

# ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION STRUMENTI DI DEFLAZIONE DEL CONTENZIOSO IN MATERIA DI CONTROVERSIE DI LAVORO E CONTENZIOSI CIVILI

*Quali i limiti e le ambiguità normative e applicative*

*di Pietro ZAMPARESE - Marco MAMPIERI  
Andrea MASCIOLI - Giovanna GALUPPO*

**Sommario:** 1 Rimedi alternativi di risoluzione delle controversie di lavoro e vulnerabilità del sistema (*di Pietro Zamparese*<sup>1</sup>). 2. Ambiguità legislativa della sessione informativa nel procedimento di mediazione civile e ricorso a soluzione conciliativa delle liti da parte del giudice (*di Marco Mampieri*<sup>2</sup>). 3. Aspetti pratici ed economici del primo incontro di mediazione civile alla luce della recente sentenza del T.A.R. Lazio n. 1351/2015 del 23 gennaio 2015 (*di Andrea Mascioli*<sup>3</sup>). 4. La negoziazione assistita come strumento di A.D.R. alternativo alla mediazione. La rilevanza della fase informativa alle parti ed il ruolo determinante dei poteri/doveri dell'avvocato quale elemento cardine nella negoziazione assistita (*di Giovanna Galuppo*<sup>4</sup>).

<sup>1</sup> Mediatore civile e commerciale, formatore accreditato "Istituto Nazionale per la Mediazione e l'Arbitrato "IN-MEDIAR" n. 223 Registro Ministero della Giustizia degli Organismi di Mediazione".

<sup>2</sup> Avvocato, Mediatore civile e commerciale, formatore accreditato "Istituto Nazionale per la Mediazione e l'Arbitrato "IN-MEDIAR" n. 223 Registro Ministero della Giustizia degli Organismi di Mediazione".

<sup>3</sup> Mediatore civile e commerciale, formatore accreditato "Istituto Nazionale per la Mediazione e l'Arbitrato "IN-MEDIAR" n. 223 Registro Ministero della Giustizia degli Organismi di Mediazione".

<sup>4</sup> Mediatore civile e commerciale, formatore accreditato "Istituto Nazionale per la Mediazione e l'Arbitrato "IN-MEDIAR" n. 223 Registro Ministero della Giustizia degli Organismi di Mediazione".

**1. Rimedi alternativi di risoluzione delle controversie di lavoro e vulnerabilità del sistema**

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

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

L'art. 410 c.p.c. con il tentativo obbligatorio di conciliazione avrebbe dovuto temperare al superiore obiettivo della definizione bonaria della lite ma soprattutto di deflazione all'abnorme carico giudiziale<sup>1</sup>, tuttavia, tali obiettivi non sono stati mai raggiunti.

La sua sostanziale abrogazione, ma non formale, avvenuta con la legge del 4 novembre 2010 n. 183, è stata salutata dalla dottrina con favore<sup>2</sup>.

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

Il legislatore attraverso l'obbligo del passaggio alla fase conciliativa aveva auspicato una pronta soluzione bonaria della controversia. Così non è stato in quanto, da un lato, le parti hanno sempre primariamente spinto per una definizione giudiziale della lite e non bonaria e, dall'altro, in quanto

lo strumento conciliativo non ha mai rappresentato una vera e propria alternativa al giudizio capace di assorbire i molteplici aspetti. Pertanto una volta scaduti i canonici 60 giorni dalla ricezione dell'istanza, la parte era sostanzialmente "libera" di ricorrere al Giudice; quest'ultimo avrebbe, in ultima analisi, dovuto solamente verificare l'avvenuta decorrenza del termine di cui sopra ai fini della proposizione del ricorso. In buona sostanza da strumento deflattivo si era passati a strumento di mero intralcio ed a giusta ragione se ne auspicava da più parti l'abolizione.

L'art. 31 della legge del 4 novembre 2010 n. 183 ha riscritto l'art. 410 c.p.c. titolandolo soltanto "tentativo di conciliazione" (eliminando la parola "obbligatorio") e di conseguenza ha abrogato l'art. 412-bis c.p.c. che indicava le conseguenze derivanti dal mancato rispetto di quanto previsto nell'art. 810 c.p.c. oltre ad abrogare gli artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001 che disciplinavano il tentativo obbligatorio per i pubblici dipendenti.<sup>3</sup>

Ma il legislatore non si è semplicemente limitato a riformare il tentativo di conciliazione facendolo diventare facoltativo, ma ha rivolto le proprie attenzioni sull'arbitrato affiancandolo quale strumento facoltativo alla conciliazione<sup>4</sup>.

I lavoratori che vorranno utilizzare tale strumento però dovranno operare la scelta *ante causam*, in quanto una volta sorta la lite questa potrà essere definita solamente attraverso la via giudiziale. Ulteriore e più incisiva novità è quella che coinvolge l'art. 420 c.p.c, comma 1, n. 4, che integra il testo normativo aggiungendo alle parole "*tenta la conciliazione della lite*", l'inciso "*e formula alle parti una proposta transattiva*". Tale dettato è da analizzare con il combinato disposto dell'art. 91 c.p.c. (con-

<sup>1</sup> A. BELSITO, *Controversie di lavoro*, Cacucci, Bari, 2012, p. 27.

<sup>2</sup> M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro; la riforma nel collegato*, in Guida al Lavoro, 11 Sole 24 Ore, 26 ottobre 2010.

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

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

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

Tale innovazione ha rappresentato una vera e propria rivoluzione nel processo del lavoro in quanto il legislatore ha sostanzialmente legittimato il Giudice del Lavoro (già titolare di notevoli poteri nella gestione della lite) ad intervenire legittimamente nella definizione bonaria della stessa, irrompendo con la propria autorità nello smuovere le parti ad addivenire ad un accordo<sup>5</sup>.

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

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

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

Con la legge n. 183 del 2010, indicata come Collegato lavoro, il legislatore, probabilmente facendo tesoro della pessima riuscita che fino a quel momento avevano

avuto i tentativi obbligatori nella materia lavoristica - in contro tendenza e nell'ambito della stessa materia e della scelta compiuta dal legislatore del 2010 in materia di mediazione - abbandona il principio dell'obbligatorietà del tentativo.

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

Le parole "*e tenta la conciliazione della lite*" e inoltre, "*senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione*", sono state introdotte dalla legge n. 183/2010<sup>6</sup>.

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

Le modifiche introdotte dal collegato lavoro si inseriscono nell'ampio processo di modernizzazione del mercato del lavoro finalizzato ad un progressivo arretramento dello Stato e della norma inderogabile di legge per la piena valorizzazione delle libe-

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

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

re dinamiche delle relazioni industriali e di lavoro<sup>7</sup>.

Il collegato lavoro non solo ha eliminato il tentativo obbligatorio di conciliazione poiché nel periodo in cui è stato imposto non aveva fatto altro che allungare di qualche mese i tempi del processo<sup>8</sup> ma ha inoltre introdotto nuove forme di arbitrato di lavoro e, più precisamente, tre tipi di arbitrato irrituale accomunati da un medesimo esito, in quanto «*il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato produce gli stessi effetti degli artt. 1372 e 2113, comma 4, del codice civile*» (un lodo, quindi, con efficacia contrattuale e come tale impugnabile ex art. 808-ter c.p.c.)<sup>9</sup>.

## 2. Ambiguità legislativa della sessione informativa nel procedimento di mediazione civile e ricorso a soluzione conciliativa delle liti da parte del giudice

Nella sessione informativa è compito del mediatore chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, in questa fase, ha anche una funzione di impulso al passaggio all'incontro di mediazione vera e propria, infatti questi invita le parti ed i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione.

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

porto corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio.

La giurisprudenza di merito<sup>10</sup>, sul punto, ha sancito alcuni importanti principi sulla effettività della mediazione, sul soddisfacimento della condizione di procedibilità e sulla valutazione della parte ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 28/2010 oltre che dal codice di procedura civile (in particolare artt. 96 e 113).

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

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

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

La mera partecipazione al primo incontro di mediazione senza intenzione di proseguire, in mancanza di cause ostative oggettive, costituisce comportamento elusivo di norma imperativa, da considerarsi in frode alla legge ed espone le parti alle sanzioni di cui agli artt. 96 e 113 c.p.c.. Il rifiuto di iniziare il procedimento di mediazione espone, pertanto, le stesse a tutti i rischi connessi.

Risulta particolarmente esplicativa, a tal proposito, la tesi giurisprudenzia-

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

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

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

<sup>10</sup> Tribunali di Roma, Milano, Palermo, Firenze, Rimini, Bologna, Siena, S.M. Capua Vetere, Siracusa, G.d.P. Di Lecce.

le<sup>11</sup> che, leggendo l'art. 5.2 del d.lgs. n. 28/2010, così come modificato dalla legge n. 98/2013, di conversione del decreto legge n. 69/2013; (si) ritiene che tale norma, in difetto di normativa transitoria (come invece prevedeva l'art. 2.4 della legge n. 69/2009) ed in coerenza con la sua *ratio* anche di natura deflattiva, sia di immediata applicazione, nel senso che, dopo la sua entrata in vigore, il giudice possa provvedere nei termini indicati anche per giudizi instaurati precedentemente, alla luce della natura della controversia, della tipologia di domande svolte dalle parti e della natura di operatori economici di entrambe le parti del giudizio, al ricorso a soluzioni conciliative della lite, ordinando alle parti l'invio in mediazione della lite ai sensi dell'art. 5.2 del d.lgs. n. 28/2010.

Da precisare due importanti profili da osservare affinché l'ordine del giudice possa ritenersi correttamente eseguito (e la condizione di procedibilità verificata):

- la mediazione deve svolgersi con la presenza personale delle parti;<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Tribunale di Campobasso, 28/03/2014 (Giudice dott. Stefano Calabria) R.G. n. 1150/2013.

<sup>12</sup> Tribunale di Vasto, 09/03/2015. La sentenza si inserisce nel filone giurisprudenziale ormai costante, che ha ribadito più volte l'acclarato principio della indispensabilità della presenza delle parti nel procedimento di mediazione, onde assicurare l'effettivo svolgimento. Il mediatore, essendo soggetto preposto istituzionalmente ad esercitare funzioni di verifica e di garanzia delle disposizioni che garantiscono l'effettivo svolgimento della procedura, potrà adottare ogni provvedimento opportuno per raggiungere detto scopo. Secondo il Tribunale di Vasto, il mediatore potrà disporre un rinvio sollecitando il legale a far comparire personalmente la parte; in caso di ulteriore assenza, secondo la sentenza, il mediatore potrà anche mettere a verbale che, nonostante le iniziative adottate, la parte a ciò invitata non ha inteso partecipare personalmente agli incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore e munito degli opportuni poteri), per il caso di assoluto impedimento a comparire. Inoltre *“la parte che avrà interesse contrario alla declaratoria di improcedibilità della domanda avrà l'onere di partecipare personalmente a tutti gli incontri di mediazione, chiedendo al mediatore di attivarsi al fine di procurare l'incontro personale tra i litiganti; potrà, altresì, pretendere che nel verbale d'incontro il mediatore dia atto della concreta impossibilità di procedere all'espletamento del tentativo di mediazione, a causa del rifiuto della controparte di presenziare personalmente agli incontri. Solo una*

- l'ordine del giudice di esperire la mediazione ha riguardo al tentativo di mediazione vero e proprio.

A tale conclusione si giunge in base ad un'interpretazione teleologica delle norme che vengono in campo.

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

L'art. 8, in tema di procedimento, a sua volta così dispone: *“All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurare 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 poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento”*.

Come si evince dall'assunto normativo,

*volta acclarato che la procedura non si è potuta svolgere per indisponibilità della parte che ha ricevuto l'invito a presentarsi in mediazione, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata, essendo in questo caso impensabile che il convenuto possa, con la propria colpevole o volontaria inerzia, addirittura beneficiare delle conseguenze favorevoli di una declaratoria di improcedibilità della domanda, che paralizzerebbe la disamina nel merito delle pretese avanzate contro di sé. Negli altri casi e, segnatamente, quando è la stessa parte che ha agito (o che intende agire) in giudizio a non presentarsi personalmente in una procedura di mediazione da lei stessa attivata (anche su ordine del giudice), la domanda si espone al rischio di essere dichiarata improcedibile, per incompilata osservanza delle disposizioni normative che impongono il previo corretto esperimento del procedimento di mediazione”*.

i due articoli sono formulati in modo ambiguo: nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore ed a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art 5, comma 2-bis, si parla di "primo incontro concluso senza l'accordo". Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di "mancato accordo" se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria.

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

In tale prospettiva, ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando i difensori si rechino dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione (chiarimenti per i quali i regolamenti degli organismi prevedono tutti un tempo molto limitato), possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre, appare una conclusione irrazionale ed inaccettabile.

Se ne individuano, di seguito, i motivi:

- i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 28/2010, inoltre, obblighi informativi in tal senso si desumono già sul piano deontologico (art 40 codice deontologico); non avrebbe, dunque, senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un'informativa.

- La natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concor-

data del conflitto e ciò implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione.

D'altronde, questa conclusione emerge anche dall'interpretazione letterale: l'art 5, comma 1-bis e l'art. 8 prevedono che le parti *esperiscano* il (o *partecipino* al) procedimento mediativo con l'"assistenza degli avvocati" e questo implica la necessaria presenza degli assistiti.

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

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

- L'informazione sulle finalità e le modalità di svolgimento della mediazione possono essere rapidamente assicurate in altro modo:

1. per mezzo dell'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4;

2. grazie alla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati<sup>13</sup>;

- l'ipotesi che la condizione di procedibilità si verifichi con il solo incontro informativo tra gli avvocati ed il mediatore appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione di 'mediabilità' del conflitto (come prevede l'art. 5 che impone al giu-

<sup>13</sup> V. direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008.

dice di valutare "la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti") e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. L'esistenza di plurimi livelli informativi rende impensabile che il processo civile sia momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione piuttosto che per un serio tentativo di risoluzione del conflitto.

- Da ultimo può ricordarsi che l'art. 5 della direttiva europea citata<sup>14</sup> distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione rispetto all'invio per una semplice sessione informativa: un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice, viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e, cioè, *l'attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole* (in base alla definizione data dall'art. 1 del d.lgs. n. 28/2010) e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.

Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la *necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata nel senso che le parti discus-*

*tano sul merito della controversia e verifichino la possibilità di una sua concreta e specifica soluzione conciliativa.*

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

Le parti dovranno essere presenti dinanzi al mediatore personalmente e munite di assistenza legale di un avvocato iscritto all'albo.<sup>15</sup>

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

### **3. Aspetti pratici ed economici del primo incontro di mediazione civile alla luce della recente sentenza del T.A.R. Lazio n. 1351/2015 del 23 gennaio**

Il T.A.R. Lazio con sentenza n. 1351 del 23 gennaio 2015 ha annullato alcune norme del decreto interministeriale n. 180/2010 in materia di mediazione civile e commerciale.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Articolo 5 (Ricorso alla mediazione) - "L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili".

<sup>15</sup> Trib. Campobasso, 28/03/2014 n. 853 (Giudice Stefano Calabria).

<sup>16</sup> La sentenza ha creato una serie di dubbi in ordine alle conseguenze sulla concreta operatività degli organismi nelle

A seguito della sentenza il Ministero rende noto a tutti gli organismi di mediazione che, a seguito dell'annullamento dell'articolo 16, comma 2 e 9 del d.m. n. 180 del 18 ottobre 2010, non è più possibile richiedere il pagamento di alcuna somma di denaro a titolo di spese di avvio - né a titolo di indennità - in sede di primo incontro alle parti.

Ciò comporta, inevitabilmente, gravi problemi agli organismi per la sostenibilità del servizio.

Più precisamente, il T.A.R. ha censurato tre norme: le prime due relative al versamento delle "spese di avvio" quando la mediazione è destinata ad arenarsi al primo incontro e la terza invece riguardante la formazione dei mediatori, riferita alla formazione degli avvocati-mediatori.

Per quanto attiene alle spese di avvio si rileva che la declaratoria di illegittimità colpisce tale previsione in quanto ritenuta contrastante con la norma primaria secondo la quale non è dovuto il "compenso" all'organismo di mediazione "nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro" (cfr. art. 16, commi 2 e 9, Dm 180/2010, in riferimento all'art. 17, comma 5-ter, d.lgs. n. 28/2010).

Il T.A.R., ritenendo l'evidenza del contrasto e, quindi, senza una motivazione approfondita e senza nemmeno dare conto della diversa interpretazione fornita dal Ministero della Giustizia con la circolare del 27 novembre 2013 (che a sua volta richiamava la circolare del 20 dicembre 2011) con la quale si era precisato che le "spese di avvio" non costituivano il compenso per la mediazione, bensì soltanto la determinazione forfettaria (in misura fissa ed unitaria) delle spese dell'organismo per la gestione dell'avvio della procedura (in ciò distinguendosi dalle "spese di mediazione" che costituiscono il compenso dell'organismo).<sup>17</sup>

more di un appello al Consiglio di Stato (con richiesta di sospensiva) che appare ormai imminente.

<sup>17</sup> Altra illegittimità viene poi riservata alla norma (art. 4, comma 3, lett. b, d.m. n. 180/2010) che regola la formazione dei mediatori (in relazione all'art. 16, comma 4-bis, d.lgs. n. 28/2010), ma soltanto "nella misura in cui

Gli Organismi, tuttavia, senza le spese di avvio, dovranno sostenere con fondi propri i costi organizzativi relativi alla prenotazione ed alla disponibilità delle sale di mediazione, all'organizzazione ed al coordinamento di eventuali rinvii, alla trasmissione di documentazione ed alla redazione e rilascio dei verbali oltre che alle spese di segreteria e gestione delle sedi, senza poter più contare sul contributo di avvio della mediazione da parte dell'istante/i e su eventuali versamenti di adesione della parte/i invitate parti.

A tal riguardo è pacifico che le sedi possano richiedere alle parti un contributo forfettario per coprire le spese di segreteria e di gestione della procedura.

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

A tal riguardo, infatti, nessuna norma vieta la possibilità di richiedere acconti su tali spese, a patto che siano, ovviamente, congrui e proporzionati.

Da un'analisi attenta della consuetudine formatasi in merito, si rileva come le parti, ricevuto il servizio richiesto, non adempiano puntualmente al pagamento di quanto dovuto solo per inerzia o per negligenza proprio in considerazione della modesta entità delle singole somme dovute.

Al contrario, assume proporzioni rilevanti ed assolutamente insostenibili l'ammontare complessivo delle somme, costringendo il fornitore del servizio a un lento, faticoso e oneroso recupero di un credito estremamente frazionato.

Per questo motivo la richiesta di pagamento di acconti è diffusa (almeno come prassi) non solo fra gli Organismi di mediazione privati, ma anche fra gli Organismi pubblici - compresi moltissimi Organismi forensi - che com'è noto sono soliti richie-

è suscettibile di essere applicata in via generale" e, perciò, anche agli avvocati-mediatori di diritto.

dere, prima del primo incontro, addirittura acconti sulle indennità di mediazione calcolate in base al valore della controversia.

È inoltre pacifico che avrebbe ben poco senso implementare uno strumento deflattivo del contenzioso civile e, negando al contempo ai fornitori del servizio la possibilità (peraltro non espressamente vietata da alcuna norma e conforme ai principi generali del diritto) di percepire acconti, provocare l'effetto opposto, costringendoli al continuo ricorso all'autorità giudiziaria per recuperare le somme dovute, con conseguente aggravio di spese per gli utenti.

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

Il principio insormontabile, che informa con ancor più rilevanza l'introduzione del procedimento di mediazione, deve essere sempre quello della trasparenza: l'utenza, infatti, deve restare sempre libera, innanzitutto di scegliere l'Organismo di mediazione sulla base della propria fiducia nella competenza dei mediatori, ma anche circa le proprie valutazioni in merito al regolamento ed al sistema tariffario i quali, sempre nei limiti dettati dalla norma, dovranno ben differenziarsi fra loro; se così non fosse, infatti, perderebbe senso lo stesso art. 3 del d.lgs. n. 28/2010.

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

L'Organismo, a tal riguardo, dovrebbe far rientrare l'eventuale compenso del professionista, di natura "discrezionale", nelle spese documentate.

Il mediatore, infatti, non può pretendere né dall'Organismo, né dalle parti, un compenso per l'attività svolta (risolutezza

professionale, stesura verbale, rinvii, trasferite, etc).

Il professionista resta quindi economicamente vincolato al "Risultato positivo dell'incontro preliminare" ed infatti, solo in questo caso avrà diritto a percepire un'indennità che verrà calcolata in percentuale sul valore dell'oggetto della mediazione, come "indicato nel regolamento interno dell'Organismo".

Ne consegue che, il compenso "certo" spettante al mediatore diviene, in parte, aleatorio.

Questo sistema, ancor più dopo la sentenza del Tar, penalizza anche i bilanci degli Organismi privati che, oggi più che in passato, hanno ulteriori difficoltà nel riconoscere un compenso ai mediatori già dalla prima fase della procedura a differenza degli organismi pubblici. Ciò comporta, inevitabilmente, una lesione delle norme sulla concorrenza.

Conseguenza ulteriore è quella che risulta sempre più arduo ottenere dal mercato mediatori cd. di "professione" che, ovviamente, a causa dei minimi compensi economici, si confrontano con questa realtà lavorativa in maniera distaccata e saltuaria non investendo, quindi, né sulla formazione di perfezionamento e né sugli aggiornamenti obbligatori biennali che hanno, costi di somministrazione che il mediatore difficilmente riuscirebbe a recuperare.

Poter puntare sulla disponibilità di mediatori che credono nell'istituto "per vocazione" e per "passione" per risolvere questo annoso problema non costituisce, purtroppo, la soluzione migliore.

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

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

Tuttavia le circolari ministeriali mirano ad imporre agli Organismi regole sul reclu-

tamento, sulla suddivisione e sulle scelte interne dei mediatori da assegnare ad una lite, con criteri standardizzati e/o di turnazione, tutto ciò a scapito della loro professionalità e specializzazione.

A tal riguardo, non si potrebbe, tuttavia, vietare agli Organismi la possibilità di offrire servizi di qualità superiore, questo sarebbe in palese contrasto sia con la *ratio* della norma, sia con le istanze della società civile, sia con le passate indicazioni del Ministero, che ha sempre richiesto elevati *standard* qualitativi agli operatori del settore.

In particolare, i comma 2 e 3 prevedono ulteriori requisiti di formazione per quei mediatori che, chiedendo l'iscrizione ad una sezione specializzata, decidono di formarsi in modo specifico su alcune materie (peraltro con un impegno considerabile senz'altro ridotto), garantendo, in modo trasparente, quel livello qualitativo che l'utenza si aspetta da un mediatore specializzato.

Naturalmente l'iscrizione alle sezioni specializzate è assolutamente su base volontaria e qualsiasi mediatore potrà uscirne in qualunque momento.

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

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

Né si può certo negare, al responsabile di un Organismo privato, la possibilità di incari-

care, per ogni singolo affare di mediazione, quel professionista, iscritto all'elenco dei Mediatori, che reputa più adatto ad affrontare la controversia, valutandone la competenza, la preparazione, i risultati ottenuti in quella tipologia di controversie, ma anche, in senso generale, le doti caratteriali, che si devono il più possibile adattare alle parti e agli avvocati che le assistono.

Se così non fosse verrebbero irrimediabilmente compromessi tutti i principi di libertà imprenditoriale e, cosa ben più grave, verrebbe a decadere gran parte della ragione della responsabilità dell'Organismo verso l'utenza, ove il suo responsabile non avesse la facoltà, oltre che il dovere, di garantire alle parti, in ogni singolo procedimento, il servizio qualitativamente migliore.

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

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

Venendo in particolare al regolamento dell'Organismo, nel determinare i criteri di assegnazione degli incarichi occorre, dunque, mantenere il dovuto equilibrio fra l'esigenza di garantire all'utenza un servizio qualitativamente superiore (prevedendo criteri di formazione continua in massima parte gratuiti per il mediatore, i più importanti dei quali sono gli incontri formativi periodici presso le sedi), la necessità di rispondere a precisi criteri di trasparenza<sup>18</sup> e l'atten-

<sup>18</sup> Preferendo inserire questi criteri direttamente nel

zione alla crescita professionale dei meno esperti, anche con la previsione, fra l'altro, della figura del "mediatore ausiliario", che consente di fare esperienze dirette e graduali nella conduzione dei procedimenti e accrescendo così la propria preparazione.

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

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

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

#### **4. La negoziazione assistita come strumento di A.D.R. alternativo alla mediazione. La rilevanza della fase informativa alle parti ed il ruolo determinante dei poteri/doveri dell'avvocato quale elemento cardine nella negoziazione assistita**

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

---

regolamento, che è per eccellenza il principale strumento informativo offerto agli utenti, anziché, magari, nascondendoli all'interno dei contratti che regolano i rapporti fra l'Organismo e i propri Mediatori.

*retrato in materia di processo civile*".

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

Il d.l. n. 132/2014 dedica alla disciplina della negoziazione assistita l'intero capo II rubricato, appunto, "Procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati", che acquisterà piena efficacia decorsi 90 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione (a partire, quindi, dal 9 febbraio 2015).<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Accanto alla negoziazione facoltativa, il legislatore ha previsto anche ipotesi di negoziazione assistita obbligatoria per le azioni riguardanti il risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e per le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme, purché non eccedenti 50.000 euro e non riguardanti controversie assoggettate alla disciplina della c.d. "mediazione obbligatoria". Nei suddetti casi, l'art. 3 del d.l. n. 132/2014 dispone che: "L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale". L'art. 6 del II capo del decreto giustizia è dedicato alla particolare ipotesi di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio. Profondamente modificata in sede di conversione, la disciplina prevede che tramite la convenzione di negoziazione assistita (da almeno un avvocato per parte) i coniugi possano raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio (nei casi di cui all'art. 3, comma 1, n. 2, lett. b) della l. n. 898/1970), nonché di modifica delle condizioni di separazione o divorzio precedentemente stabilite. La procedura è applicabile, a seguito delle modifiche apportate in sede di conversione del decreto, sia in assenza che in presenza di figli minori o di figli maggiorenni, incapaci, portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

Prima della sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 06.12.2012 che dichiarò l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione, i contenziosi per risarcimento del danno in materia di circolazione di veicoli e natanti erano oggetto di mediazione obbligatoria ex art. 5 d.lgs. n. 28/2010 insieme a condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazioni, comodato, affitto di aziende, risarcimento di danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. Con la reintroduzione dell'istituto della mediazione obbligatoria ad opera del "decreto del fare" il danno in materia di cir-

Tra gli strumenti per la definizione stragiudiziale delle controversie particolare rilievo assumono, nel nostro ordinamento gli istituti della mediazione e della negoziazione assistita.

L'introduzione della negoziazione assistita non elimina, infatti, in alcun modo la mediazione obbligatoria, ponendo al più un problema di coesistenza e coordinamento tra i due istituti.<sup>20</sup>

Intento del legislatore, infatti, non era quello di sostituire uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie con un altro e, del resto, non risultano esservi nel decreto legge disposizioni normative che possano lasciare intendere una siffatta finalità, bensì quella di offrire agli operatori di giustizia un ulteriore strumento col quale cercare di risolvere le controversie al di fuori delle aule giudiziarie.<sup>21</sup>

La differenza tra i due istituti, fondamentalmente, risiede proprio nella presenza, in mediazione, di un soggetto terzo, estraneo alla vicenda ed imparziale, qual è il mediatore, che è chiamato ad agevolare il dialogo tra le parti, ripristinandone la comunicazione e facilitando il raggiungimento di un accordo. A tal fine sono previste anche sessioni separate (con incontro tra il mediatore e solo una delle parti in lite) che, ovviamente, non possono aversi all'interno della negoziazione assistita.

Ecco spiegato come, nell'ottica del legislatore, i due istituti sono destinati a convivere<sup>22</sup>, in quanto, se è vero che il risultato

colazione dei veicoli e natanti non è più materia oggetto di conciliazione imposta da legge.

<sup>20</sup> Non vi è pericolo di sovrapposizione, stante l'espressa previsione di cui all'art. 3, comma 1, del d.l. n. 132/2014.

<sup>21</sup> Come precisato nella XIII Assemblea del coordinamento della conciliazione forense, tenutasi a Latina nei giorni 23 e 24 ottobre 2014, la negoziazione assistita può certamente rappresentare un primo approccio alla soluzione negoziale della controversia; laddove le parti non dovessero raggiungere un accordo, è auspicabile che gli organismi di mediazione forensi propongano l'intervento del mediatore a condizioni agevolate.

<sup>22</sup> Preme segnalare come non sussistano pericoli di sovrapposizione (obbligatoria) tra i due istituti, dal momento che l'art. 3, commi 1 e 5, del d.l. n. 132/2014, come convertito dalla l. n. 162/2014, fa salve le disposizioni che prevedono

finale può essere il medesimo (un accordo avente natura negoziale), diversa è la modalità seguita per raggiungerlo.<sup>23</sup>

La mediazione, infatti, è quella "attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"<sup>24</sup>

La negoziazione assistita consiste, invece, nell'accordo, cd. convenzione di negoziazione, tramite il quale le parti in lite convengono "di cooperare in buona fede e lealtà", al fine di risolvere in via amichevole una controversia, tramite l'assistenza di avvocati, regolarmente iscritti all'albo ovvero facenti parte dell'avvocatura per le pubbliche amministrazioni [...].<sup>25</sup>

La convenzione deve contenere, a norma dell'art. 2 del d.l. n. 132/2014, sia il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, che non può essere inferiore a un mese e superiore a tre (salvo proroga di 30 giorni su richiesta concorde delle parti), sia l'oggetto della controversia, che non può, come dispone espressamente

speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati e, in particolare, le previsioni di cui all'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28/2010, ossia quelle collegate a materie per le quali debba obbligatoriamente esperirsi il procedimento di mediazione. La negoziazione assistita, infatti, risulta obbligatoria nei casi in cui si voglia esercitare in giudizio un'azione in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e nei casi in cui si intenda proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non superiori a € 50.000, fatta eccezione per le controversie nelle quali è prevista la mediazione obbligatoria (ovvero quelle in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari).

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

<sup>23</sup> G. DE BERTI - A. MARSAGLIA, *Gestire negoziazione e mediazione. Guida per l'avvocato*, Altalex editore, 2014.

<sup>24</sup> Art. 1, lett. a), d.lgs. n. 28/2010.

<sup>25</sup> Art. 2, co. 1, d.l. n. 132/2014.

la norma, riguardare né diritti indisponibili né materia di lavoro.

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

La convenzione deve essere redatta, a pena di nullità, in forma scritta<sup>26</sup> e deve essere conclusa con l'assistenza di uno o più avvocati, i quali certificano l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'accordo sotto la propria responsabilità professionale.<sup>27</sup>

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

La parte che sceglie di affidarsi alla nuova procedura invia alla controparte, tramite il proprio legale, invito a stipulare la convenzione di negoziazione. Tale invito deve essere redatto per iscritto, a pena di nullità, debitamente sottoscritto dalla parte personalmente con firma autenticata dal difensore e deve indicare l'oggetto della controversia con l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio, della responsabilità aggravata (art. 96 c.p.c.) e dell'esecuzione provvisoria (art. 642 c.p.c.).<sup>28</sup>

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

Rilevanti sono gli effetti scaturiscono dalla comunicazione dell'invito alla controparte. La comunicazione dell'invito, al pari della sottoscrizione della convenzione, sospende il decorso del termine di prescri-

zione, analogamente all'ordinaria domanda giudiziale.<sup>29</sup>

Altro effetto, di rilevante importanza, che consegue alla comunicazione dell'invito, è quello di interrompere la decadenza; quest'ultima però è impedita per una sola volta e, in caso di rifiuto, mancata accettazione dell'invito o mancato accordo, da questo momento ricomincia a decorrere il termine per la proposizione della domanda giudiziale.

Se l'invito è accettato, si perviene allo svolgimento della negoziazione vera e propria, la quale può avere esito positivo o negativo. In caso di esito negativo, gli avvocati designati dovranno redigere la dichiarazione di mancato accordo. Nel primo caso, invece, vale a dire quando l'accordo è raggiunto, lo stesso deve essere sottoscritto dalle parti e dai propri avvocati che certificano sia l'autografia delle firme che la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.<sup>30</sup>

L'accordo costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'art. 480, comma 2, c.p.c.<sup>31</sup>

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

L'obbligatorietà vige in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli

<sup>29</sup> L'art 8 del d.l. n. 132/2014 (Interruzione della prescrizione e della decadenza).”1. *Dal momento della comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita ovvero della sottoscrizione della convenzione si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la decadenza, ma se l'invito è rifiutato o non è accettato nel termine di cui all'articolo 4, comma 1, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione nel termine ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati.*”

<sup>30</sup> Art. 5, co. 2, d.l. n.132/2014

<sup>31</sup> Art. 5, co. 2-bis, d.l. n.132/2014.

<sup>26</sup> Art 2, co. 4, d.l. n. 132/2014.

<sup>27</sup> Art. 2, co. 1, d.l. n. 132/2014.

<sup>28</sup> Art. 4, co. 1, d.l. n.132/2014.

e natanti, per chi intenda proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme purché non eccedenti 50.000 euro (ad eccezione, come detto sopra, dei crediti in materia di lavoro e non riguardanti controversie assoggettate alla disciplina della cd. "mediazione obbligatoria")<sup>32</sup> ed ora, con la legge di stabilità 2015, anche in materia di contratti di trasporto o di sub-trasporto (art. 249 l. n. 190/2014).

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

L'improcedibilità deve essere eccepita, non oltre la prima udienza, dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice.<sup>33</sup> Qualora, la negoziazione assistita sia già iniziata ma non conclusa, il giudice provvederà a fissare l'udienza successiva dopo la scadenza del termine fissato dalle parti per la durata della procedura di negoziazione e indicato nella convenzione stessa. Qualora, invece, la negoziazione non sia ancora stata esperita, il giudice, oltre a provvedere alla fissazione dell'udienza successiva assegna, contestualmente, alle parti un termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito.<sup>34</sup> Conseguenza di tale assunto normativo è che se l'invito viene seguito da un rifiuto o da una mancata risposta entro trenta giorni dalla ricezione, ovvero quando è decorso il termine per la durata della negoziazione concordato dalle parti, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata.

In base a quanto disposto dall'art. 3, co. 3, del d.l. n. 132/2014 "La disposizione di cui al comma 1 (vale a dire la negoziazione a pena d'improcedibilità) non si applica:

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione; b) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile; c) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; d) nei procedimenti in camera di consiglio; e) nell'azione civile esercitata nel processo penale".

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

Solo quando la negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale in altre parole quando è obbligatoria, le parti meno abbienti possono accedere gratuitamente al procedimento, nel caso sussistano le condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio nel giudizio in tribunale.

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

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

L'avvocato, innanzitutto, ha l'obbligo, stabilito dall'art. 2, co. 7, d.l. n. 132/2014, all'atto del conferimento dell'incarico, di informare il proprio cliente circa la possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita<sup>35</sup>. Tale informativa, deve rendere edotta la parte circa la possibilità di ricorrere a tale istituto, oltre a metterlo a conoscenza delle finalità e dei vantaggi dell'istituto, in modo da renderlo consape-

<sup>32</sup> Art. 3 co. 1, d.l. n. 132/2014.

<sup>33</sup> Art. 3, co. 1, d.l. n. 132/2014. Il giudice quando rileva che la negoziazione assistita è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 2 comma 3. Allo stesso modo provvede quando la negoziazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito.

<sup>34</sup> Art. 3, co. 1, d.l. n. 132/2014.

<sup>35</sup> Art. 2, co. 7, d.l. n. 132/2014 "È dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita".

vole e partecipa alla procedura ed alla formazione dell'accordo (cd. Convenzione di negoziazione) che sarà il risultato dell'attività posta in essere durante la negoziazione.

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

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

Da ciò si evince quale possa essere l'importanza dell'attività informativa dell'avvocato nella formazione della volontà del cliente circa la scelta dell'uno o dell'altro istituto in quanto, ben potrà accadere che ad una mediazione fallita segua un tentativo di negoziazione assistita o, viceversa - e con maggiori probabilità di successo - a seguito di una negoziazione fallita le parti decidano di avvalersi del procedimento di mediazione, stante l'aggiuntiva figura del mediatore, soggetto terzo ed imparziale, che opera quale facilitatore della comunicazione tra le parti in lite.

Spetta sicuramente all'abilità degli avvocati capire se sussista o meno l'opportunità di avvalersi di detti strumenti, laddove non siano previsti quali obbligatori, in particolare per quanto attiene alla mediazione, dati i costi aggiuntivi di detta procedura.

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

Altro obbligo degli avvocati ed elemento cardine della stessa negoziazione, ben delineato dal legislatore d'emergenza,<sup>36</sup> è quello della necessaria assistenza per la for-

mulazione, non solo dell'invito a stipulare la convenzione e per la stipula della convenzione di negoziazione stessa (per la determinazione del suo contenuto e della sua forma), ma anche quanto alla dichiarazione di mancato accordo che dev'essere necessariamente certificata dagli avvocati designati.<sup>37</sup> Infatti, oltre all'obbligatorietà dell'assistenza "di uno o più legali", agli avvocati vengono attribuiti anche poteri di autentica e di certificazione<sup>38</sup> delle sottoscrizioni autografe delle parti, della dichiarazione di mancato accordo, nonché della conformità della convenzione alle norme imperative e all'ordine pubblico<sup>39</sup>.

Altro obbligo dell'avvocato è quello disposto dall'art. 9 d.l. n. 132/2014 rubricato, appunto, "Obblighi dei difensori e tutela della riservatezza", che fissa esplicitamente il dovere per gli avvocati, oltre che per le parti, di comportarsi secondo lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute nel corso della procedura, non potendole utilizzare nell'eventuale giudizio avente, in tutto o in parte, il medesimo oggetto, né potendo le stesse costituire oggetto di deposizione da parte dei difensori<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Articolo 4. (Non accettazione dell'invito e mancato accordo).<sup>1</sup> L'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile. 2. La certificazione dell'autografia della firma apposta all'invito avviene ad opera dell'avvocato che formula l'invito. 3. La dichiarazione di mancato accordo è certificata dagli avvocati designati.<sup>2</sup>

<sup>38</sup> Art. 4, co. 2, d.l. n. 132/2014.

<sup>39</sup> Art. 4, co. 2 e 3, art. 5, co. 2, d.l. n. 132/2014 ed art. 2, co. 6, d.l. n. 132/2014. L'accordo che definisce la controversia, sottoscritto dalle parti e dai rispettivi avvocati, costituisce titolo esecutivo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. I difensori, certificano l'autenticità delle firme e la conformità della convenzione alle norme imperative e all'ordine pubblico.

<sup>40</sup> È fatto obbligo agli avvocati e alle parti di comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute. Le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto. I difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite. [...] La violazione delle

<sup>36</sup> Art. 2, co. 2 e 4, d.l. n. 132/2014.

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

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

---

prescrizioni di cui al comma 1 e degli obblighi di lealtà e riservatezza di cui al comma 2 costituisce per l'avvocato illecito disciplinare.

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

È auspicabile, proprio ai fini di una buona riuscita di uno istituto come quello della negoziazione assistita, in cui così pregnanti sono i poteri/doveri dell'avvocato, sia nella formulazione dell'invito alla controparte che nella redazione dell'accordo di negoziazione, che le parti siano assistite da legali realmente intenzionati a raggiungere un accordo negoziale della controversia. Da un'attenta analisi dell'istituto, infatti, si evince che gran parte della riuscita della sua finalità deflattiva del contenzioso giudiziario sia rimessa alla volontà, alla professionalità ed all'impegno dell'avvocato.

#### Abstract

*Gli autori hanno inteso analizzare l'insieme eterogeneo degli strumenti da utilizzare per risolvere le controversie tra privati senza far ricorso agli organi giurisdizionali (cd. Alternative Dispute Resolution), caratterizzati dall'intervento di un soggetto terzo in funzione di arbitro o mediatore, evidenziando anche i principali vantaggi del ricorso all'ADR (semplicità, rapidità, economicità) la cui procedura può avere tanto carattere facoltativo quanto vincolante per le parti.*

*The authors intended to analyze the diverse collection of instruments should be used to resolve disputes between individuals without recourse to the courts (cd. Alternative Dispute Resolution), characterized by the intervention of a third party as a function of arbitrator or mediator, also highlighting the key benefits of recourse to ADRs (simplicity, speed, economy) whose procedure can have as much optionality as binding upon the parties.*