per cui l'interpretazione delle istanze inesatte, delle parti private, secondo il loro significato più logico e pertinente rispetto alla questione da esaminare è giusto ed equo; peraltro tutte le procedure di risoluzione delle controversie avanti ai Co.Re.Com. sono totalmente gratuite ed in alcuni casi gli indennizzi richiesti riguardano cifre di modeste entità da non giustificare gli oneri per una assistenza legale.

Molto spesso l'istanza dell'utente contiene richieste generiche di **“risarcimento del danno”** inteso come pregiudizio subito, senza specifica richiesta di riconoscimento di indennizzo liquidabile in definizione secondo le norme regolamentari dell'Autorità Agcom.

I Co.Re.Com., per delega dell'Autorità, possono adottare provvedimenti⁵⁴ di definizione della controversia che *“ordinano all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o dalle delibere dell'Autorità”*.

L'autorità nelle proprie linee guida⁵⁵ raccomanda, quale buona pratica, nell'ipotesi di istanza formulata *“esclusivamente con una richiesta di risarcimento danni”*, l'adozione *“di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione, essa può essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto di indennizzo, a prescindere dal **nomen juris** indicato dalla parte, la quale poi potrà naturalmente rivolgersi all'Autorità ordinaria per ottenere anche la liquidazione dell'eventuale maggior danno”*⁵⁶

Invero se l'istanza contiene una specifica richiesta di indennizzi contrattuali unitamente ad una richiesta di risarcimenti danni, la richiesta di quest'ultimi deve essere dichiarata inammissibile, in quanto l'Autorità Agcom non ha il potere di accertarli essendo la competenza esclusiva in capo all'Autorità Giudiziaria alla quale l'istante potrà rivolgersi.

In tema di **onere della prova** l'Autorità ha dettato con le linee guida⁵⁷ criteri di orientamento costante a cui si sono conformati i Co.Re.Com., peraltro anche la giurisprudenza di merito e legittimità abbonda di massime.

Ai sensi dell'art. 1218 del c.c., ed in forza del consolidato orientamento giurisprudenziale⁵⁸ accolto anche dall'Autorità, in caso di contestazione di inadempimento incombe sul debitore

⁵⁴ Art. 20 c.4, Decisione della controversia, Allegato A, delibera Agcom 353/19/CONS.

⁵⁵ Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, punto III.1.3, Istanza di risarcimento danni, Agcom delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013.

⁵⁶ Co.Re.Com. Emilia Romagna, delibera 379 del 6 dicembre 2018 (ex multis).

⁵⁷ Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, punto III.4.2, Onere della prova, Agcom delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013.

⁵⁸ Cassaz. S.U. n. 13533 del 30/10/2001 - Cassaz. 09/02/2004 n. 2387, 26/01/2007 n. 1743, 19/04/2007 n. 9351, 11/11/2008 n. 26953, 03/07/2009 n. 15677, Sez. II 20/01/2010 n. 936.

l'onere di dare adeguata e specifica prova riguardo all'effettiva consistenza e regolarità della prestazione. Pertanto, qualora tale onere probatorio non venga assolto, deve per l'effetto ritenersi l'inadempimento contrattuale dell'operatore.⁵⁹

“In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento”.

*“anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali del contratto o dalla Carta dei servizi”.*⁶⁰

Onere della prova in capo alla parte istante. (ex art. 2697 cod. civ.)

Come da orientamento costante, deve essere rigettata la domanda dell'utente volta ad ottenere un indennizzo per mancata risposta dell'operatore al reclamo qualora la parte istante non sia in grado di fornire la prova dell'avvenuto invio del reclamo.

I regolamenti Agcom definiscono il reclamo *“l'istanza con cui l'utente si rivolge direttamente all'organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio, ovvero una questione attinente l'oggetto, le modalità o i costi della prestazione erogata”.*

Principio consolidato dell'Autorità in presenza di qualsiasi disservizio, l'utente è onerato di provvedere ad una tempestiva segnalazione all'operatore al fine di metterlo nella condizione di risolvere la problematica.⁶¹

Aspetti procedurali e/o fase procedurale.

Con la presentazione della domanda di definizione, che deve avvenire nel termine di “tre mesi” dalla conclusione della procedura di conciliazione (v. *supra*) inizia l'avvio del procedimento⁶² di definizione che viene comunicato dal Co.Re.Com. alle parti nel termine di 20 giorni⁶³ dal ricevimento dell'istanza, previa esamina di ammissibilità dell'istanza.

⁵⁹ Co.Re.Com. Abruzzo delibera n. 22/19 dell'8 febbraio 2019 (ex multis).

⁶⁰ Co.Re.Com. Abruzzo, delibera 13/19 dell' 8 febbraio 2019 (ex multis).

⁶¹ Co.Re.Com. Emilia Romagna, delibera, 390/18, del 18 dicembre 2018 (ex multis) - Agcom delibere n. 6/11CIR, 100/12/CIR, 113/12/CIR, 127/12/CIR, 130/12/CIR.

⁶² Art. 15, Avvio del procedimento, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons.

⁶³ Art. 15 c. 2, Avvio del procedimento, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons, che ha modificato l'art.15 c.2 della delibera 203/2018/CONS che prevedeva un termine di giorni 10

Il procedimento di definizione si deve concludere nel termine⁶⁴ di “180 giorni” dalla presentazione dell’istanza.

La parte o le parti convenute (spesso trattasi di uno o più operatori di comunicazioni elettroniche), ricevuta la comunicazione dell’avvio del procedimento di definizione possono presentare nel termine⁶⁵ di 45 giorni memorie e depositare documenti.

Entrambe le parti possono presentare le rispettive memorie di replica nei 20 giorni⁶⁶ successivi.

Una importante novità introdotta con la delibera 353/19/CONS è l’introduzione della sospensione dei predetti termini nel periodo feriale dal 1° al 31 di agosto⁶⁷.

Le parti devono redigere e presentare rispettivamente, l’istanza, le memorie, le repliche e qualsiasi ulteriore dichiarazione, “*in maniera chiara e sintetica*”⁶⁸. Anche in questo caso Agcom ha indicato con le linee guida⁶⁹ i criteri da seguire, sebbene riferiti al periodo antecedente l’entrata in vigore della piattaforma digitale ConciliaWeb, tali criteri di orientamento restano un valido ausilio richiamando il rispetto del principio della chiarezza e sinteticità, “*evitando formulazioni enfatiche o ridondanti, dovendosi limitare alla semplice esposizione dei fatti e delle rispettive richieste*”.

Ove il Responsabile del procedimento lo ritenga necessario convoca le parti interessate per una udienza di discussione⁷⁰. La comunicazione alle parti viene tramessa con almeno “dieci giorni” di anticipo rispetto alla data di fissazione dell’udienza.

Svoltasi l’udienza si redige un sintetico verbale sottoscritto dal Responsabile del procedimento.

E’ importante evidenziare la possibilità, durante lo svolgimento del procedimento di definizione, ove ricorrano le condizioni, di riaprire la fase conciliativa con il raggiungimento dell’accordo.

Se nell’udienza fissata per il procedimento di definizione dovessero emergere elementi per giungere ad un “*accordo conciliativo*” tra le parti, si redige un verbale di conciliazione con esito positivo come previsto nell’art. 12 “Esito dell’udienza di conciliazione” – Allegato A delibera Agcom 353/19/CONS.

Tale ipotesi ricorre anche in caso di integrazione del contraddittorio con la partecipazione di altri operatori che potrebbero aver concorso a determinare il disservizio.⁷¹

⁶⁴ Art. 16 c. 1, Procedura, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons. Tale termine è di tipo "Ordinatorio", il suo mancato rispetto non produce alcuna conseguenza giuridica per il soggetto/ente che non l’ha rispettato, tant’è che non è prevista alcuna perenzione.

Trattasi di provvedimento amministrativo emesso per delega di una Autorità di Garanzia e di Controllo; è mia opinione, che abbia funzione sollecitatoria, avendo tutti i termini lo scopo finale di accelerare e sollecitare il compimento di certe attività.

⁶⁵ Art. 16 c. 2, Procedura, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons, in questo caso i termini di 45 giorni per la presentazione di memorie e documenti dalla parte convenuta e di 20 giorni per le repliche di entrambi le parti sono “*a pena di irricevibilità*”.

⁶⁶ Termine modificato dall’art. 16 c.2, Procedura, Allegato A delibera 353/19/Cons., precedentemente era fissato in giorni 10.

⁶⁷ Art. 16 c. 2, Procedura, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons

⁶⁸ Art. 16 c. 3, Procedura, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons

⁶⁹ Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, punto III.3.2, Principio di sinteticità degli atti, Agcom delibera n. 276/13/CONS dell’11 aprile 2013.

⁷⁰ Art. 16 c. 4, procedura, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons.

⁷¹ Art. 19, c.1, Integrazione del contraddittorio, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons.

Il procedimento di definizione è su base documentale, si fonda sulla documentazione acquisita agli atti, (istanza, verbale di conclusione della conciliazione, documenti, memorie, repliche, dichiarazioni, ecc..), pertanto, nel caso di fissazione di udienza da parte del Responsabile del procedimento, *“una delle parti non partecipi o si astenga dal far valere le proprie ragioni non può essere interpretato come accettazione delle ragioni della controparte, né come rinuncia all’istanza”*⁷².

Nella fase istruttoria il Responsabile del procedimento, ove lo ritenga necessario, può disporre l’acquisizione di *“documenti, perizie o altri elementi conoscitivi”*⁷³, previo avviso alle parti.

Anche le parti possono fare analoga richiesta di acquisizione.

Gli oneri economici sono ripartiti provvisoriamente secondo equità se disposti d’ufficio, di contra anticipate dalla parte se ne ha fatto richiesta.

Nell’ipotesi di consulente nominato dal Co.Re.Com., le parti, previa comunicazione al Co.Re.Com., possono nominare un proprio consulente tecnico che *“può assistere e partecipare a tutte le operazioni svolte dal consulente nominato dal Co.Re.Com. e presentare relazioni scritte e documenti”*. Le attività di acquisizione *“documenti, perizie o altri elementi conoscitivi”* producono la sospensione del termine, fino ad un massimo di *“60 giorni”*, della conclusione del procedimento di definizione.

In presenza di più procedimenti pendenti, connessi *“sotto il profilo soggettivo ed oggettivo”*⁷⁴, sentite le parti interessate, può essere disposta la riunione.

Se durante lo svolgimento del procedimento, *“su richiesta di almeno una delle parti”* dovesse emergere la necessità di assicurare la partecipazione di altro operatore ritenuto responsabile dei disservizi arrecati all’utente, il Responsabile del servizio, in base alle norme regolamentari, integra il contraddittorio⁷⁵ con la convocazione del nuovo soggetto chiamato, con conseguente proroga di *“60 giorni”* della conclusione del procedimento di definizione.

Decisione della controversia.⁷⁶

Conclusa la fase istruttoria il Responsabile della struttura trasmette la documentazione del procedimento all’Organo Collegiale.

Il Comitato del Co.Re.Com. esamina la proposta di decisione, la relazione del Responsabile del procedimento, ove necessario, visiona gli atti del procedimento presenti sulla piattaforma digitale ConciliaWeb e nel caso *“lo ritenga necessario, può convocare le parti per l’udienza di discussione dinanzi a se; in tal caso il termine di conclusione del procedimento è prorogato di ulteriori trenta giorni”*⁷⁷

⁷² Art. 17, Mancata comparizione delle parti, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons.

⁷³ Art. 18, Attività istruttoria, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons.

⁷⁴ Art. 18, c.4, Attività istruttoria, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons.

⁷⁵ Art. 19, Integrazione del contraddittorio, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons.

⁷⁶ Art. 20, Decisione della controversia, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons.

⁷⁷ Art. 20, c.2, Decisione della controversia, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons.

Le delibere 203/18/CONS e 353/19/CONS, nell'art. 20 comma 4, introducono per la prima volta il riconoscimento di un “**obbligo del fare**” che la superata normativa regolamentare escludeva.

La precedente disposizione veniva seguita con un orientamento costante da tutti i Co.Re.Com., in quanto l'istanza volta ad “*ottenere un fare, esula dal contenuto normativamente vincolato delle pronunce di definizione del Corecom. Il Corecom, infatti, può solamente condannare gli operatori al rimborso o allo storno di somme non dovute ed alla liquidazione di indennizzi (sulla base di quanto previsto dall'articolo 19, comma 4, Delibera Agcom 173/07/Cons)*”⁷⁸.

Il nuovo indirizzo apportato da Agcom non è di portata generale, ma rimane circoscritto alle sole ipotesi, da vagliare con scrupolosa attenzione, in cui ordinare “*all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente*”.

La dottrina ritiene che l'esecuzione di un “obbligo del fare o di non fare” può essere attivata in presenza di un qualsiasi provvedimento contenente una condanna, sebbene il codice di rito faccia riferimento alla sola sentenza. La delibera di definizione è il provvedimento emesso dall'Organo Collegiale del Co.Re.Com. che definendo la controversia, può disporre la condanna dell'operatore per le violazioni previste e stabilite dalle citate norme di legge e regolamentari Agcom.

L'organo Collegiale nell'esamina del procedimento tiene, altresì, conto del grado di partecipazione

e del comportamento assunto dalle parti, nonché può riconoscere, secondo “*criteri di equità e proporzionalità*”, il rimborso delle spese sostenute e documentate per l'effettuazione della procedura.

Le istanze di definizione per controversie di modesta entità che non superino il valore di euro 500,00 sono delegate al Responsabile della struttura che adotta il provvedimento finale con determina direttoriale.

Indipendentemente dal valore della controversia, nell'ipotesi “*di controversie aventi straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica*” possono essere rimesse al vaglio dell'organo Collegiale.

I provvedimenti di definizione emessi dai Co.Re.Com. di tutta Italia sono impugnabili avanti al Tar del Lazio⁷⁹ entro il termine di “60 giorni” dall'avvenuta notifica del provvedimento.

Nei casi di inammissibilità, improcedibilità o rinuncia dell'utente, ovvero nell'ipotesi di richieste già soddisfatte, il Responsabile del procedimento dispone l'archiviazione⁸⁰ del procedimento, comunicandolo alle parti per via telematica.

Eventuali spese per attività peritali sono ripartite secondo criteri equitativi, restano a carico delle parti le proprie spese che hanno sostenuto per il procedimento.

⁷⁸ Corecom E.R. delibera n. 400 del 6 dicembre 2018 orientamento costante (ex multis).

⁷⁹ Art. 135 c.1 lettera b, Codice del processo amministrativo, Dec. Leg. N. 104 del 2 luglio 2010.

⁸⁰ Art. 21, Archiviazione del procedimento, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons.

Giova ricordare che il procedimento di definizione presso i Co.Re.Com. tramite la piattaforma ConciliaWeb è totalmente gratuito.

Restano di esclusiva competenza dell'autorità Agcom⁸¹ i procedimenti di definizione aventi ad oggetto disservizi nelle procedure di passaggio tra operatori.

Come evidenzia l'ampio quadro normativo di riferimento e l'estesa mole di provvedimenti emessi dall'Autorità, dai Co.Re.Com. e dalle numerose massime di merito e legittimità, questa materia è molto vasta, articolata e complessa.

Il presente contributo, tutt'altro che esaustivo, è solo un primo approccio al procedimento di definizione che si svolge presso i Co.Re.Com. che agiscono su delega dell'Autorità⁸².

Manca tutta la parte sul regolamento indennizzi⁸³ applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, che rende lieve e feconda un'ampia giurisprudenza di merito, di legittimità, amministrativa, nonché un rilevante repertorio di provvedimenti dei 19 Co.Re.Com. regionali e dei due provinciali di Trento e Bolzano.

Al momento in cui scrivo Agcom non ha ancora emanato una raccolta sistematica cd "massimario" dei provvedimenti di definizione emessi dai Corecom e dalla stessa Autorità nelle controversie tra utenti e gestori di comunicazioni elettroniche.

Si parla di una sua prossima emanazione che rappresenterebbe un utile strumento, indispensabile, per tutti i soggetti coinvolti, utenti, professionisti, conciliatori, organismi ADR, Co.Re.Com. ed operatori-gestori di tlc, un'ampia platea di soggetti che a vario titolo svolgono un ruolo nelle controversie tra utenti e gestori nelle comunicazioni elettroniche; appare doveroso ricordare come le altissime percentuali di successo con risultati positivi comporta un sicuro effetto di deflazione del contenzioso civile giudiziario.

⁸¹ Art. 22, procedure di definizione delle controversie dinanzi all'Autorità, Allegato A delibera Agcom n. 539/19/Cons

⁸² Delibera Agcom n. 395/17/CONS del 19 ott. 2017, Approvazione dell'Accordo Quadro tra l'Autorità e le Regioni, concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni.

⁸³ Allegato A delibera Agcom n. 347/18/Cons, Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche

Usucapione e Mediazione

di Donato Mele Mongiò

(Avvocato)

° **L'accordo accertativo dell'usucapione in Mediazione a confronto con l'usucapione giudiziale.**

° **trascrizione nei pubblici RR.II. dell'accordo conciliativo ex art.2643 n.12 bis c.c. e differenze con la trascrizione della sentenza accertativa dell'usucapione.**

1. Brevi cenni pregiudiziali sull'usucapione dei beni immobili.

La proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sugli stessi possono acquistarsi in virtù del possesso continuato per venti anni (art.1158 c.c.).

Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale (art.1140 co.1° c.c.).

Esso consta di un elemento oggettivo (*corpus possessionis*), rappresentato dal potere sulla cosa e di un elemento soggettivo (*animus possidendi*), costituito dalla intenzione di esercitare sulla stessa una signoria corrispondente alla proprietà o ad altro diritto reale.

Si può possedere direttamente o a mezzo di altra persona che abbia la detenzione della cosa (art.1140 co.2° c.c.)

Non si configura invece possesso utile *ad usucapionem* ove la relazione con la cosa derivi da un atto del proprietario, dovendosi in tal caso qualificare l'attività del terzo come mera detenzione : es., uso del bene per spirito di tolleranza o per rapporti di amicizia o buon vicinato, ovvero in forza di un titolo (così, è detentore qualificato il conduttore, mentre il locatore resta possessore a mezzo del primo).

Affinché, in tali ipotesi, possa maturare il termine utile per l'usucapione, è necessaria la cd. "interversione del possesso" (art.1164 c.c.), che deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore (non semplice atto di volizione interna) dalla quale desumersi che il detentore abbia cessato di esercitare il potere sulla cosa *nomine alieno* ed iniziato in *nomine proprio*.

Il termine ordinario ventennale per il maturarsi dell'usucapione dei beni immobili è ridotto alla metà ove ricorrano i presupposti di cui all'art.1159 c.c., ossia un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà debitamente trascritto e la buona fede del possessore al momento dell'acquisto.

La "astrazione" del titolo è solo quella in relazione al difetto di legittimazione dell'alienante,

sicché è "*titolo astrattamente idoneo*" l'atto che non presenti vizi tali da escluderne validità ed efficacia (simulazione assoluta, illegittimità, etc.), ma che sia stato concluso da "non proprietario" (sicché, se fosse stato concluso con il *dominus*, avrebbe comportato l'acquisto del diritto a titolo derivativo).

Il maturarsi del termine per l'usucapione può essere interrotto in modo naturale (privando il terzo del possesso per oltre un anno : art.1167 c.c.) o per il riconoscimento dell'altrui diritto quale atto incompatibile con la volontà di godere del bene *uti dominus* (art.2944 c.c., richiamato dall'art.1165 c.c.) o per la cd. "interruzione civile".

A tal ultimo riguardo, mentre ha effetto interruttivo la notifica dell'atto introduttivo del giudizio (petitorio o possessorio), tale effetto non può essere riconosciuto alla diffida o messa in mora, perché atti a tal fine idonei solo limitatamente ai rapporti obbligatori (art.2943 c.c. richiamato dall'art.1165 cit.).

All'istanza di mediazione, invece, a parere del sottoscritto, può riconoscersi detta efficacia interruttiva considerato il comb. disp. artt. 1165 e 2943 c.c. e 5 co.6° D.Lgs. n.28/10 : l'art.1165 consente di applicare in tema di usucapione le stesse norme previste in materia di prescrizione (comprese le cause di sospensione e interruzione) ; l'art.2943 annovera tra gli atti interruttivi quelli con i quali si intraprende un giudizio ; l'art.5 co.6° D.Lgs. cit. equipara la domanda di mediazione a quella giudiziale agli effetti della prescrizione.

Viene da chiedersi quando l'istanza di mediazione interrompa la prescrizione acquisitiva. Alla sua consegna per la spedizione o alla sua ricezione da parte del possessore?

Se la S.C. S.U. (24822/15) ha esteso il principio del doppio momento perfezionativo della notificazione dagli atti meramente processuali a quelli processuali con effetti sostanziali, ciò non ha fatto per gli atti negoziali.

Per questi ultimi, il principio del bilanciamento tra gli opposti interessi viene, sia pur in maniera ridotta, preso in considerazione dall'art.1334 c.c., ai sensi del quale l'atto recettizio si presume conosciuto nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario, salvo che questi non provi di essere stato, senza colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

Va, infine, precisato che gli atti interruttivi dell'usucapione esercitati contro uno dei compossessori non spiegano effetti nei confronti degli altri, essendo il principio di cui all'art.1310 c.c. applicabile solo ai diritti di natura obbligatoria (e non reale).

2. Natura dell'acquisto per usucapione

Essenziale ai fini della odierna disamina, è la natura dell'usucapione quale modo d'acquisto (della proprietà e degli altri diritti reali) a titolo originario.

Conseguentemente, risultano inefficaci gli atti dispositivi del proprietario e la loro trascrizione; sicché il notaio rogante della successiva vendita del bene da parte dell'usucapiente non è tenuto a verificare l'esistenza di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli anteriori alla trascrizione della sentenza di accertamento dell'usucapione (C. 8792/00).

3. L'usucapione tra le materie per le quali è prescritta la mediazione obbligatoria.

Chi intende esercitare un'azione giudiziaria relativa ad una controversia in materia di diritti reali è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda (**art.5 co.1-bis D.Lgs. 28/2010, introdotto dal D.L. 69/13**).

L'espressione "diritti reali" è, però, così generica da richiedere alcuni spunti di riflessione.

Riservando l'approfondimento in specifica sede, va almeno accennato che con tale espressione si intendono tutti i diritti soggettivi sulle cose che ne attribuiscono al loro titolare un potere immediato, assoluto (proprietà) o relativo (usufrutto, etc.).

Per verificare se la stessa ricomprenda solo le controversie aventi i diritti reali quali oggetto immediato (es. azione di rivendica) o anche mediato (quale appunto l'azione di accertamento dell'usucapione), è necessaria una corretta interpretazione della norma.

Ai sensi dell'art.12 preleggi c.c., il criterio interpretativo prioritario è quello letterale, con il quale si attribuisce alla disposizione il significato semantico delle parole usate.

Criterio che va affiancato - ma solo ove risultino più significati possibili - da quelli "sistematico" e "storico", scegliendo il significato più rispondente, secondo il contesto delle norme in cui la disposizione opera e/o la volontà del legislatore.

E poiché, come detto, l'espressione "*diritti reali*" è ampia e generica, vanno necessariamente utilizzati anche tali criteri residuali-integrativi.

In particolare, occorrerà soffermarsi sulla *ratio* della mediazione.

Una importante sentenza della S.C. (24629/15) individua la principale finalità che ha determinato il Legislatore ad introdurre tale istituto (fissando un cardine giurisprudenziale per le future letture ermeneutiche dell'intero impianto normativo) nell'art.5 del D.Lgs. 28/2010, che individua le materie in cui la mediazione è obbligatoria "*in funzione deflattiva*".

Principio enunciato nella stessa Relazione Illustrativa allo schema del D.Lgs. 28/2010, con l'aggiunta che la mediazione deve essere valutata anche come una nuova e vera opportunità per i cittadini di maturare la capacità di affrontare la crisi delle relazioni civili e commerciali prima di delegare ad altri la soluzione.

Non può, allora, che concludersi che l'espressione usata abbia ad oggetto tutte le controversie in materia di diritti reali e, quindi, anche quelle in ordine all'usucapione.

Ad ulteriore riprova, la riforma dell'art.2643 (ad opera del D.L. 69/2013 con l'aggiunta del n.12-bis) che consente espressamente la trascrizione degli accordi di mediazione aventi ad oggetto l'usucapione di immobili, per come si preciserà **sub 5.**

Chiunque, quindi, intenda conseguire l'accertamento dell'intervenuta usucapione, sia come attore, sia anche come convenuto/attore in riconvenzionale, deve preventivamente adire l'Organismo di Mediazione.

Al riguardo, va precisato che la disciplina previgente al D.L. 69/2013, per evitare una "impropria giurisdizionalizzazione della sequenza procedimentale", non conteneva indicazioni in merito alla competenza territoriale dell'Organismo di Mediazione.

Evidente però il rischio di abusi del diritto nella individuazione dell'Organismo, magari individuato in luogo distante da quello di residenza del convenuto, il Legislatore si è determinato a prescrivere l'ambito territoriale in cui deve avere sede l'Organismo di mediazione in quello in cui si trova il Giudice competente a decidere la controversia, nella specie il "*forum rei sitae*" (competenza speciale ex art.21 c.p.c., che prevale su quella generale). Quanto alla formulazione dell'istanza di mediazione non è necessario che essa sia compiutamente motivata sotto il profilo giuridico, essendo sufficiente, come espressamente previsto dall'art.4 D.Lgs. n.28/2010, che contenga "*l'indicazione dell'oggetto e delle ragioni della pretesa*", al fine di consentire alle parti di raggiungere un accordo conciliativo in merito ad essa.

4. Natura della sentenza di riconoscimento dell'usucapione.

L'acquisizione del diritto a seguito dell'avvenuta usucapione avviene *ipso iure*, con il semplice maturarsi delle circostanze richieste dalla legge: possesso continuato, ininterrotto, pacifico per il termine prescritto, etc.

Conseguentemente - ed è questo il punto focale dell'odierno esame - la sentenza che accerta tale acquisto ha natura dichiarativa.

5. Sentenza e accordo di mediazione e relativa trascrivibilità.

L'accertamento dell'usucapione contenuto in sentenza ha valenza "*erga omnes*", nel senso che la valutazione giuridica del rapporto operata dal Giudice, pur non esplicitando nei confronti dei terzi rimasti estranei al giudizio la forza di giudicato, fa parte tuttavia di quell'affermazione di obiettiva verità i cui effetti anche questi ultimi sono tenuti a subire (App. R. Calabria 12.11.15). Va però considerato che il quadro normativo è recentemente mutato, avendo il D.L. n.69/2013 modificato l'art 2643 cod.civ, includendo, tra gli atti soggetti a trascrizione, gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione (n.12-bis).

Tale nuova disciplina, tuttavia, a parere del sottoscritto, non può condurre a considerare l'accordo conciliativo perfettamente assimilabile, quanto agli effetti, alla sentenza giudiziale. Ed infatti, la trascrizione della sentenza è disciplinata dall'art.2651 c.c. : all'acquisto a titolo di usucapione accertato dal Giudice, a titolo originario per come precisato **sub 2.**, non si applica il principio della continuità delle trascrizioni sancito dall'art.2650 c.c., sicché la trascrizione ha valore di mera "pubblicità notizia" ai sensi dell'art.2651 cit.

Gli accordi conciliativi in materia di usucapione, invece, rientrano tra gli atti e i contratti elencati nell'art.2643 c.c., per i quali gli effetti della pubblicità sono regolati, non dall'art.2651 cit., ma dagli artt. 2644 e 2650 c.c., improntati al principio della "continuità delle trascrizioni" posto a base del sistema di pubblicità degli acquisti derivativo-transattivi.

Di conseguenza, gli accordi di conciliazione, anche se trascritti, non sono opponibili ai terzi che vantino titoli anteriormente trascritti e che in qualche modo possano essere pregiudicati dagli accordi stessi.

Non può, a questo punto, sottacersi la contraddizione del sistema, che, da un lato, impone alla parte che intenda promuovere un giudizio per ottenere la declaratoria dell'intervenuto acquisto per usucapione di proporre, a pena di improcedibilità, il preventivo tentativo di mediazione e, dall'altro, attribuisce all'eventuale risultato positivo conseguito in tale sede un valore giuridico in qualche modo "riduttivo" rispetto a quello ottenuto da una pronunzia giudiziale.

Non è mancato chi abbia fatto discendere da ciò una valutazione solo "formalistica" della mediazione, finalizzata cioè alla semplice rapida conclusione della procedura con un verbale negativo per mancato accordo per poi introdurre il giudizio.

Ragionamento che non si ritiene condivisibile, anche perché palesemente contrastante con il chiaro spirito della Legge istitutrice della Mediazione (v. **sub 3.**).

E' doveroso infatti porre in risalto l'aspetto in ogni caso positivo del raggiungimento dell'accordo conciliativo, sia perché dalla relativa trascrizione iniziano a decorrere in favore dell'usucapiente gli effetti della titolarità formale del bene, sia per i notevoli benefici fiscali che solo la mediazione può assicurare, come precisato **sub 8.**

Non ritengo invece pregnante la motivazione, a sostegno dell'utilità della mediazione, addotta

da chi attribuisce all'accordo un effetto accelerativo della definizione del giudizio che l'usucapiente volesse in ogni caso intraprendere per tutelarsi maggiormente rispetto ai terzi. Dinanzi ad un siffatto accordo, infatti, ben potrebbe il Giudice decidere di non adottare alcun provvedimento ritenendo cessata la materia del contendere.

Una volta raggiunto l'accordo in mediazione, quanto meno firmato dalle parti e dai loro difensori, i quali ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, il notaio deve autenticare le firme per poter trascrivere l'atto ai sensi dell'art.2643.

Va precisato che, nella pratica, il notaio che effettuerà l'autentica delle sottoscrizioni dovrà, per gli obblighi impostagli dalla legge e per dovere professionale, procedere ad un preventivo controllo sul contenuto dell'atto. Così, dovrà verificare la regolarità urbanistica del fabbricato o la destinazione urbanistica del fondo, mentre non occorreranno le certificazioni di prestazione energetica in quanto l'accordo raggiunto in mediazione non rientra tra quegli atti per i quali vi è l'obbligo di munirsi di tale certificazione.

E' opportuno, allora, procedere ad una preliminare consultazione con il notaio per verificare la sussistenza di tutti tali elementi ai fini di una valida e legittima stesura dell'accordo, onde evitare differenze tra l'accordo raggiunto in mediazione e quello che il notaio ritenga di autenticare nelle forme, così da scongiurare un effetto novativo che vanifichi i benefici fiscali connessi al positivo esperimento del procedimento di mediazione.

6. Precisazioni in ordine alla stesura dell'accordo di mediazione.

Posto che è onere dei difensori delle parti - e non del Mediatore - predisporre l'accordo conciliativo da allegare al verbale positivo di mediazione, non possono non effettuarsi alcune considerazioni delle quali anche lo stesso Mediatore dovrà tener conto al fine di assolvere agli oneri di controllo della regolarità, formale e sostanziale, del procedimento.

Poiché l'accordo tra le parti è di semplice "riconoscimento" della sussistenza delle condizioni di legge per l'accertamento dell'intervenuta usucapione, trattandosi di condizioni inderogabili, l'aspetto transattivo vero e proprio potrà riguardare solo elementi accessori, come il riparto tra le parti legali e di quelle necessarie a regolarizzare nei PP.RR. l'intervenuto acquisto.

Nel giudizio volto all'accertamento dell'usucapione, la legittimazione passiva spetta a colui che vanta la titolarità di un diritto sul bene oggetto dell'usucapione al momento della domanda, non anche ai precedenti danti causa che non sono litisconsorti necessari, mentre lo sono tutti i comproprietari in danno dei quali l'usucapione si sarebbe verificata (C. 15619/18) : circostanza che il Mediatore deve fare presente alle parti, ove il litisconsorzio non risultasse integrale.

Non producendo l'acquisto per usucapione in sede di mediazione gli effetti veri e propri dell'acquisto a titolo originario, sarebbe opportuno che eventuali terzi che vantassero un titolo anteriormente trascritto (ipoteca, etc.) compaiano in mediazione per sottoscrivere il riconoscimento di tale acquisto e, in difetto, che il Mediatore ne desse menzione nel verbale con l'invito a voler estendere il procedimento nei loro confronti.

Secondo un orientamento giurisprudenziale gli effetti dell'usucapione retroagirebbero alla data di inizio del possesso ad usucapione e non al compimento del ventennio.

Nel dubbio che ciò valga anche per l'usucapione riconosciuta nell'accordo in mediazione (in attesa di indirizzi giurisprudenziali costanti), sarebbe opportuno invitare a precisare nell'accordo la data di inizio di tale possesso, onde avere in atti tutti gli elementi utili per

qualsivoglia interpretazione.

7. Trascrivibilità dell'accordo in mediazione prima della riforma D.L. 69/2013.

L'inserimento dell'accertamento dell'usucapione tra le materie obbligatoriamente assoggettate al procedimento di mediazione diede originariamente adito ad una *querelle* dottrinarie e giurisprudenziale circa la possibilità di trascrivere l'accordo raggiunto in tale sede. Dottrina di ispirazione notarile e giurisprudenza di merito si mostrarono per lo più contrarie.

Furono, innanzitutto, i Tribunali di Roma (decreti 22.7.11 e 8.2.12) e di Catania (24.2.12), a negare a tale verbale di conciliazione la qualità di titolo idoneo alla trascrizione nei RR.II., in quanto negozio non riconducibile ad alcuna delle ipotesi tassativamente previste dall'art.2643 c.c., non ritenendolo negozio transattivo, modificativo, costitutivo o estintivo di un diritto.

In posizione intermedia, il Tribunale di Lamezia Terme (decreto 17.2.12) ritenne ammissibile la trascrizione solo dopo il controllo di legittimità sull'accordo a seguito di specifica omologa. Possono tuttavia annoverarsi anche orientamenti favorevoli alla trascrizione: tra questi, quello del Tribunale di Como (decreto 2.2.12), che assimilava l'accordo in mediazione ad una transazione avente ad oggetto controversie sui diritti reali, suscettibile di trascrizione ex art.2643 n.13.

Oggi, a seguito delle riforme introdotte dal "decreto del fare", il legislatore ha prevista espressamente la trascrivibilità dell'accordo in mediazione, introducendo al comma 1 dell'art. 2643 c.c. il nuovo n.12 bis: *"Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: ... 12 bis) gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato"*.

Tale novella, però, ha sopito il dibattito solo relativamente.

In un caso, il Conservatore ha opposta riserva alla richiesta di trascrizione di un accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione di alcune unità immobiliari, sostenendo, in virtù dell'opinione giurisprudenziale prevalente, che si potesse procedere alla trascrizione solo in presenza di una volontà traslativa risultante dall'accordo conciliativo.

Il Tribunale di Lecce (decreto 8.1.16) ha però osservato che, se si potesse procedere alla trascrizione solo di una volontà traslativa, si perverrebbe ad un'interpretazione abrogante del n.12 bis, anche in considerazione del fatto che le transazioni aventi ad oggetto diritti reali sugli immobili fossero già trascrivibili prima della novella.

Inoltre, nel caso dell'accordo di mediazione volto all'accertamento dell'usucapione, oggetto della trascrizione non sarebbe un negozio traslativo, bensì un atto di accertamento con valenza esclusivamente probatoria e preclusiva di successive contestazioni da parte dei soli soggetti che vi partecipano.

La ragione della pubblicità dichiarativa per tali atti sarebbe da rintracciare proprio nella tutela dei soggetti che sono rimasti estranei all'accordo (es., il creditore ipotecario che ha iscritto il proprio titolo nei confronti del soggetto risultante come titolare dai RR.II. e che prevarrà sul soggetto usucapiente): da ciò l'ulteriore corollario, per cui la trascrizione dell'accordo dovrebbe negarsi tutte le volte in cui sia evidente che l'accertamento dell'usucapione sia effettuato al solo scopo di comodo.

8. Brevi cenni sulla configurabilità della stipula di un negozio di accertamento dell'usucapione direttamente avanti al notaio.

Lo schema delineato dal legislatore non attribuisce alle parti la libertà di procedere direttamente alla stipula di un negozio di accertamento davanti al notaio, ma subordina l'intervento dello stesso all'espletamento della procedura di mediazione.

La dottrina si è interrogata se l'iter procedimentale delineato dal n.12) bis dell'art. 2643 c.c. possa essere ulteriormente alleggerito, evitando la fase della mediazione ed addivenendo direttamente al negozio di accertamento.

La giurisprudenza più intransigente ritiene però che il doppio passaggio delineato da legislatore sia necessario.

Parte della dottrina ed uno studio del Consiglio Nazionale del Notariato (n.4-2017/C) sembrano di contrario avviso, considerando l'art.2643 n.12) bis espressione di un principio di ordine generale, finalizzato ad ammettere un negozio di accertamento "generico" e, dunque, a riconoscere la legittimità degli atti di accertamento stipulati privatamente.

E ciò, facendo leva sul fatto che, anche utilizzando la procedura di mediazione, l'effetto dell'accertamento discende pur sempre dalla volontà delle parti, avendo il Mediatore unicamente funzione conciliativa senza il potere di imporre unilateralmente alcuna soluzione (potendosi limitare solo a proposte ex art.11 D.Lgs. 28/10).

Va, in ogni caso, considerato:

- che il legislatore riconosce un trattamento fiscale più vantaggioso solo al negozio di accertamento ottenuto attraverso la mediazione (e non anche a quello stipulato direttamente dinanzi ad un notaio);
- che gli Uffici dei RR.II. sono notoriamente restii a trascrivere atti per i quali non sia prevista espressamente la trascrizione;
- che il titolo costituito dal rogito notarile ha una efficacia esecutiva idonea a fondare l'esecuzione in forma specifica, a differenza dell'accordo in mediazione, dotato di efficacia esecutiva massima: si pensi al caso del fondo da rilasciare libero e sgombero da persone e cose, magari con abbattimento di costruzione.

9. Procedimento ordinario e sommario di cognizione

Per supplire alle lacune garantiste dell'accordo di mediazione e, nello stesso tempo, addivenire in tempi più rapidi ad una sentenza di riconoscimento dell'usucapione, si è pensato di utilizzare lo strumento del procedimento sommario disciplinato dall'art.702 bis c.p.c. : processo di cognizione strutturalmente diverso (sulla falsariga di quello del lavoro), ma identico negli effetti al processo a cognizione piena.

Un primo indirizzo giurisprudenziale, peraltro, escludeva la mediazione obbligatoria per le cause introdotte con tale forma di procedimento, salva l'ipotesi di conversione nel rito ordinario, anche se un successivo orientamento ritiene che non sia il rito a determinare l'obbligatorietà del procedimento conciliativo, bensì la natura della controversia.

Il dato testuale dell'art.702 ter chiarisce che l'oggetto della verifica non sono soltanto le "deduzioni istruttorie" articolate dalle parti, ma il complesso delle "difese svolte", cioè non solo i fatti allegati a fondamento delle rispettive domande ed eccezioni, ma anche le argomentazioni giuridiche addotte e finanche la dimensione soggettiva della controversia (nel senso che il

coinvolgimento, necessario od opportuno, di parti ulteriori rispetto a quelle originarie può contribuire a rivelare la necessità di trattare la lite con il giudizio ordinario).

Così, il rito sommario è inapplicabile quando siano richiesti più mezzi istruttori o si dibatta su questioni giudiziali complesse di non celere soluzione.

Nella giurisprudenza di merito si era sin dal primo momento affermata l'opinione secondo cui il procedimento sommario potesse essere utilizzato per ogni tipo di domanda di cognizione e dunque non solo per le azioni di condanna, ma anche per le azioni di accertamento e costitutive, in assenza di alcuna limitazione legislativa circa la tipologia di azione esperibile.

La S. C., invece, nella prima pronuncia in materia (ord. 14.10.11 n.23691), ha aderito alla opposta impostazione : nello statuire che, per l'applicazione del processo sommario, la controversia deve rientrare nella competenza del Tribunale, ha precisata una serie di *obiter dictat*, tra cui quello che, poiché l'art.702 ter c.p.c. fa riferimento alla ordinanza (conclusiva del giudizio) suscettibile di costituire titolo esecutivo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione, deve ritenersi che il procedimento sommario di cognizione possa essere utilizzato solo per introdurre una domanda finalizzata ad ottenere una condanna.

Resta da vedere se tale impostazione restrittiva verrà ribadita dalla successiva giurisprudenza di legittimità e recepita da quella di merito.

10. Esecuzione dell'accordo in mediazione

La riforma D.L. 69/13 ha introdotta la significativa novità della sottoscrizione da parte degli avvocati, con l'attestazione della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, che attribuisce all'accordo stesso qualità ed efficacia di titolo esecutivo. La riforma non ha, peraltro, soppressa la omologa da parte del Presidente del Tribunale (l'unico meccanismo, ante riforma, idoneo ad attribuire esecutività all'accordo).

Il controllo di legalità sostanziale dell'accordo di mediazione è quindi di tre tipi differenti:

- 1) quello effettuato dagli avvocati in sede di certificazione di conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico;
- 2) quello effettuato dal Presidente del Tribunale in sede di omologazione dell'accordo;
- 3) quello effettuato dal notaio con l'autenticazione delle sottoscrizioni delle parti in calce all'accordo, o in sede di rogito (in caso di trasfusione dell'accordo in atto pubblico).

La differenza fra i tre tipi di controllo riguarda finalità, forma, natura e forza esecutiva.

Mentre nei primi due tipi di controllo la finalità è esclusivamente l'esecutorietà, nel terzo è duplice: in via principale, la trascrivibilità; in via secondaria ed eventuale, l'esecutorietà.

Il primo tipo di controllo ha forma estrinseca vincolata (essendo necessaria apposita attestazione-certificazione ad opera degli avvocati partecipanti all'accordo), il secondo non vincolata (il decreto presidenziale può anche non certificare espressamente l'esito positivo del controllo di legalità sostanziale, limitandosi al puro e semplice accoglimento della domanda di omologazione), mentre nel terzo tipo di controllo la forma è intrinseca in quanto l'accertamento della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico è presupposto implicito della stessa autenticazione del notaio, il quale, in difetto, non potrebbe procedere a tale incumbente (*art.28 co.1 n.1 L. notarile*) e lo stesso vale in caso di trasfusione dell'accordo nell'atto pubblico.

Soltanto il primo tipo si configura giuridicamente come onere, in antitesi agli altri due tipi, appartenenti alla categoria del dovere: il controllo del Presidente del Tribunale è un dovere

decisorio, quello del notaio un dovere deontologico.

Il titolo esecutivo costituito dall'accordo di mediazione sottoscritto e certificato dagli avvocati ha efficacia esecutiva massima e, nel contempo, non necessita della formula esecutiva *ex art. 475 c.p.c.* : ai sensi dell'art.12 co.2 D.Lgs. 28/10 *"Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale"*.

Stessa efficacia per l'accordo omologato dal Presidente del Tribunale, che necessita però della apposizione della formula esecutiva.

Di contro, il titolo esecutivo costituito dall'accordo avente la forma notarile di scrittura privata autenticata ha efficacia esecutiva minima, con conseguente idoneità a fondare soltanto l'esecuzione forzata per espropriazione e non anche quella in forma specifica ; mentre l'accordo di mediazione avente la forma di atto pubblico ha efficacia esecutiva massima o intermedia, a seconda che si accolga o meno favorevolmente l'interpretazione estensiva del grado di efficacia esecutiva dell'atto pubblico notarile.

Mediazione e giudici in Italia 2019

di Giovanni Matteucci

(Mediatore)

Secondo il Parlamento europeo (9.12.2017) "*L'Italia utilizza la mediazione sei volte più del resto d'Europa*". La mediazione obbligatoria è stata normata in Italia nel 2010 ed è entrata in vigore nel 2011. Opposizione serrata da parte degli avvocati, disinteresse apparentemente benevolo da parte dei giudici. A fine 2012 ne segna una battuta d'arresto la dichiarazione di incostituzionalità, per riprendere poi quota con la reintroduzione nel 2013, con la possibilità di "*Opt-Out*" dal procedimento.

Risultati:

. 2011 - 60.810 mediazioni, 9.912 accordi, tasso di successo 16%;

. 2018 – 151.923 mediazioni, 20.965 accordi, tasso di successo 14%.

20.965 è il più alto numero di accordi di mediazione mai raggiunto in Italia. Nelle procedure svoltesi con tutte le parti presenti e proseguite oltre il primo incontro, la percentuale di successo nel 2018 è stata del 45%. Tuttavia, la mediazione è cresciuta ben al di sotto delle sue potenzialità: i nuovi giudizi iniziati nei tribunali italiani nel 2018, infatti, sono stati 3.220.928.

In Italia la mediazione, intesa quale condizione obbligatoria di procedibilità, è limitata a materie che corrispondono all' 8% circa di tutte quelle oggetto di contenzioso giudiziale. In TUTTE le questioni relative ai diritti civili disponibili, invece, i giudici possono ordinare alle parti di attivare la mediazione (mediazione demandata, ex art. 5, c.2, D.Lgs. 28/2010) e/o possono proporre una soluzione della controversia basata sull'equità (proposta di conciliazione del giudice, ex art. 185-*bis* c.p.c.), proposta che le parti possono accettare o rifiutare (arbitrato non obbligatorio). Quando la mediazione obbligatoria fu introdotta, i magistrati la guardarono con apparente benevolo distacco, ma a partire dal 2015 è grazie ai giudici che la mediazione italiana è cresciuta; le mediazioni demandate sono ammontate al 2% (di tutte le procedure avviate presso gli organismi di mediazione) nel 2011, 10% nel 2015, 11% nel 2016, 13% nel 2017, 15% nel 2018.

Indice – **1.** Introduzione; **2.** Le innovazioni introdotte dai giudici; **2.a** Tribunale di Roma, *Alternative Sentence Resolution*; **2.b** Tribunale di Bari, conciliazione integrata; **2.c** Università e Tribunale di Firenze, mediazione effettiva e giustizia semplice; **2.d** Mediazione guidata; **2.e** Mediazione demandata come mezzo di gestione del processo; **3** Conclusioni.

1- Introduzione

Il Sole 24 Ore, 6.11.2019, pag. 19 – “*Mediaset, ultimatum del giudice, entro il 22 l’accordo con Vivendi – Al via il tentativo di conciliazione sui punti stabiliti dal Tribunale – A questo punto Mediaset e Vivendi hanno tempo fino al 22 novembre per capire se si può trovare una quadra e mettere la parola fine alla battaglia giudiziaria, che si sta consumando attorno al destino di Mfe, il progetto di holding internazionale di Mediaset. / Ieri dal Tribunale di Milano è arrivato quello che a buon diritto può essere qualificato come colpo di scena. Il giudice Elena Riva Crugnola ha dato tempo fino al 22 novembre in un tentativo di conciliazione che, a quanto ricostruito dal Sole 24 Ore, era stato suggerito da Mediaset ma messo a punto, nei contenuti, dal giudice.*”.

Purtroppo tali “*colpi di scena*” non sono frequenti presso i tribunali italiani. L’ordinamento (innanzitutto nell’art. 185 c.p.c.) prevede il tentativo di conciliazione effettuato dal giudice, ma il suo utilizzo è a macchia di leopardo e limitato. Molti magistrati non hanno una naturale inclinazione ad esperirlo e sembra mancare una specifica formazione; eppure è uno strumento che può dare buoni risultati, considerato che può essere combinato con la regolamentazione delle spese del processo (art. 91.c.p.c). Il D.Lgs. 28/2010, l’entrata in vigore dell’art. 185-bis e il richiamo alla riduzione del numero delle controversie pendenti, da parte di Ministero della giustizia e Consiglio Superiore della Magistratura, stanno lentamente modificando questo approccio culturale ⁸⁴ .

Nel 2009, in Italia, si registravano:

- un numero enorme di cause civili pendenti in tutto il sistema giudiziario, 5.700.105, il più alto di sempre;
- un gran numero di nuove cause civili 5.012.000 (quelle presso i tribunali 2.779.000);

⁸⁴ Vaccari Massimo, “*L’art. 185 bis c.p.c: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale ?*”, in [ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) 12.2.2014

<http://www.ilcaso.it/articoli/410.pdf>

Per un tentativo di mediazione effettuato da un magistrato, prima del 2010, leggere la descrizione da parte di Marcello Marinari (già presidente del Tribunale di Montepulciano) in

Fragomeni Tiziana, Caradonna Marcella, De Berti Giovanni, Marinari Marcello e Patti Yoga, *Il metodo della mediazione per la gestione dei conflitti*, in *CELT Casa Editrice La Tribuna*, 2011.

Tramma Diana, *Intervista al ‘Giudice mediatore’ Maria Grazia Fiori – “Premetto che il nostro codice civile prevede la conciliazione giudiziale, in relazione agli articoli relativi alla comparizione delle parti (185 c.p.c), all’ interrogatorio libero (art. 117 c.p.c), alla conciliazione non contenziosa (art. 322 c.p.c), in quella di appello (art. 350 c.p.c.), nelle controversie di lavoro (art. 410 c.p.c.), nei procedimenti tra coniugi (art. 708 c.p.c.) e nelle spese (art. 92 c.p.c.). Quello di cui mi sono occupata io ... (Tribunale di Milano, sez 7° civile, appalti, lavori opere e forniture e contratti atipici) è stato di effettuare degli incontri di conciliazione / mediazione, nell’ambito di procedure giudiziarie, per le quali ero stata all’uopo delegata”*, in *Blog Mediazione civile* 2019

<https://www.dianatramma.com/intervista-al-giudice-mediatore/?fbclid=IwAR0vSOBw5V-xjGesByZa0pFAG5AJZlBbRBY8Xy12lolEu8Z9y1QW0XZW6Rc>

- durata di una causa civile 1.066 giorni.

Nel 2010 la mediazione obbligatoria fu introdotta dal D.Lgs. 28/2010, in materie che rappresentavano l'8% di tutte le controversie civili dinanzi ai giudici italiani (opposizione furiosa da parte dell' avvocatura e apparente benevolo disinteresse da parte dei giudici); entrò in vigore nel 2011, con la possibilità per gli accordi raggiunti in mediazione di divenire esecutivi. Dal 2011 al 2018, nell'ambito delle procedure di mediazione, sono stati conclusi accordi per un totale di 130.438. Nel 2018 il numero di nuovi contenziosi civili presso i tribunali era diminuito a 2.001.508 (principalmente a causa della crisi finanziaria iniziata nel 2008: redditi più bassi, meno contenzioso) e le cause civili pendenti erano ridotte a 3.443.105⁸⁵.

Il 12.12.2012 la Corte Costituzionale dichiarò incostituzionale la mediazione obbligatoria per eccesso di delega, e non per violazione del diritto di difesa da parte dei cittadini. Sotto la pressione della UE la mediazione obbligatoria fu reintrodotta dal D.Lgs. 69/2013⁸⁶. Il numero dei conflitti giudiziari, nelle materie oggetto di mediazione obbligatoria, era aumentato del 9% dopo la dichiarazione di incostituzionalità, diminuì del 15% con il ripristino⁸⁷.

Come detto, a fine 2013 fu reintrodotta la mediazione condizione obbligatoria di procedibilità. Ma la forte pressione esercitata dagli avvocati su governo e parlamento fece introdurre cambiamenti rilevanti rispetto alla precedente normativa. Tra gli altri:

- gli avvocati sono mediatori "ope legis" (e per quasi due anni è stato chiesto loro di seguire un corso di formazione di base di sole 15 ore!);
- assistenza (cioè, presenza in mediazione) obbligatoria degli avvocati alle parti;
- un primo incontro "informativo" e gratuito; la parte invitata partecipa e può dichiarare se iniziare o no la mediazione (*Opt-Out*), che da quel momento diviene totalmente volontaria (secondo un'errata interpretazione della legge, il soggetto invitato potrebbe non partecipare al primo incontro, presenti l'attivante ed il mediatore).

Giusta il D. Lgs. n. 28/2010, prima versione, la mediazione poteva iniziare anche su invito del giudice. Il D. Lgs. n. 69/2013 introdusse la possibilità per i giudici:

- di ORDINARE ai contendenti di attivare una mediazione in TUTTE le controversie (non solo quelle soggette a mediazione obbligatoria) relative a diritti civili inalienabili (mediazione demandata⁸⁸, art. 5, c.2, D.Lgs. 28/2010)

⁸⁵ Ministero della giustizia, *Monitoraggio della giustizia civile*, anni 2003 / 1° trim.2019 (12.7.2019)

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST1287132&previousPage=mg_2_9_13

⁸⁶ De Palo Giuseppe, *Mandatory mediation is back in Italy with new parliamentary rules*, in *MondoADR* 22.10.2013

<https://www.mondoadr.it/articoli/mandatory-mediation-italy-parliamentary-rules.html>

De Palo Giuseppe e D'Urso Leonardo, *Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings*, in European Parliament, *The implementation of the mediation directive*, 29.11.2016

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA%282016%29571395_EN.pdf

⁸⁷ Ministero della giustizia, *Statistiche sulla mediazione*, 2015, pag. 3

[https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20Italy%20-%20Year%202015%20\(ENG\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20Italy%20-%20Year%202015%20(ENG).pdf)

⁸⁸ Questo tipo di procedura è denominata, alternativamente, demandata, delegata o disposta dal giudice.

- di fornire una proposta di soluzione secondo equità (proposta di conciliazione del giudice, art. 185-*bis* c.p.c) in TUTTE le controversie (non solo quelle oggetto di mediazione obbligatoria) relative a diritti civili inalienabili, rimanendo le parti libere di accettare o rifiutare (arbitrato non vincolante).

In alcuni casi i giudici combinano queste due opzioni: propongono una soluzione e, se la proposta viene rifiutata, ordinano una mediazione obbligatoria (*Arb-than-Med*, arbitrato-e-mediazione).

Nel tempo, i magistrati hanno pure elaborato innovazioni interessanti (ed efficienti): le "Alternative Sentence Resolutions", la "conciliazione integrata", la "mediazione effettiva - giustizia semplice" e la "mediazione guidata". Inoltre, l'uso combinato di proposta di soluzione e mediazione demandata può essere utilizzato pure come strumento di gestione efficace dei procedimenti giudiziari.

2 - Le innovazioni introdotte dai giudici.

Tra il 2010 ed il 2013 i giudici italiani guardarono alla mediazione con apparente benevole distacco, considerandola “Figlia di un Dio Minore”⁸⁹. Le principali perplessità da parte loro erano probabilmente le seguenti:

- introduzione nell'ordinamento italiano, le cui radici risalgono al diritto romano, di una procedura tipica di altre colture (presupposto infondato; la mediazione fa parte della storia e della cultura giuridica italiana, purtroppo ce ne siamo dimenticati⁹⁰);
- metamorfosi del sistema, in cui le controversie vengano inizialmente gestite con tecniche basate sulla psicologia e non sulle garanzie costituzionali; preferenza per un avvocato come mediatore (concezione basata su una conoscenza molto modesta della mediazione);
- interferenza tra mediazione e giurisdizione (ragionevole preoccupazione);
- avanzamento di carriera del magistrato, che dipende in gran parte dal numero di sentenze da lui pronunciate; se i criteri di progressione di carriera includessero anche il numero di controversie risolte attraverso la mediazione (procedura più rapida), i giudici potrebbero trascurare la loro funzione giurisdizionale (discutibile e irragionevole preoccupazione, che non tiene conto del carico di lavoro medio di ciascun giudice e dell'enorme arretrato della giustizia italiana).

⁸⁹ Matteucci Giovanni, *Conciliazione endoprocessuale e mediazione delegata: per la magistratura italiana 'figlie di un Dio minore'*, in MondoADR 8.12.2014

<https://www.mondoadr.it/articoli/conciliazione-endoprocessuale-mediazione-delegata-la-magistratura-italiana-figlie-di-dio-minore.html>

⁹⁰ Scamuzzi Lorenzo, *Conciliatore – Conciliazione giudiziaria*, in Digesto Italiano, 1886

Matteucci Giovanni, *La mediaconciliazione: mimesi di legislazioni altrui o recupero delle nostre tradizioni ?*, in *Temi Romana* (quadrimestrale dell'Ordine degli avvocati di Roma), anno LVIII n.1-3, gennaio /dicembre 2010

<http://www.ordineavvocati.roma.it/Documenti/temi%20romana-1-3-2010.pdf>

Matteucci Giovanni, *Cenni storici sulla mediazione*, in *Academia.edu* 2014

https://www.academia.edu/8642790/Cenni_storici_sulla_mediazione_-_Short_history_of_mediation

Tuttavia, alcuni magistrati iniziarono ad analizzare la mediazione e il suo possibile utilizzo. Mi riferisco principalmente a:

- "Progetto Conciliamo", lanciato nel 2005 presso il Tribunale di Milano ⁹¹ ;
 - "Progetto Nausicaa", avviato nel 2009 presso il Tribunale e l'Università di Firenze;
- entrambi i progetti focalizzati sull'analisi della mediazione e volti a migliorarne la conoscenza tra le professioni legali;
- l'esperienza di Modugno, Articolazione del Tribunale di Bari, che dal 2011, e sotto il coordinamento del suo dirigente, giudice Mirella Delia, ha promosso la "conciliazione integrata";
 - l'esperienza di Ostia, Sezione Distaccata del Tribunale di Roma, il cui dirigente, giudice Massimo Moriconi, grazie ad un uso intensivo di invito alla mediazione, durante il periodo 2012-2013 ridusse di almeno il 10% le cause nel suo ruolo ⁹².

2.a - Tribunale di Roma, *Alternative Sentence Resolution*

Quale metodo ha utilizzato il Dr. Moriconi ? Il giudice analizzava tutti i nuovi casi e, quando pensava che le parti avrebbero potuto raggiungere un accordo, le invitava, insieme ai loro avvocati, ad attivare una procedura di mediazione. I fattori di successo identificati sono stati:

“ a. qualità elevata degli organismi di mediazione in tutti i loro componenti (struttura logistica appropriata a rispettare tempistiche concentrate, coordinato e adeguato apparato di supporto tecnico-giuridico ai mediatori, elevata competenza e professionalità di questi ultimi, consapevolezza che un consistente numero di accordi portati a compimento costituirà elemento sintomatico a testimonianza della reale capacità di buon funzionamento di un organismo, il che si accompagna al ripudio ed al contrasto di un vuoto formalismo burocratico);

“ b. leale collaborazione degli avvocati con l'organismo ed il mediatore, con le controparti e con il giudice;

“ c. piena comprensione delle potenzialità dell'istituto della mediazione ed energico impulso alla mediazione da parte del giudice;

“ d. predilezione concettuale dello strumento della mediazione delegata su quello della mediazione obbligatoria;

“ e. periodicità degli incontri fra Organismi, Foro e Magistratura per l'affinamento degli strumenti di mediazione e per l'elaborazione di protocolli operativi di raccordo fra i vari momenti e soggetti che operano nel sistema del procedimento di mediazione” ⁹³ .

⁹¹ Buffone Giuseppe, *La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano*, ilcaso.it, ²⁰¹⁴ <http://www.ilcaso.it/articoli/404.pdf>

⁹² Biolchini Maria Cristina, *Resoconto del convegno: Il ruolo del giudice nella mediazione*, in MondoADR 17.6.2013 <http://www.mondoadr.it/cms/articoli/resoconto-del-convegno-il-ruolo-del-giudice-nella-mediazione.html>

⁹³ Moriconi Massimo, *La mediazione, profili operativi e problematiche operative*, 2011 <http://www.adrmaremma.it/moriconi01.pdf>

La *moral suasion* risultò efficace. Come già sottolineato, nel periodo 2012-2013 nella Sezione staccata di Ostia le cause a ruolo del dirigente furono ridotte del 10%.

Dal 23.9.2013 al 10.10.2014, nel Tribunale di Roma, il Dr. Moriconi ha avuto a ruolo circa 700 cause, 200 delle quali riteneva potessero essere gestite con i metodi ADR. Più precisamente, in 121 casi ha fatto ricorso all'art. 185-*bis* c.p.c. (arbitrato non vincolante), in 35 alla mediazione demandata e in 46 al 185-*bis* e alla mediazione delegata (*Arb-than-Med*). Nel 58% dei casi le parti hanno raggiunto un accordo. Per quanto riguarda le controversie a ruolo, riduzione dell'8%.

Dato il continuo uso di questi strumenti, il Dr. Moriconi ha denominato i suoi provvedimenti *ASR Alternative Sentence Resolution*: 110 nel 2017, di cui 57 (48%) risolti con accordo ⁹⁴ .

2.b - Tribunale di Bari, conciliazione integrata

Atra esperienza di rilievo è stata intrapresa presso il Tribunale di Bari. Nel 2011 il magistrato coordinatore della Sezione Distaccata di Modugno, giudice Mirella Delia, avviò la "conciliazione integrata" ⁹⁵ basata sul seguente provvedimento

REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE CIVILE DI BARI
IL GIUDICE

- *Condotta nel contraddittorio breve discussione sui punti salienti della controversia;*
- *Valutata, con l'adesione delle parti, l'opportunità di avviare fra loro un percorso conciliativo;*
- *Letto l'art. 185, comma 1, cpc (come modif. dalla L. n. 263/2005), in vigore dall'1.3.2006;*
- *Richiamate le recenti riforme normative in materia di conciliazione e mediazione nel processo civile;*

INVITA

le parti a depositare e scambiare via fax, entro il , proposte e/o offerte per la definizione bonaria della controversia, ed entro il a depositare e scambiare via fax eventuali controproposte, assegnando ulteriore termine sino al , per tenere fra loro un incontro assistite dai legali (ed eventualmente presso gli organismi preposti all'attività conciliativa ai sensi della L. n. 69/2009), finalizzato ad esaminare le ipotesi transattive articolate, avendo cura di documentarne l'esito mercé la redazione di apposito processo verbale da depositarsi sino a 10 gg prima dell'udienza di rinvio e di cui potrà tenersi conto, nel merito, al momento della regolamentazione delle spese processuali.

⁹⁴ Moriconi Massimo, *Decalogo ASR: conoscibilità, predibilità e predittività della giurisdizione*, MondoAdr 1.6.2018 <https://www.mondoadr.it/articoli/decalogo-asr-conoscibilita-prevedibilita-e-predittivita-della-giurisdizione.html>

⁹⁵ L'idea della conciliazione integrata nacque dall'analisi di un progetto simile francese, gestito dal Simone Gaboriau, presidente del Tribunale di Limoge, che operava in un contesto socio economico analogo a quello di Modugno.

RINVIA

il presente procedimento all’udienza del , ore , disponendo per quella data la comparizione delle parti innanzi a sé al fine di poter svolgere, in ossequio al dettato del citato art. 185 cpc ed ove ancora possibile, il tentativo giudiziale di conciliazione.

Bari,

IL GIUDICE⁹⁶

L’iniziativa - basata su art. 111 Costituzionale (principio del “giusto processo”), art. 5 della Direttiva Europea 2008/52/CE e combinato disposto degli artt. 185 e 185-bis del codice di procedura civile italiano⁹⁷ - è stata resa possibile grazie alla partecipazione di avvocati del foro locale e la collaborazione di giovani laureati, che stavano conducendo un periodo di formazione presso il Tribunale.

Da allora l’esperimento ha proseguito presso il Tribunale di Bari, con il coinvolgimento di altri giudici e fino ad affinarsi nel 2015 in forza di un vero e proprio Protocollo proteso alla gestione del processo civile attraverso l’impiego rafforzato degli istituti di giustizia partecipata e, in particolare, delle ordinanze ex art. 185-bis c.p.c..

Si è così registrato un trend in crescita fra le proposte conciliative 185-bis c.p.c. emesse nel Tribunale di Bari:

- 15 nel 2015;
- 914 nel periodo 1.1.2016 / 30.6.2018; per 414 di essi le procedure sono state definite, di cui 332 (80%) senza ulteriori interventi del giudice (accordo o rinuncia al contenzioso), e solo 82 (20%) con sentenza ovvero altra modalità contenziosa⁹⁸ .

Inoltre, è stato creato un *database online* gratuito (identificato dall’acronimo “BDDC”, che sta per Banca Dati Digitale Conciliativa), ove confluisce una selezione di accordi e provvedimenti ex art. 185-bis nonché di mediazione demandata, completamente gestito in ambiente

⁹⁶ Delia Mirella, *Ufficio del processo, ragionevole durata e best practice conciliativa: estensione nazionale della banca dati conciliazione elaborata presso la Corte di Appello di Bari*, in *La Nuova Procedura Civile*, 18.6.2018 <http://www.lanuovaproceduracivile.com/delia-ufficio-del-processo-ragionevole-durata-e-best-practice-conciliativa-estensione-nazionale-della-banca-dati-conciliazione-elaborato-prezzo-la-corte-di-appello-di-bari/>

⁹⁷ Delia Mirella, *Proposte programmatiche sulla conciliazione del Tribunale di Bari – sezione distaccata di Modugno*, Foro Italiano 2/2012, Monografie e varie, pag. 59.

Delia Mirella, *Il giudice e le nuove combinazioni endoprocessuali nei moduli della mediazione; gli artt. 185 e 185 bis c.p.c.*, in *La Nuova Procedura Civile*, 6.2.2015

https://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2015/02/delia_mediazione.pdf

⁹⁸ Delia Mirella, *La conciliazione fra organizzazione, formazione e tecnologia*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV, n.10, pagg. 35-82, Cagliari 2019

<https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>

Nella stessa pubblicazione:

Fazio Laura, *L’efficacia della conciliazione endoprocessuale: l’esperienza del distretto della Corte d’Appello di Bari*, pagg. 83 – 103,

Spagnoletti Valeria, *La rilevazione statistica della conciliazione endoprocessuale: l’esperienza del monitoraggio informatico presso il Distretto di Corte d’Appello di Bari*, pagg. 105 – 126

Maurelli Pasquale, *Il ruolo del CTU negli istituti di giustizia partecipata e ausilio della BDDC*, pagg.127- 138

Brienza Rosita Stella, Sportelli Davide e De Tullio Francesca Romana, *La comunicazione a servizio della banca dati digitale conciliativa*, pagg. 139 – 134.

giudiziario ⁹⁹ ; *database* condiviso ad oggi, per la sua spiccata componente formativa, da numerosi Tribunali e dalle Università di Bari, Cagliari, Firenze, Napoli e Cosenza ¹⁰⁰ .

Il progetto è parte delle "*Best practices*", registrata n. 2526 e selezionata dal Consiglio Superiore della magistratura nell'apposito Manuale delle buone prassi giudiziarie ritenute esportabili (delibera CSM del 18.6.2018), in quanto dotata di apposito sistema di tracciabilità informatica in grado di misurare il percorso conciliativo ed i suoi risultati.

La componente organizzativa di questa esperienza punta alla stretta collaborazione fra gli uffici dei magistrati informatici e il Cisia, per offrire ai Capi Ufficio un supporto statistico attendibile ai fini della valutazione dell'impegno conciliativo profuso negli uffici giudiziari in vista del conseguimento degli obiettivi e dei carichi esigibili nei c.d. programmi di gestione ex art. 37.

2.c - Università e Tribunale di Firenze, mediazione effettiva e giustizia semplice

Nel 2009 l'Università (Prof.ssa Paola Lucarelli) e il Tribunale (giudice Luciana Breggia) di Firenze, nonché l'Osservatorio della giustizia civile (associazione di giudici e avvocati), l'ordine degli avvocati e la Camera di commercio hanno lanciato il progetto Nausicaa, relativo alla mediazione demandata, con tre obiettivi:

- fornire informazioni sulla mediazione attraverso un ufficio, situato nel tribunale;
- fornire ai giudici il supporto di giovani borsisti di ricerca, esperti di mediazione, per individuare le controversie gestibili tramite questa procedura;
- e monitorare l'evolversi della mediazione demandata dal giudice ¹⁰¹ .

Nel 2012 i primi risultati dell'esperimento: se tutte le parti erano presenti nella mediazione, sono stati raggiunti accordi nel 46% dei casi; accordi di fuori del quadro di mediazione raggiunti nel 27% dei casi ¹⁰² .

⁹⁹ http://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx

Corte di Cassazione, *Le buone pratiche in materia di mediazione extra ed endoprocedurale*, 6.6.2018

http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/SLIDES_SSM_6.6.2018_LE_BUONE_PRATICHE_IN_MATERIA_DI_MEDIAZIONE_ENDOPROCESSUALE_def.pdf

¹⁰⁰ Delia Mirella, *L'Ufficio del processo e la BDDC*, in AA.VV., *Il processo telematico* AA.VV. Key Editore, pagg. 401-423, maggio 2019 <https://www.keyeditore.it/libri/il-processo-telematico/>

¹⁰¹ Mellersh Natasha, *Ask An Expert: Luciana Breggia*, Imimmediation 23.6.2017, <https://www.imimmediation.org/2017/06/23/ask-an-expert-luciana-breggia/>

Mellers Natasha, *The ingenious judge – A children's book*, Imimmediation 30.7.2017 <https://www.imimmediation.org/2017/05/30/ingenious-judge-childrens-book/>

¹⁰² Giovannucci Orlandi Chiara, *The Florence Experience: A Culture Of Mediation*, Imimmediation 20.5.2017 <https://www.imimmediation.org/2017/05/20/the-florence-experience-the-culture-of-mediation/>

Università di Firenze, *I numeri della mediazione su invito / ordine del giudice a Firenze*, Diritto24 Il sole24Ore 28.11.2014 http://www.diritto24.ilsole24ore.com/Allegati/Free/Monit_Marinaro.pdf

Lucarelli Paola, *Mediazione su ordine del giudice a Firenze*, Wolters Kluwer, 2015

Lucarelli Paola e Tonarelli Annalisa, *Giustizia Semplice, report di monitoraggio parziale, febbraio/dicembre 2018*, Università degli Studi di Firenze 1.2.2019 <http://met.cittametropolitana.fi.it/public/misc/20190401132704088.pdf>

Come riportato in precedenza, nel 2013 il primo incontro di mediazione "informativo", gratuito, è stato introdotto nella legislazione italiana, con la possibilità per le parti di recedere dal procedimento (la mediazione vera e propria, del tutto volontaria, inizia dopo la prima riunione informativa). La parte invitata, secondo una errata interpretazione degli avvocati, potrebbe astenersi dalla procedura non partecipando al primo incontro (con l'attivante e il mediatore) o partecipare (non di persona, ma rappresentata da avvocati) solo per dichiarare che non è interessato a perseguire la mediazione.

Il Tribunale di Firenze, seguito da molte altre corti, ha interpretato fedelmente la norma, sottolineando che gli avvocati sono mediatori "o*pe legis*", quindi "o*pe legis*" dovrebbero conoscere la mediazione, la necessità della presenza personale delle parti e l'importanza di una efficace interazione fra di loro. In altre parole, i giudici hanno sottolineato che la mediazione deve essere "effettiva".

Inoltre, dal 2017 il Tribunale (Dr.a Marilena Rizzo, presidente) e l'Università (Prof.a Paola Lucarelli) di Firenze, unitamente a Camera di Commercio, Città metropolitana, principali organismi ordinistici di mediazione e la Fondazione Cassa di Risparmio hanno avviato il progetto "Giustizia semplice" con il triplice scopo di migliorare l'efficienza del "servizio giustizia" (riduzione dell'arretrato e processi più rapidi), realizzare (insieme al Dipartimento di ingegneria – informatica) un algoritmo che valuti la mediabilità del contenzioso e la probabilità del risultato, analizzare l'impatto sociale dell'iniziativa. Le sezioni del tribunale coinvolte sono state il Tribunale delle imprese e la Sezione III civile (controversie contrattuali). I giudici sono stati affiancati da dieci stagisti, cui è stata riconosciuta una borsa di studio. Nei primi dieci mesi di vita del progetto sono stati analizzati circa 6.500 fascicoli, 1.296 controversie sono state oggetto di mediazione demandata, per il 72% è stata avviata la mediazione; di queste ultime si è raggiunto accordo nel 46% dei casi. La Sezione III civile nel 2017 registrava circa 9.400 cause pendenti, 7.400 circa a luglio 2019 ¹⁰³.

¹⁰³ E' stato inoltre trovato il modo di registrare in procedura informatica del Ministero della giustizia i processi, oggetto del progetto "Giustizia semplice", e la loro evoluzione.

Alla base del tutto, ricerca della qualità, non semplice tentativo di disfarsi di pratiche.

Con i soggetti coinvolti nell'iniziativa è stata costituita una cabina di regia. Nell'ambito di essa sono state individuate alcune tipologie di processi, per le quali si è ritenuto illogico pensare alla mediazione demandata: procedimento contumacia (assoluto buonsenso, che invece difetta nel D.M 180/2010, art. 7 c.2 lett. b, che prevede, nell'ambito della mediazione, la possibilità per il mediatore di effettuare una proposta in contumacia di una parte!), processi arrivati all'udienza di discussione con la precisazione delle conclusioni, controversie per le quali era già stata esperita la mediazione (per quest'ultimo aspetto, in altri Tribunali alcuni magistrati sono di diverso parere).

Effettuata questa scrematura, gli stagisti hanno analizzato tutte le altre pratiche, redigendo una scheda con gli elementi a favore e quelli contrari all'invio in mediazione. Analisi da parte del magistrato titolare del processo e decisione finale. I giudici hanno anche armonizzato il contenuto dell'ordinanza di invio in mediazione, cercando di adattarlo alle varie tipologie del contenzioso.

Tutti i procedimenti analizzati, sia quelli inviati in mediazione, sia quelli scartati, sono stati poi riesaminati dall'università.

Tutti i fascicoli sono divenuti oggetto di analisi da parte del Dipartimento di ingegneria-informatica per la compilazione di un algoritmo, che valuti la mediabilità di una controversia e le probabilità di accordo. Algoritmo che possa essere di ausilio ai giudici, che non dispongono di un aiuto da parte di stagisti, e ad avvocati e cittadini per individuare il modo più opportuno di gestire una controversia.

Da ultimo si sta analizzando l'impatto sociale del progetto, valutando le ricadute sul territorio, sulle imprese e sugli operatori del diritto in generale.

Università di Firenze, *Gestione conflitti, progetto fiorentino premiato al Forum PA 2019*,

<https://www.unifimagazine.it/gestione-conflitti-progetto-fiorentino-premiato-al-forum-pa-2019/>

Progetto analogo (Tribunale, Università, Ordine degli avvocati, Camera di commercio, banca) è stato annunciato a febbraio 2019 a Perugia ¹⁰⁴.

2.d – La mediazione guidata

La mediazione è una procedura informale, molto flessibile, che permette anche la presenza di un consulente tecnico, su richiesta di tutte le parti e nominato dall'organismo di mediazione, spesso richiesto dal giudice nell'ambito della mediazione demandata. Se non viene raggiunto un accordo, la perizia elaborata dal consulente tecnico può essere utilizzata nel successivo giudizio, con risparmio di tempo e denaro ¹⁰⁵.

E c'è un'altra opportunità. Durante il processo il giudice può chiedere l'intervento di un consulente tecnico e, sulla base della sua perizia, ordinare alle parti di attivare una mediazione demandata, sottolineando, alle parti ed al mediatore, i "paletti" entro cui cercare l'accordo (inviando, inoltre, al mediatore tutti i documenti disponibili). Questo tipo di procedura è chiamata mediazione demandata guidata.

Secondo alcuni studiosi questo approccio andrebbe contro l'autonomia della mediazione e del mediatore. A mio avviso, al contrario, esso comporta solo l'individuazione della *ZOPA* (*zone of possible agreement* - area del possibile accordo) effettuata dal giudice e non dalle parti, semplificando così l'attività iniziale del mediatore. E nulla impedisce che, durante la mediazione, vengano presi in considerazione argomenti ulteriori (gli "interessi" oltre le posizioni) e che si raggiunga un accordo oltre i "paletti" originariamente fissati.

Una delle prime applicazioni di tale tipologia di mediazione è dovuto alla Dr.a Laura Fazio, giudice in un processo tra banca e cliente, relativo al calcolo degli interessi su un conto corrente. Il magistrato ordinò una consulenza tecnica, ma la perizia non fugò tutti i dubbi e, pertanto, non le fu possibile prendere una decisione o fare una proposta vincolante (art. 185-bis c.p.c.). Il giudice, quindi, elencò i punti controversi rimasti e inviò le parti di mediazione, indicando una serie dettagliata di "paletti", di cui avrebbe dovuto tener conto il mediatore. In caso di mancanza di accordo, il magistrato avrebbe chiesto al consulente tecnico una nuova perizia, con costi aggiuntivi e allungamento dei tempi per giungere ad una soluzione ¹⁰⁶.

Rizzo Marilena, *Progetto Firenze*, congresso organizzato da MedyaPro part. III Lecce, 7.6.2019 VIDEO

<https://www.youtube.com/watch?v=0oDmB3EqvIU&list=PLvELWtNJaOIULjYxe-qihqLsWDXQrZGvL&index=3>

¹⁰⁴ "Tribunale di Perugia, taglio del contenzioso e mediazioni: arrivano borsisti a supporto dei giudici - Il progetto coinvolge i Dipartimenti di Giurisprudenza di Perugia e Firenze, Regione, Tribunale, Fondazione Cr Perugia e Camera di commercio", *Umbria 24*, 4.2.2019

http://www.umbria24.it/attualita/tribunale-perugia-taglio-del-contenzioso-mediazioni-arrivano-borsisti-supporto-dei-giudici?fbclid=IwAR3Gy4WhKRiZgqK_IKFDuq-hQ1ecnWfeT6RnHdlmKAmkaC3FQ-jrSWHzgal

¹⁰⁵ Matteucci Giovanni, *Consulente tecnico in mediazione: una guida operativa*, *Altalex* 24.9.2019

<https://www.altalex.com/documents/news/2019/09/24/consulente-tecnico-in-mediazione-guida-operativa>

¹⁰⁶ Fazio Laura, Tribunale di Bari, Sezione stralcio, Articolazione di Altamura, *Mediazione delegata e poteri di indirizzo del giudice*, 26.2.2016 <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/14526.pdf>

Vedi anche, Mariani Paola, Tribunale di Ascoli Piceno, 18.4.2017 <http://www.adrmaremma.it/news427.pdf>

Un uso diffuso ed un'analisi della mediazione demandata guidata è stato fatto dal già citato giudice Dr. Massimo Moriconi ¹⁰⁷. Fino ad ordinare, a luglio 2019, una mediazione guidata "con *range*": studiato il caso, analizzati gli aspetti legali, esaminato il contenuto di una probabile sentenza, giunse alla conclusione che il processo poteva durare anni, comportare costi consistenti ed essere oggetto di appello. Convinto che le parti potessero raggiungere un accordo, ordinò loro di attivare una mediazione demandata, sottolineando il "range" del possibile importo del risarcimento ¹⁰⁸.

2.e - Mediazione demandata come strumento di gestione del processo

La mediazione demandata può divenire anche strumento di "case management" del processo. Questa possibilità, ancora poco studiata in Italia, è stata evidenziata nel 2013 e 2014 dal Dr. Marcello Marinari, già presidente del Tribunale di Montepulciano.

Con la possibilità della mediazione demandata (più precisamente "disposta dal giudice") e della proposta non vincolante di accordo, il potere del magistrato diviene "... uno strumento di case management, inteso non nel significato generico e vago con il quale viene spesso usato in Italia, ma nel senso, che possiede negli ordinamenti di common law dove è nata l'espressione, di una gestione individualizzata del processo anche attraverso l'uso di poteri discrezionali esercitabili anche d'ufficio.

"... si tratta ... di uno sviluppo veramente innovativo, nel contesto giurisprudenziale italiano. Alcune ... ordinanze, nel motivare la scelta del 'referral', entrano in qualche modo nel merito della causa, per valutare la stessa opportunità della mediazione ed, anche senza pronunciarsi sulla fondatezza delle domande ed eccezioni, ne evidenziano talvolta le ricadute sul piano processuale, con le possibili complicazioni sul piano probatorio, mettendo in questo modo in rilievo, almeno indirettamente, la stessa difficoltà di accoglimento delle une e delle altre, in tal modo incentivando le parti alla mediazione, e fornendo loro importanti strumenti di lettura.

"In sostanza, l'ordinanza di mediazione, nel motivare sulla opportunità del 'referral', può e forse 'deve' creare una cornice di riferimento per le parti che le possa agevolare nella ricerca di una soluzione concordata. Ma se questa giurisprudenza rappresenta uno sviluppo (nuovo) di uno strumento già noto, quella in materia di articolo 185-bis c.p.c. e di proposta conciliativa del Giudice può determinare un ulteriore salto qualitativo. Mi riferisco, in particolare, ai casi

¹⁰⁷ Orsola Arianna, *Giurisprudenza e consulenze tecniche in mediazione: intervista al dottor Massimo Moriconi*, in *Blogmediazione* 5.2.2016

<https://blogmediazione.com/2016/02/05/giurisprudenza-e-consulenze-tecniche-in-mediazione-intervista-al-dottor-massimo-moriconi/>

Moriconi Massimo, *Le potenzialità della mediazione guidata*, in *SPFMediazione* 18.4.2016

<https://www.spfmediazione.it/2016/04/18/le-potenzialita-della-mediazione-guidata-secondo-il-giudice-massimo-moriconi/>

¹⁰⁸ Moriconi Massimo, *Mediazione guidata con range, ordinanza 4.7.2019*, in *Non solo sentenze* 29.7.2019

<https://ne-np.facebook.com/nonsolosentenze/posts/2310917582481327>

Moriconi Massimo, *Mediazione demandata e proposta del giudice, art. 185-bis c.p.c.*, congresso organizzato da MedyaPro part. IV Lecce, 7.6.2019 VIDEO

<https://www.youtube.com/watch?v=5LEe8BQimjg&list=PLvELWtNJaOIULjYxe-qihqLsWDXQrZGvL&index=4>

nei quali la proposta del Giudice si accompagna alla previsione di un successivo tentativo di mediazione, nel caso in cui le parti non accettino la proposta del Giudice. In questo caso, siamo in presenza di un meccanismo, di creazione giurisprudenziale, la cui efficacia complessiva è certamente superiore, a mio giudizio, a quella che i due istituti (proposta e mediazione disposta dal Giudice) possiedono separatamente.

“La combinazione dei due strumenti configura quello che si può definire come uno strumento non più di risoluzione alternativa, ma di risoluzione integrata delle controversie, in parte attuata con un provvedimento giudiziario ed in parte con un accordo conciliativo”¹⁰⁹.

3 - Conclusioni

In Italia, nel 2010, il D.L. 28/2010 ha disciplinato la mediazione obbligatoria in materie che rappresentavano l'8% circa di tutte le controversie civili dinanzi ai giudici italiani, è divenuta operativa nel 2011, è stata dichiarata incostituzionale il 12.12.2012 ed è stata reintrodotta alla fine del 2013.

In un primo momento, i magistrati - con pochissime eccezioni- erano estremamente scettici, se non ostili, alla nuova normativa. Anno dopo anno, tuttavia, hanno cominciato a usare i nuovi strumenti, inizialmente per ridurre l'arretrato cronico nel contenzioso civile, poi anche per fornire un "servizio giustizia" più adatto alle esigenze della società.

Ciò è confermato dai dati statistici prodotti dal Ministero della giustizia. La percentuale di mediazioni delegate dai giudici, sul totale del numero di procedure attivate presso gli organismi di mediazione, è stata del 3% nel 2011, il 2% nel 2013, l'8% nel 2014, 10% nel 2015, 11% nel 2016, 13% nel 2017 e 15% nel 2018. Ma queste cifre sottovalutano i risultati raggiunti dalla magistratura, perché non includono il numero dei giudizi perenti a seguito di accordo concluso dalle parti in conflitto, dopo un invito / ordine del giudice, al di fuori di un organismo di mediazione.

Per quest'ultima attività, purtroppo, non v'è una rilevazione statistica uniforme nei vari tribunali e i giudici che hanno agito (e ancora agiscono) come pionieri, non si sono accordati su un metodo unico di rilevazione. Richiamo quindi i dati, riportati nel precedente paragrafo:

- Tribunale di Roma, *Alternative Sentence Resolution*: il giudice Moriconi

-- tra il 2012 ed il 2013 ha ridotto almeno del 10% le controversie a ruolo;

-- dal 23.9.2013 al 10.10.2014 aveva a ruolo circa 700 giudizi; di questi ritenne che 200 potevano essere gestiti con metodi ASR, lo fece per 121: proposta di soluzione (art. 185-bis) n. 40, mediazione demandata n. 35, proposta di soluzione e mediazione delegata (*Arb-than-*

¹⁰⁹ Marinari Marcello, *Mediation and case management*, in GEMME, The Annual Conference 2013, Bucharest, 5.10.2013 <https://ecjleadingcases.files.wordpress.com/2013/11/draft-paper.pdf>

Marinari Marcello, *Giurisdizione e mediazione, dalla risoluzione alternativa alla risoluzione integrata delle controversie?*, in *MondoADR* 20.2.2014 <http://www.mondoadr.it/cms/articoli/giurisdizione-mediazione-dalla-risoluzione-alternativa-alla-risoluzione-integrata-delle-controversie.html>

Marinari Marcello, *Civil and commercial mediation in Italy, the implementation of the 2008/52/EU Directive*, GEMME, European Conference, 5/6.6.2014 <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/07/mediation-road-of-peace-for-justice-in-europe.pdf>

Med) n.46. Nel 58% dei casi le parti raggiunsero un accordo. Diminuzione di controversie a ruolo 8%;

-- nel 2017, giudizi gestiti con metodi ASR n. 110, accordi in 57 casi, 48%;

- Tribunale di Bari, casi di conciliazione integrata: 15 nel 2015; 914 tra il 1.1.2016 ed il 30.6.2018; di cui 414 procedure definite, e di queste 332 (80%) senza alcun intervento ulteriore da parte del magistrato (accordo o rinuncia al contenzioso), 82 (20%) con un provvedimento formale (sentenza o altra modalità contenziosa);

- Tribunale e l'Università di Firenze - mediazione effettiva: nel 2012, se tutte le parti erano presenti nella mediazione, sono stati raggiunti accordi nel 46% dei casi; accordi di fuori della procedura di mediazione raggiunti nel 27% dei casi. Nel 2018, 1.296 casi sono stati inviati in mediazione, le parti hanno convenuto di avviare la procedura nel 72% dei casi ed è stato raggiunto un accordo nel 46% di questi ultimi.

In Italia, i giudici sono in prima linea nell'uso dei metodi ADR. Alcuni di loro hanno operato come pionieri e tracciato un percorso. Altri seguono, ma ci vorrà molto tempo prima che il potenziale dello strumento sia pienamente sfruttato.

Bibliografia

Biolchini Maria Cristina, *Resoconto del convegno: Si Ruolo del Giudice Nella Mediazione*, in *MondoADR* 17.6.2013

<http://www.mondoadr.it/cms/articoli/resoconto-del-convegno-il-ruolo-del-giudice-nella-mediazione.html>

Brienza Rosita Stella, Sportelli Davide e De Tullio Francesca Romana, *La comunicazione a servizio della banca dati digitale conciliativa*, in *Quaderni di Conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV, n.10, pagine 139 -134, Cagliari 2019

<https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>

Buffone Giuseppe, *La Mediazione demandata o disposta o dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano, 2014*, in *ilcaso.it*

<http://www.ilcaso.it/articoli/404.pdf>

Corte di Cassazione, *Le buone pratiche in materia di mediazione extra ed endoprocessuale*, 6.6.2018

http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/SLIDES_SSM_6.6.2018_LE_BUONE_PRATICHE_IN_MATERIA_DI_MEDIAZIONE_ENDOPROCESSUALE_def.pdf

Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice, *Cepej studies n. 26*, 9.2018 related to 48 countries, reference 2016

<https://www.coe.int/en/web/cepej/special-file-publication-2018-edition-of-the-cepej-report-european-judicial-systems-efficiency-and-quality-of-justice->

De Palo Giuseppe, *Mandatory mediation is back in Italy with new parliamentary rules*, in *MondoADR* 22.10.2013

<https://www.mondoadr.it/articoli/mandatory-mediation-italy-parliamentary-rules.html>

De Palo Giuseppe e D'Urso Leonardo, *Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings*, in Parlamento europeo, *The Implementation of the Mediation Directive*, 29.11.2016
http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA%282016%29571395_EN.pdf

Delia Mirella, *Proposte programmatiche sulla Conciliazione del Tribunale di Bari - Sezione distaccata di Modugno*, in *Foro Italiano* 2/2012, Monografie e Varie, pagina 59.

Delia Mirella, *Il giudice e le nuove combinazioni endoprocessuali nei moduli della mediazione; gli artt. 185 e 185 bis cpc*, in *La Nuova Procedura Civile*, 6.2.2015
https://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2015/02/delia_mediazione.pdf

Delia Mirella, *Ufficio del processo, ragionevole durata e best practice conciliativa: estensione nazionale della banca dati conciliazione elaborata presso la Corte di Appello di Bari*, in *La Nuova Procedura Civile*, 18.6.2018
<http://www.lanuovaproceduracivile.com/delia-ufficio-del-processo-ragionevole-durata-e-best-practice-conciliativa-estensione-nazionale-della-banca-dati-conciliazione-elaborato-presso-la-corte-di-appello-di-bari/>

Delia Mirella, *La conciliazione fra organizzazione, formazione e tecnologia*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV, n.10, pagine 35-82, Cagliari 2019
<https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>

Delia Mirella, *L'Ufficio del Processo e la BDDC*, in AA.VV. " *Il processo telematico* ", Editore Key, pagg. 401-423, maggio 2019.
<https://www.keyeditore.it/libri/il-processo-telematico/>

European Parliament, "Implementation of the Mediation Directive - European Parliament resolution of 12 September 2017 on the implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (the 'Mediation Directive') (2016/2066(INI)), P8_TA(2017)0321, point A
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0321+0+DOC+PDF+V0/EN>

Fazio Laura, *Mediazione delegata e poteri di indirizzo del giudice*, in *ilcaso.it* 26.2.2016
<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/14526.pdf>

Fazio Laura, *L'efficacia della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del distretto della Corte d'Appello di Bari*, in "Quaderni di conciliazione" a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV, n.10, pagg. 83-103, Cagliari 2019
<https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>

Fragomeni Tiziana, Caradonna Marcella, De Berti Giovanni, Marinari Marcello e Patti Yoga, *Il metodo della mediazione per la gestione dei conflitti*, in *CELT Casa Editrice La Tribuna*, 2011.

Giovannucci Orlandi Chiara, *The Florence Experience: A Culture Of Mediation*, Imimmediation 20.5.2017

<https://www.imimmediation.org/2017/05/20/the-florence-experience-the-culture-of-mediation/>

Lucarelli Paola, *Mediazione su ordine del giudice a Firenze*, Wolters Kluwer 2015

Lucarelli Paola e Tonarelli Annalisa, *Giustizia Semplice, report di monitoraggio parziale, febbraio/dicembre 2018*, Università degli Studi di Firenze 1.2.2019

<http://met.cittametropolitana.fi.it/public/misc/20190401132704088.pdf>

Mariani Paola, Tribunale di Ascoli Piceno, 18.4.2017 <http://www.adrmaremma.it/news427.pdf>

Marinari Marcello, *Mediation and case management*, Contribution to the The Annual Conference 2013 of the Romanian Section of GEMME, pages 233-246 Bucharest, 5.10.2013

<https://ecjleadingcases.files.wordpress.com/2013/11/draft-paper.pdf>

Marinari Marcello, *Giurisdizione e mediazione, dalla risoluzione alternativa alla risoluzione integrata delle controversie?*, in *MondoADR* 20.2.2014

<http://www.mondoadr.it/cms/articoli/giurisdizione-mediazione-dalla-risoluzione-alternativa-alla-risoluzione-integrata-delle-controversie.html>

Marinari Marcello, *Civil and commercial mediation in Italy, the implementation of the 2008/52/EU Directive*, in GEMME, European Conference, 5/6.6.2014

<https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/07/mediation-road-of-peace-for-justice-in-europe.pdf>

Matteucci Giovanni, *La mediaconciliazione: mimesi di legislazioni altrui o recupero delle nostre tradizioni ?*, in *Temi Romana* (quadrimestrale dell'Ordine degli avvocati di Roma), anno LVIII n.1-3, gennaio / dicembre 2010 <http://www.ordineavvocati.roma.it/Documenti/temi%20romana-1-3-2010.pdf>

Matteucci Giovanni, *Cenni storici sulla mediazione*, in *Academia.edu* 2014

https://www.academia.edu/8642790/Cenni_storici_sulla_mediazione_-_Short_history_of_mediation

Matteucci Giovanni, *Conciliazione endoprocedurale e mediazione delegata: per la magistratura italiana "figlie di Dio un Dio minore"*, in *MondoADR* 8.12.2014

<https://www.mondoadr.it/articoli/conciliazione-endoprocedurale-mediazione-delegata-la-magistratura-italiana-figlie-di-dio-minore.html>

Matteucci Giovanni, *Il mediatore in Italia: un ausiliario del giudice?!?!*, in *Academia.edu* 7.3.2015

https://www.academia.edu/16656311/ADR_Matteucci_2015.07.03_The_civil_mediator_in_Italy_an_auxiliary_of_the_judge

Matteucci Giovanni, *Mediazione civile, come farla decollare; l'esperienza italiana. Statistiche 2011/2016*, in *Revista da Emerj - Escola da magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 19, n.4, 2017

http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19_n4/revista19_n4_78.pdf

Matteucci Giovanni, *Consulente tecnico in mediazione: una guida operativa*, in *Altalex* 24.9.2019

<https://www.altalex.com/documents/news/2019/09/24/consulente-tecnico-in-mediazione-guida-operativa>

Maurelli Pasquale, *Il ruolo del CTU negli istituti di giustizia partecipata e ausilio della BDDC*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV, n.10, pagg. 127-138, Cagliari 2019

<https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>

Mellersh Natasha, *Ask An Expert: Luciana Breggia*, in *Imimmediation* 23.6.2017

<https://www.imimmediation.org/2017/06/23/ask-an-expert-luciana-breggia/>

Mellers Natasha, *The ingenious judge – A children’s book*, in *Imimmediation* 30.7.2017

<https://www.imimmediation.org/2017/05/30/ingenious-judge-childrens-book/>

Ministero della giustizia, *Statistiche sulla mediazione*, 2015, pag. 3

[https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20Italy%20-%20Year%202015%20\(ENG\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20Italy%20-%20Year%202015%20(ENG).pdf)

Ministero della giustizia, *Monitoraggio della giustizia civile*, anni 2003 / 1° trim.2019 (12.7.2019)

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST1287132&previousPage=mg_2_9_13

Moriconi Massimo, *La Mediazione, profili operativi e problematiche operative*, in *ADMaremma* 25.11.2011

<http://www.adrmaremma.it/moriconi01.pdf>

Moriconi Massimo, *Le potenzialità della mediazione guidata*, in *SPFMediazione* 18.4.2016

<https://www.spfmediazione.it/2016/04/18/le-potenzialita-della-mediazione-guidata-secondo-il-giudice-massimo-moriconi/>

Moriconi Massimo, *Decalogo ASR: conoscibilità, prevedibilità e predittività della Giurisdizione*, in *MondoAdr* 1.6.2018

<https://www.mondoadr.it/articoli/decalogo-asr-conoscibilita-prevedibilita-e-predittivita-della-giurisdizione.html>

Moriconi Massimo, *Mediazione demandata e proposta del giudice, art. 185 bis cpc*, congresso organizzato da MedyaPro part. IV Lecce, 7.6.2019 VIDEO

<https://www.youtube.com/watch?v=5LEe8BQimjg&list=PLvELWtNJaOIULjYxe-qihqLsWDXQrZGvL&index=4>

Moriconi Massimo, *Mediazione guidata con ‘range’, ordinanza 4.7.2019*, in *Non solo sentenze* 29.7.2019

<https://ne-np.facebook.com/nonsolosentenze/posts/2310917582481327>

Orsola Arianna, *Giurisprudenza e consulenze tecniche in mediazione: intervista al dottor Massimo Moriconi*, in *Blogmediazione* 5.2.2016

<https://blogmediazione.com/2016/02/05/giurisprudenza-e-consulenze-tecniche-in-mediazione-intervista-al-dottor-massimo-moriconi/>

Rizzo Marilena, *Progetto Firenze*, congresso organizzato da MedyaPro pat. III Lecce, 7.6.2019 VIDEO

<https://www.youtube.com/watch?v=0oDmB3EgvIU&list=PLvELWtNJaOIULjYxe-qihqLsWDXQrZGvL&index=3>

Scamuzzi Lorenzo, *Conciliatore - Conciliazione giudiziaria*, in *Digesto Italiano* 1886

Spagnoletti Valeria, *La rilevazione statistica della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del monitoraggio informatico presso il Distretto di Corte Appello di Bari*, in *Quaderni di Conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV, n.10, pagg. 105-126 Cagliari 2019

<https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>

Tramma Diana, *Intervista al 'Giudice mediatore' Maria Grazia Fiori*, in *Blog Mediazione civile*, 2019

<https://www.dianatramma.com/intervista-al-giudice-mediatore/?fbclid=IwAR0vSOBw5V-xjGesByZa0pFAG5AJZlbRBXy8Xy12lofEu8Z9yIQW0XZW6Rc>

Università di Firenze, *I numeri della mediazione su invito/ordine del giudice a Firenze*, in *Diritto24 Il Sole 24 Ore* 28.11.2014

http://www.diritto24.ilsole24ore.com/ Allegati/Free/Monit_Marinaro.pdf

Università di Firenze, *Gestione conflitti, progetto fiorentino premiato al Forum PA 2019*, in *Unifimagazine*

<https://www.unifimagazine.it/gestione-conflitti-progetto-fiorentino-premiato-al-forum-pa-2019/>

Vaccari Massimo, *L'art. 185 bis c.p.c: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale ?*, in *ilcaso.it* 12.2.2014 <http://www.ilcaso.it/articoli/410.pdf>

SOMMARIO

<i>CTM Consulenza Tecnica in Mediazione 2019</i>	3
<i>La speranza della mediazione: i giovani e la Competizione Italiana di Mediazione</i>	19
<i>L'accordo di mediazione civile e i riflessi sull'accertamento tributario</i>	21
<i>Far ascoltare per mediare</i>	26
<i>Brevi note sulla partecipazione effettiva delle parti in mediazione: volontarismo versus possibilità giuridica nel caso concreto (commento a Tribunale Firenze Sez. III, Sent., 08-05-2019)</i>	29
<i>In bocca al lupo: un augurio di buona mediazione</i>	32
<i>Procedura di definizione delle controversie nelle telecomunicazioni presso i Co.Re.Com. e AGCOM</i>	39
<i>Usucapione e Mediazione</i>	51
<i>Mediazione e giudici in Italia 2019</i>	60



***SCOPRI IL NEGOZIO ON-LINE DI
PRIMICERI EDITORE!***

*Per te la possibilità di acquistare i libri in catalogo
a prezzi speciali.*

COLLEGATI A

www.primicerieditore.it

e inizia il tuo shopping!

UTILIZZA IL CODICE

sconto10

*per usufruire di uno sconto del 10% al momento del
pagamento on-line!*