

## MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA AL 31.12.2011

*Giovanni Matteucci*

Laurea in Giurisprudenza e quella in Economia & Commercio presso l'Università "la Sapienza" di Roma ed il "Diploma in Economics" presso l'University of York (UK). Ha frequentato il Master di 1° livello in "Procedure stragiudiziali di soluzione delle controversie" ed il "Corso di alta formazione in diritto fallimentare" presso l'Università di Siena. E' stato funzionario di banca, dove si è specializzato nella valutazione e gestione del rischio, in particolare quello di dubbio realizzo. E' mediatore civile accreditato presso il Ministero della Giustizia dal 2007 e formatore dal 2011; come mediatore opera presso la CCIAA di Grosseto e il Conciliatore BancarioFinanziario, come formatore presso l'Ordine degli Avvocati di Roma, Altalex s.r.l. e Teseo s.r.l.. E' specializzato nell'utilizzo della mediazione per prevenire il conflitto in situazione di crisi finanziaria aziendale.

### **1.D.LGS. 28 / 2010 e D.M. 180 /2010**

Nell'Italia dell'800 la mediazione (allora veniva chiamata conciliazione) era molto usata per dirimere le controversie; pochissimo, dopo la seconda guerra mondiale, nonostante che l'ordinamento giuridico fosse disseminato di norme (tutt'ora in vigore) che richiamavano il suo uso. Nel 2005 il legislatore, nell'ambito della normativa sul nuovo rito societario, affrontò per la prima volta in maniera organica l'uso della mediazione, facendo una scelta di fondo: la gestione veniva affidata in *outsourcing* a organismi, pubblici e privati, con determinate caratteristiche e sotto il controllo del Ministero della Giustizia. Nel 2008 l'Unione Europea, con la Direttiva n. 2008/52/CE indicò agli stati membri l'obiettivo di facilitare l'utilizzo della mediazione per le controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, con la possibilità che l'accordo finale fosse esecutivo; inoltre l'art. 12 stabiliva: "Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente al 21 maggio 2011".

Obbligo comunitario per le controversie transfrontaliere, necessità di trovare un pur qualche rimedio all'arretrato presso i Tribunali civili, alla durata abnorme dei processi e al contenimento delle relative penali <sup>1</sup>; il parlamento italiano con la Legge 69 del 2009 all'art. 60 conferì al governo delega in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali. Questa ha trovato attuazione nel D.Lgs. 28 / 2010 e nel D.M. 180 / 2010 , con i quali lo Stato italiano si è dotato di un *corpus juris* sulla mediazione civile e commerciale non indifferente.

Innanzitutto è stata fornita la definizione di mediazione, intesa come la procedura volta al risultato della conciliazione, ribadendo l'essenza dell'istituto: **negoziazione assistita** da un terzo imparziale, per il conseguimento di un accordo amichevole o per la “*formulazione di una proposta per la risoluzione*” della controversia. E' stata poi delimitata la sfera di applicazione della mediazione: le controversie civili e commerciali relative a **diritti disponibili**. E sono richiamati altri punti cardine della mediazione: la **riservatezza** e l' **informalità** del procedimento e la **imparzialità** del mediatore (D.Lgs. 28/2010 art. 3 c.2, art. 8 c.2, art. 9, art. 10, art. 14 c.2).

La procedura di mediazione inizia con il deposito presso l'organismo di mediazione <sup>2</sup> dell'istanza, che deve specificare organismo, parti, oggetto <sup>3</sup> e ragioni della pretesa (D.Lgs. 28/2010, art. 4, comma 2). Io aggiungerei anche valore, determinante per quantificare il compenso del mediatore e l'esenzione dall'imposta di registro (vedi *ultra*).

*... in caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda* (sottolineatura del redattore) <sup>4</sup>. *Per determinare il tempo della*

---

<sup>1</sup> 5.602.616 i procedimenti civili pendenti al 30.06.2010 (fonte, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2010*, pag. 27, del presidente della Corte Suprema di Cassazione, Ernesto Lupo, presentata il 27.01.2011)

Euro 95.000.000 le disponibilità chieste nel 2010 dal Ministero della Giustizia a causa della lunghezza dei processi e delle condanne ex Legge Pinto, “*a saldo del debito complessivo , vale a dire non solo per quello dell'anno ma anche l'arretrato; il Ministero dell'Economia ha trasferito euro 16.561.585,00 .. solo nel luglio 2010, con conseguente incremento delle azioni esecutive*” a carico dello Stato (*Relazione del Ministro della giustizia Alfano sull'amministrazione della giustizia, anno 2010*; testo integrale trasferito alla Presidenza del Senato il 18.01.2011).

<sup>2</sup> “... domanda da depositare, e dunque da porre per iscritto, presso la segreteria di un organismo inserito nel registro di cui all'articolo 16”; Relazione illustrativa al D.Lgs. 28/2010.

<sup>3</sup> Porre particolare attenzione nello specificare l'oggetto della controversia ai fini del disposto dell'articolo 10 del D.Lgs. 28/2010 : “ *Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto* (sottolineatura del redattore) *anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione ...*” (vedi oltre).

<sup>4</sup> L'assenza del principio di competenza nella procedura di mediazione ha sollevato critiche feroci da parte dell'avvocatura, abituata a confrontarsi con una dettagliata regolazione di tale principio. La non indicazione di un criterio di competenza, tuttavia, è stata una scelta esplicita da parte del Ministero della Giustizia. Infatti, nella Relazione illustrativa al D.Lgs. 28/2010, art. 4 : “*Deliberatamente, non si stabilisce un criterio di*

*domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione” (art. 4, comma 1); su questo aspetto sorgeranno problemi.*

---

*competenza in senso proprio, così da evitare una impropria giurisdizionalizzazione della sequenza che avrebbe alimentato contrasti e imposto criteri per la risoluzione dei conflitti. Le parti saranno così libere di investire, concordemente o singolarmente, l'organismo ritenuto maggiormente affidabile. Qualora, rispetto alla stessa controversia, vi siano più domande di mediazione, si è optato per un criterio selettivo oggettivo, e di piana applicazione, quale quello della prevenzione: il procedimento di mediazione si svolgerà davanti all'organismo presso cui è stata depositata la prima domanda. Questo spiega anche perché si è scelto di imporre alla domanda la forma documentale (o quanto meno documentata da apposito processo verbale, ove il regolamento dell'organismo lo preveda)”. Secondo un magistrato : “Il decreto legislativo è anodino rispetto alla regola processuale, per cui ogni domanda (giudiziale) va proposta ad un ufficio giudiziario non secondo mera discrezionalità dell'attore ma secondo criteri di collegamento territoriale ben precisi e predeterminati, seppure talvolta alternativi e derogabili sull'accordo delle parti. “ Invero l'art.4 del decr.lgs. 28/2010 stabilisce che la domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo. C'è da chiedersi se cionondimeno la scelta da parte dell'istante-attore sia del tutto libera. “ Giova subito premettere che ad avviso dello scrivente non è consigliabile, per la ragione che sarà chiara in prosieguo, all'attore/istante fare scelte di convocazione della controparte arbitrarie, strumentali ed avventate. Potrebbe pagarne il costo.*

*“ In mancanza di qualsiasi risposta espressa da parte del legislatore, il problema è di non poco conto. Si può creare una situazione di incertezza anche notevole.*

*“ Si potrebbe affermare che la controparte convocata davanti ad un organismo del tutto svincolato dal luogo individuabile secondo i normali criteri di competenza dettati dal codice di procedura civile può controbilanciare tale scelta dell'istante con la non adesione e non partecipazione all'incontro di mediazione.*

*“ Ma in realtà la questione è più complessa.*

*“ Infatti si possono verificare situazioni non macroscopiche, dove non è evidente la strumentalità e inaccettabilità logica della convocazione.*

*“ Se si pone mente che sempre più (cioè dopo l'originario decreto legislativo) la mancata partecipazione della controparte al procedimento di mediazione è vista con disvalore e sanzionata ... non si può non convenire che la situazione di incertezza che si determina a carico della controparte (aderire o meno) di fronte ad una convocazione territorialmente anomala (non sapendo cosa deciderà il giudice nel prosieguo) dovrebbe essere rimossa dallo stesso legislatore.*

*“ In attesa di ciò sarà il giudice a valutare se considerare accettabile o meno la mancata comparizione; giudizio dal quale non dipenderanno solo le sorti (sanzionatorie) del convenuto non comparso, ma, nella mediazione obbligatoria, l'essere o meno stato validamente esperito il tentativo di mediazione ed in definitiva la procedibilità della domanda.*

*“ Infatti in presenza di una convocazione davanti ad un organismo non ritenuto dal giudice coerente con ragionevoli collegamenti territoriali con la residenza o la sede del convenuto, si potrebbe ritenere non validamente esperito il tentativo di conciliazione, con quanto ne può conseguire a carico dell'istante-attore.*

*“ Sul concetto di ragionevole (che ovviamente non può coincidere con il pedissequo rispetto dei criteri di collegamento previsti dal codice di procedura civile, non applicabile tout court alla mediazione) il discorso rimane aperto (si vuol dire in altre parole che una convocazione al di fuori dei criteri di collegamento territoriale previsti dal codice di rito non sempre e necessariamente deve considerarsi errata ed arbitraria; ad esempio se l'istante risiede ad Ostia e convoca il convenuto ad Ostia per la mediazione, anche se secondo il codice di rito la causa doveva essere incardinata a Roma, la convocazione per la mediazione andrà senza dubbio considerata valida).*

*“ Nel caso 'di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione' (art.4 decr.lgs.28/2010).*

*“ L'aspetto che si pone con evidenza è la mancata previsione nella legge di un modo di risoluzione dell'eventuale conflitto fra diversi organismi, come pure i casi di continenza delle domande (vale a dire il caso in cui non si tratti di domande uguali, ma di un procedimento di mediazione che sia più ampio come causa petendi e petitum rispetto all'altro).*

*“ Neppure è previsto come debba concludersi il procedimento recessivo.*

*“ Verosimilmente dovrà essere, nei limiti del possibile, il giudice adito per la controversia, previa richiesta di notizie agli organismi, a risolvere i conflitti ”. Moriconi Massimo, consigliere dirigente la Sezione distaccata di Ostia del Tribunale di Roma, “La mediazione; profili operativi e problematiche operative”, 25.11.2011, in [www.sezioneostia.tribunale.roma.it](http://www.sezioneostia.tribunale.roma.it) o [www.adrmaremma.it](http://www.adrmaremma.it) Voce Articoli, pag. 12.*

L'art.3 c.4 prevede espressamente la conciliazione *on line*, cioè tramite internet. Tuttavia il D.M 180/2010, art. 7 c.4 stabilisce che *“Il regolamento (dell’organismo di mediazione) non può prevedere che l’accesso alla mediazione si svolge esclusivamente attraverso modalità telematiche.*

Perché la conoscenza della possibile alternativa alle controversie giudiziali si diffonda, l’ avvocato, all’atto del conferimento dell’incarico, deve informare l’assistito, per iscritto, dell’esistenza della mediazione.

Affinché il ricorso alla mediazione superasse la assoluta contrarietà di molti avvocati italiani e il *“benign neglect”* della magistratura, il legislatore l’ha resa **condizione obbligatoria di procedibilità**<sup>5</sup> per le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità

---

<sup>5</sup> *“Così facendo si sono di fatto introdotte delle condizioni di accesso alla tutela giurisdizionale, che la Corte Costituzionale ha in più occasioni dichiarate legittime e compatibili con quanto previsto dall’art. 24 Costituzione. Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza 21.01.1988, n.73, in “Giur. Cost.”, 1988, I,p.201; sentenza 4.3.1992, n.82, in “Foro it.”, 1992, I, 1023 ss.; ordinanza 22.10.1999, n.398, in “Foro it.”, 2000, I, 1777; sentenza 13.7.2000, n.276, in “Foro it.”, 2000, I, 2752 ss.; ordinanza 6.2.2001, n.29, in “Giur.it.”, 2001, p.1093, con nota di Fontana”; Così G. e Romuladi G., “La mediazione dei conflitti”, Giappichelli 2010, pag. 135.*

Da ultimo Giovanni Maria Flick, in un suo intervento del 23.11.2011 al Salone della giustizia a Roma: *“Imporre l’obbligatorietà di un rimedio stragiudiziale di soluzione del contenzioso (in specie, nelle forme del tentativo di conciliazione) non contrasta con i principi costituzionali, a condizione che ciò non impedisca o renda eccessivamente difficoltoso l’accesso alla giustizia. A tal fine, il meccanismo è salvo dai sospetti di illegittimità qualora esso sia imposto come ‘condizione di procedibilità’ della domanda giudiziale, piuttosto che come ‘condizione di proponibilità’ (stabilire una “condizione di procedibilità” significa introdurre nel processo un presupposto processuale sanabile con efficacia ex tunc.; il vizio attinente alla mancata osservanza della condizione di proponibilità è invece insanabile, con conseguente chiusura in rito del processo, ovvero non sanabile retroattivamente) nonché qualora esso sia in grado di assicurare alla domanda di mediazione i medesimi effetti, sostanziali e processuali (ciò impone in mediazione regole equivalenti a quelle processuali, per lo meno sotto il profilo degli effetti su prescrizione e decadenza, della tutela cautelare, irrinunciabile anche in pendenza di mediazione, nonché dell’opponibilità ai terzi dell’eventuale accordo, tramite la trascrizione) che la domanda di giustizia produce sul diritto controverso (ex pluribus, Corte cost. 18 febbraio 2009 n. 51; Corte cost. 26 ottobre 2007, n. 355; Corte cost. 30 novembre 2007, n. 403; Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, in Mass. giur. lav., 2000, 1098; in Giur., it., 2001, 1094; Foro it., 2000, I, 2752).*

*“La fase stragiudiziale supera poi il vaglio di costituzionalità qualora si dimostri capace di deflazionare il contenzioso civile, nonché di giungere a conclusione in tempi rapidi. Sostanzialmente nello stesso senso la Corte di giustizia : Corte Giust. CE 18 marzo 2010 n. 318/08 R.A. e altri, in Foro it., 2010, IV, 361; Riv. arb., 2010, 633, con nota di Calabresi; Riv. dir. ind., 2011, 2, II, 113, con nota di Nicolini), precisando che l’accesso obbligatorio alla fase stragiudiziale, oltre a non limitare le garanzie del diritto di azione e difesa in giudizio, neppure deve essere eccessivamente oneroso per le parti (stabilisce infatti Corte Giust. CE 18 marzo 2010, n. 317, cit. che ‘i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, non ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l’unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l’urgenza della situazione lo impone’ “.*

medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5, comma 1), con decorrenza 20.03.2011<sup>6</sup>. Il mancato ricorso alla mediazione può essere eccepito in giudizio dal convenuto, a pena di decadenza, o dal magistrato non oltre la prima udienza. Anche in appello, “... *valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti ...*”, il magistrato può invitare queste ultime ad adire la mediazione e può farlo prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni o, se tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa<sup>7</sup>.

Da considerare (come indicato a nota 35) che condizione obbligatoria di procedibilità non corrisponde a condizione obbligatoria di proponibilità.

Oltre alle controversie relative alle materie sopra indicate, nel caso un contratto o uno statuto/atto costitutivo di una società abbiano una clausola compromissoria di mediazione, e se le parti del contratto o i soci iniziano una lite e instaurano un giudizio, il magistrato o l’arbitro, “*su eccezione di parte proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo*” (art. 5, comma 5) il decorso di quattro mesi di tempo. Se la mediazione è già iniziata, il giudice o l’arbitro fissano la successiva udienza tenendo conto della durata della procedura stragiudiziale.

Anche in pendenza del procedimento di mediazione possono essere concessi i prov-vedimenti urgenti e cautelari e può essere trascritta la domanda giudiziale. Inoltre, la mediazione non è condizione obbligatoria di procedibilità

*a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l’opposizione, fino alla pronuncia*

---

<sup>6</sup> Decorrenza 20.3.2012 per le controversie in materia di condominio e risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti; D.L. 29.12.2010, n.225 convertito dalla L. 26.2.2011, n.10, art. 16-decies (G.U. 47 del 26.2.2011, Supplemento ordinario 53/L).

<sup>7</sup> D.Lgs. 28/2010, art. 5, c.1 e c.2 : “ ..... . . *L’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. 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 la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non e’ stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.*

“ 2. *Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L’invito deve essere rivolto alle parti prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non e’ prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all’invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”* .

*sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione*<sup>8</sup>;  
b) *nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;*  
c) *nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile;*  
d) *nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;*  
e) *nei procedimenti in camera di consiglio;*  
f) *nell'azione civile esercitata nel processo penale.*

L'art. 5 comma 6 richiama un principio particolarmente importante : *“Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta (sottolineatura del redattore), ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo”* .

*All'atto di presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici 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. ... (D.Lgs. 28/2010, art, 8 c.1).*

L'intento deflattivo della normativa in esame sull'arretrato processuale civile è evidente non solo per la previsione della condizione obbligatoria di procedibilità sopra indicata, ma anche in base al dettato dell'articolo 6, ***“il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi”***. Bisogna fare presto, anche per non incorrere

---

<sup>8</sup> Interessante una sentenza del Tribunale di Varese, del 30.6.2010 (richiamata ne Il Sole 24 Ore, 6.8.2010, pag. 27, a firma Giovanni Negri) : ***“Avviso di conciliazione anche per le ingiunzioni*** . *Avviso di conciliazione obbligatorio anche per i decreti ingiuntivi. A prevederlo, intervenendo su uno degli aspetti più ricchi di tensioni tra avvocati e ministero della Giustizia, è il tribunale di Varese che, con provvedimento del 30 giugno 2010 ha sancito il vincolo anche per una categoria di procedimenti per i quali, a rigore di norma, questo non sarebbe possibile. Con il decreto legislativo n. 28 del 2010, di cui i giudici varesini forniscono una delle prime, ed estensive, interpretazioni, è stato infatti escluso che l'avvocato debba informare il proprio cliente della possibilità di risolvere la causa attraverso conciliazione (sia obbligatoria sia su impulso giudiziale) nei procedimenti per ingiunzione, compresa l'opposizione, fino al momento della pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione dell'esecuzione provvisoria.*

*“ Tuttavia la lettura del tribunale di Varese ha ritenuto che, anche nel caso di un decreto ingiuntivo, l'avvocato si sia comportato correttamente avendo informato preventivamente la società cliente della possibilità di utilizzare mediatori. Infatti l'obbligo informativo di cui all'articolo 4 comma 3 del decreto legislativo n. 28 del 2010 deve ritenersi sussistente se la lite insorta tra le parti rientri tra quelle controversie per cui è possibile (in concreto, perché prevista) l'attività (facoltativa, obbligatoria o su impulso giudiziale) dei mediatori. Ed è proprio la mediazione facoltativa a poter essere utilizzata anche in questa fase del procedimento ingiuntivo e di questa possibilità la parte deve essere messa a conoscenza.*

*“ Di più. Per il tribunale di Varese il cliente deve essere avvisato comunque della rilevanza che potrà avere il decreto n. 28 del 2010 nel proseguimento del giudizio, dal momento che il congelamento delle disposizioni sulla conciliazione termina nel momento in cui il giudice pronuncia il suo 'verdetto' sull'esecuzione provvisoria”* .

nell'eccezione di incostituzionalità di ostacolo al ricorso alla giustizia. I quattro mesi decorrono dalla data del deposito della domanda presso la segreteria dell'organismo o dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa. Il decorso di tale termine “non è soggetto a sospensione feriale”<sup>9</sup>.

Per indurre la parte invitata a partecipare al procedimento di mediazione, il D.Lgs. 28/2010 stabilisce all'art. 8, c.5: “*Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile*”. Conseguenze vaghe e blande, non sufficienti ad indurre la maggioranza delle parti invitate a partecipare alla mediazione. Per cui con la L.148/2011, art. 2, c.35-*sexies* al testo appena riportato è stato aggiunto il periodo: “*Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio*”.

Questa correzione all'art.8 entrò in vigore a fine agosto 2011; ad ottobre furono pubblicati i dati nazionali sulle procedure di mediazione e risultò che solo nel 31% dei casi la parte invitata si era presentata. Con il D.L. 212/2011, di fine dicembre, è stata apportata un'ulteriore modifica all'art.8: la condanna al versamento delle somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio viene comminata “*con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti*”.

In sostanza, la parte invitata alla mediazione, che non si presenta, paga.

L'art. 10, poi, regola uno dei punti cardine della mediazione, la riservatezza: “*1 Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio (sottolineatura del redattore) avente il medesimo oggetto<sup>10</sup> anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. / 2 – Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto (sottolineatura del redattore) delle dichiarazioni e delle informazioni acquisite nel*

---

<sup>9</sup> Se la mediazione si conclude oltre i quattro mesi, l'atto di accordo beneficia delle agevolazioni fiscali ? Inoltre il procedimento di mediazione varie volte non si conclude con un solo incontro e spesso il rinvio è richiesto dalle parti stesse. Nel caso la data dell'incontro successivo a quello in atto vada oltre i quattro mesi indicati dalla norma, è opportuno che il mediatore lo faccia notare alle parti e che lo annoti nel verbale di rinvio.

<sup>10</sup> Al momento della redazione e deposito della domanda di mediazione, quindi, porre particolare attenzione all'indicazione dell'oggetto della controversia.

*procedimento di mediazione, nè davanti all'autorità giudiziaria nè 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 delle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale, in quanto applicabili". Il mediatore, quindi, può operare in assoluta tranquillità e, essendo più "sincero" verso chi lo ascolta, ispirare maggiore fiducia.*

Se le parti non raggiungono una decisione comune positiva, oppure in qualunque fase del procedimento, "*con concorde richiesta"* possono chiedere al mediatore di formulare una proposta di conciliazione (art. 11,c.1). Ma lo stesso articolo stabilisce un principio molto importante: "*Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione*"; ed è sottinteso, a prescindere dalla richiesta concorde delle parti o anche di una sola di esse. E l'art. 7, comma 2, del D.M. 180/2010 va oltre: "*L'organismo può prevedere nel regolamento ... b) che in caso di formulazione di proposta .. la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente, e che la proposta medesima può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione*". Il contenuto di queste norme è tutto l'opposto del principio cardine della mediazione: solo le parti realizzano un accordo, il "loro" accordo; il mediatore si limita a facilitarne il raggiungimento gestendo la comunicazione.

Perché questo iato ? Per il legislatore italiano è necessario che la mediazione, divenuta condizione obbligatoria di procedibilità, si concluda con qualcosa di utile per ridurre il contenzioso. Quindi, per prima cosa bisogna indurre la parte invitata alla procedura a presentarsi; poi bisogna indurre entrambi i litiganti a trovare un accordo.

La mancata accettazione della proposta può comportare delle conseguenze negative (art. 13): nell'eventuale successivo giudizio, se il provvedimento che lo definisce corrisponde al contenuto della proposta disattesa, la parte che non l'ha accettata, pur vincitrice del giudizio stesso, può essere :

- esclusa dalla ripetizione delle spese da lei sostenute;
- condannata al pagamento delle spese affrontate dalla parte soccombente; al versamento di un'ulteriore somma pari al contributo unificato dovuto; al pagamento dell'indennità dovuta al mediatore ed ai suoi eventuali coadiutori.

Il mediatore, quindi, prima di formulare la proposta, deve comunicare alle parti tali possibili conseguenze negative da mancata accettazione (art. 11).

Le conseguenze negative, per la parte che ha rifiutato la proposta, ci possono essere anche nel caso che il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponda interamente al contenuto della proposta: *“Il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l’indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all’esperto, di cui all’articolo 8, comma 4”* (art. 13, comma 2).

L’articolo 12 prevede la possibilità dell’efficacia esecutiva per il verbale di conciliazione. A tal fine, su istanza di una o di tutte le parti che hanno firmato il verbale, questo viene trasmesso al tribunale nel cui circondario ha sede l’organismo. Se il contenuto non è contrario all’ordine pubblico o a norme imperative, e se è formalmente regolare, viene omologato con decreto del presidente del tribunale; dopodiché costituisce titolo esecutivo per l’espropriazione forzata, l’esecuzione in forma specifica e l’iscrizione di ipoteca giudiziale <sup>11</sup>.

Dopo il bastone, la carota. Sono previste penalizzazioni per chi non accetta la proposta del mediatore, ma sono stabiliti VANTAGGI FISCALI per chi si avvale della mediazione e raggiunge un accordo:

- art. 17, comma 2 : *“Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall’imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura”*; comma 3: *“Il verbale di accordo è esente dall’imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l’imposta è dovuta per la parte eccedente”* <sup>12</sup> ;
- art. 20, comma 1: *“Alle parti che corrispondono l’indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito di imposta commisurato all’indennità stessa, fino a*

---

<sup>11</sup> Tribunale Modica, sentenza 09.12.2011

Il controllo che il Presidente del tribunale deve effettuare per l’attribuzione di efficacia esecutiva al verbale di conciliazione deve avere ad oggetto sia i profili di carattere formale sia le eventuali violazioni dell’ordine pubblico e delle norme imperative.

In particolare, la mancanza dei requisiti formali richiesti, cioè della sottoscrizione delle parti e del mediatore, della dichiarazione del sottoscrittore mediatore del suo legittimo status quale soggetto incluso nei ruoli di un organismo di conciliazione regolarmente registrato presso il Ministero della Giustizia, della provenienza del verbale da un organismo iscritto nel registro ex artt. 3 e 4 D.M. n.180/2010, dell’inserimento nel verbale degli estremi di tale iscrizione al registro e dell’appartenenza dell’accordo alla materia civile e commerciale, costituiscono causa di rigetto della richiesta di omologazione.

(Fonte: Massimario.it - 1/2012); <http://www.altalex.com/index.php?idnot=55281>

<sup>12</sup> Tuttavia sono soggetti all’IVA le commissioni di avvio della mediazione (euro 40,00) ed il compenso per il mediatore, entrambe a carico di CIASCUNA parte.

*concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito di imposta è ridotto della metà”.*

Comma 2 : “ ... *Con decreto del Ministro della giustizia è individuato il credito di imposta effettivamente spettante in relazione all’importo di ciascuna mediazione (attenzione al seguito, n.d.r.) in misura proporzionale alle risorse stanziato e, comunque, nei limiti dell’importo indicato al comma 1”.*

Comma 3 : “*Il Ministero della giustizia comunica all’ interessato l’importo del credito d’imposta spettante ...”.*

Quindi credito d’imposta, ma se l’Erario ha stanziato risorse sufficienti !

Da tenere ben presente l’articolo 22, che estende alla mediazione gli obblighi di segnalazione in tema di riciclaggio e terrorismo.

Il procedimento della mediazione deve terminare con un verbale, di accordo o di constatazione del non accordo. D.Lgs. 28/2010, art. 11, c.3 : “*Se è raggiunto l’accordo amichevole ... o se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l’autografia delle sottoscrizioni delle parti o la loro impossibilità a sottoscrivere”.*

Tuttavia (sempre lo stesso articolo), “*Se con l’accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall’articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”.* Nel caso quindi l’accordo raggiunto dalle parti preveda, per esempio, il trasferimento di un diritto di proprietà su un bene immobile, secondo alcuni le parti e il mediatore sottoscrivono il verbale, dopodiché le parti si recano dal pubblico ufficiale (*i.e.*, notaio), il quale provvederà ad integrare l’atto contenente l’accordo.

Questo, però, potrebbe riferirsi ad un immobile abusivo, per cui accordo e verbale sarebbero inutili (così come le spese sostenute per la mediazione). Per evitare ciò, raggiunto l’accordo, prima di formalizzarlo è opportuno sospendere la mediazione, far integrare (e controllare) l’atto dal pubblico ufficiale (che provvederà all’autenticazione delle firme e alla trascrizione), dopodiché ci si ritorna davanti al mediatore e si provvede alla compilazione e sottoscrizione del verbale <sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Questo “*modus operandi*” è conforme alla teoria e prassi della “*mediation*”, soprattutto nei casi complessi. Il “*neutral*” deve attivare e gestire la comunicazione tra i soggetti in lite, in genere assistite da professionisti. Dopo che sono stati identificati i punti dell’intesa, il “*neutral*” sospende la procedura, invita le

Le dissertazioni su questo argomento saranno numerose !

Il *v e r b a l e* che conclude la mediazione, con esito positivo, va (*rectius*, andrebbe) tenuto distinto dall' *a c c o r d o* .

Questo è un atto delle parti e viene sottoscritto solo da esse. Il verbale è invece atto proprio del mediatore e va sottoscritto da tutti i presenti alla mediazione e dal mediatore. L'accordo, se raggiunto, va allegato al verbale; quando si sostanzia in poche righe, in genere è compreso nel verbale. Del contenuto dell'accordo, deciso dalle parti, il mediatore non è (*rectius*: non dovrebbe essere) responsabile.

Questa linearità di impostazione ha cominciato a vacillare quando il D.Lgs. 5/2003 introdusse la mediazione amministrata in campo societario, bancario, creditizio e intermediazione finanziaria, con la possibilità che entrambe le parti chiedessero al conciliatore una proposta di soluzione (art. 40, c.2) e che il verbale di accordo potesse essere sottoposto ad omologa e divenire titolo esecutivo (art. 40, c.8). Il D.Lgs. 5/2003, art. 40, c.8 testualmente stabiliva : “*Se la conciliazione riesce è redatto separato processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Il verbale, previo accertamento della regolarità formale, è omologato con decreto del presidente del tribunale ... e costituisce titolo esecutivo ...*”. Tutto era incentrato sul verbale. E l'accordo? Se questo conteneva una qualche clausola contraria a norme imperative o all'ordine pubblico, il mediatore ne rispondeva?

Il D.Lgs. 28/2010, oltre alla proposta da parte del mediatore (su richiesta concorde delle parti, d'iniziativa del mediatore e anche assente una o più parti) e l'omologa/esecutività, per determinate materie ha introdotto la condizione obbligatoria di procedibilità, con conseguenze eventuali del risultato della mediazione sul processo civile. Nel caso il mediatore formuli una proposta di accordo, è logico che essa non debba contenere clausole contrarie a norme imperative o all'ordine pubblico. Ma se queste sono contenute nell'accordo, raggiunto dalle parti, il mediatore può sottoscrivere il verbale, eventualmente esplicitando le sue perplessità sulle clausole contenute nell'accordo?

Il D.Lgs. 28/2010 ha effettuato un *pot-purri* terminologico impressionante:

---

parti e i professionisti ad incontrarsi per stilare l'accordo finale (che sarà firmato dalle parti) e li riconvoca a *tot* giorni. In quella occasione verrà stilato il verbale di raggiunto (o non raggiunto) accordo, sottoscritto dalle parti, dai professionisti e dal “*neutral*”.

Da sottolineare che il Tribunale di Roma, sez. V civile, con sentenza del 06.07.2011 non ha ritenuto trascrivibile un verbale di mediazione relativo ad usucapione,. Il Tribunale di Genova, sez. III civile, con sentenza del 18.11.2011, n.4574, ha rimesso la valutazione del problema alla Corte Costituzionale (vedi Allegati).

- art. 11 “*Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell’accordo medesimo. ...*”

- art. 12 “*Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario ..*”.

A ciò si aggiunga che nella pratica, presso molti organismi, quando le controversie sono banali e si riducono ad una semplice transazione sul “*quantum*”, il testo dell’accordo è riportato nel verbale stesso di mediazione.

Tutta questa confusione, per quanto superfluo, è inversamente proporzionale al livello di conoscenza dell’istituto mediazione.

Nella pratica, quando la mediazione verte su una controversia banale, il testo dell’accordo è nel verbale e *nulla quaestio* su chi deve firmare cosa. Se l’accordo è invece contenuto in un documento distinto dal verbale, per evitare confusioni in caso di omologa, il mediatore sottoscrive il verbale di mediazione e sigla il documento allegato, ma solo per attestare che quest’ultimo si riferisce alla procedura numero ... gestita presso l’organismo .....

E quale è il perimetro di responsabilità del mediatore?

Perché la mediazione mantenga i suoi connotati originali è auspicabile che i regolamenti degli organismi di mediazione stabiliscano che la richiesta di proposta di accordo provenga solo dalle parti concordi. Relativamente alla responsabilità del mediatore è opportuno effettuare un’analisi approfondita.

Dopo circa 7 mesi dall’emanazione del D.Lgs. 28/2010 furono pubblicate le norme di attuazione, il D.M. 180/2010. Questo ha regolato principalmente il registro degli organismi di mediazione accreditati presso il Ministero della giustizia e l’elenco dei formatori.

## **2. Correzioni normative apportate nel 2011 da D.M. 145 (e circolare interpretativa), L.48 e D.L.242**

20 marzo 2011, “Big bang” della mediazione civile in Italia, divenuta da quella data condizione obbligatoria di procedibilità nelle controversie in numerose materie. I principali problemi che si presentavano erano :

- scarsa preparazione (soprattutto operativa) di molti mediatori;

- contrarietà viscerale da maggior parte dell'avvocatura e sussiegoso disinteresse della magistratura;
- spese della mediazione modulate in modo un po' astratto;
- non conoscenza dell'istituto da parte del grosso pubblico.

50 ore di corso (così come stabilito dal D.M. 180/2010) sono sufficienti non per formare, bensì per INformare ; è ben difficile che in così poco tempo si riesca a padroneggiare un'attività, per di più contraddistinta da competenze proprie a più discipline (psicologia, comunicazione, diritto, conoscenze specifiche dei vari settori di applicazione). Inoltre la congiuntura negativa iniziata nel 2008 e la conseguente diminuzione di lavoro anche per le c.d. "professioni liberali" acuiscono l'abitudine di "*tirar quattro paghe per il lessò*", a totale detrimento della professionalità. Corsa alla costituzione di organismi di mediazione (761 al 31.12.2011) e a quelli di formazione (234); la percentuale dei promossi ai vari corsi probabilmente superiore al 99%.

Inoltre, la mediazione è una negoziazione assistita da un terzo neutrale, nella quale questi non analizza diritti e obblighi giuridici, ma fa in modo che le parti ragionino sugli interessi. Mediatore, soggetto qualificato principalmente in tecnica della comunicazione e gestione di quest'ultima, non necessariamente un esperto del diritto; di conseguenza non obbligatoriamente laureato in giurisprudenza o con una conoscenza specifica della materia legale. Il D.M. 180 aveva recepito questi principi, disponendo che per accedere ai corsi di formazione da mediatore bastasse una laurea triennale o l'iscrizione ad un collegio professionale. In quest'ultimo caso la controversia deve riguardare solo il settore di operatività della categoria professionale; criterio condivisibile, perché se si tratta di contrasto relativo alla errata messa in opera di impianto elettrico, con impedenza non adeguata alle necessità, di certo è più adeguato un mediatore perito tecnico rispetto ad un mediatore avvocato; o se si discute di corretto impianto di vitigni è preferibile un perito agronomo ad un legale.

Tuttavia, come afferma uno dei più quotati mediatori italiani, anche se la mediazione si focalizza sugli interessi, essa deve pur sempre operare "*all'ombra del diritto*". Difficile, però, che in un corso di 50 ore un laureato in scienza della comunicazione (materia che costituisce l'essenza della mediazione) possa acquisire le nozioni giuridiche essenziali per gestire una controversia in campo societario. Al tempo stesso, però, in molti corsi di formazione alla mediazione è lasciato troppo spazio agli

aspetti giuridici e poco a quelli sulla comunicazione e sulla gestione delle procedure, in quanto la maggior parte dei formatori in Italia sono esperti cresciuti alla tecnica avversariale.

Le conseguenze di tutto ciò si manifestarono subito dopo il 20 marzo, tant'è che il Ministero a luglio aveva già preparato il D.M. 145 (correttivo del D.M. 180/2010), che tra l'altro statui:

- il regolamento degli organismi di mediazione deve prevedere “*criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta*”.

Per quanto riguarda poi la tecnica di gestione della procedura , sempre il decreto 145/2011 ha stabilito (oltre alle 18 ore di aggiornamento biennale previste dal D.M. 180/2010 <sup>14</sup> ) che i mediatori partecipino “*nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti*”. Il mediatore, quindi, si dovrà affiancare ad un altro professionista nella gestione della procedura. Ma la locuzione “tirocinio assistito” consente anche un ruolo attivo al tirocinante? Inoltre tale obbligo si riferisce solo a chi ha superato il corso, a mediatori iscritti di “primo pelo” o anche a quelli esperti? E se la procedura si articola in più incontri, il tirocinante deve essere presente a tutte le sedute? Come si devono comportare gli organismi dove il numero di mediatori iscritti è ben superiore a quello delle mediazioni (anche di 10 a 1)?

Visto che il D.M. 145/2011, correttivo del 180/2010, lasciava molti dubbi, tre mesi dopo la sua entrata in vigore il Ministero, il 20 dicembre, ha emanato una Circolare interpretativa, giusta la quale :

in relazione ai tirocinii assistiti:

“*. l'obbligo del tirocinio assistito riguarda solo i mediatori già iscritti;*

---

<sup>14</sup> Il D.M. 180/2010 aveva già prescritto per i mediatori 18 ore di aggiornamento biennale. Tuttavia bisogna vedere come verrà effettuato, se con un numero massimo di partecipanti (così come previsto per i corsi base di 50 ore) o con molte decine (se non centinaia) di persone raccolte in un teatro a seguire la relazione di un oratore; nel primo caso potranno essere utili, nel secondo è poco probabile. Inoltre , in genere, si tratta sempre di teoria.

“*la partecipazione al tirocinio assistito comporta solo la presenza del mediatore in tirocinio senza compimento di ulteriore attività che riguardi l’esecuzione di attività proprie del mediatore titolare del procedimento;*”

“*costituisce partecipazione valida anche la sola presenza del mediatore in tirocinio ad una singola fase del procedimento di mediazione;*”

“*costituisce partecipazione valida, allo stato e tenuto conto del limitato numero di mediazioni concluse con la partecipazione della controparte, anche la sola presenza del mediatore in tirocinio alla fase di redazione, da parte del mediatore titolare, del verbale negativo per mancata partecipazione della controparte;*”

“*il tirocinio assistito deve essere rinnovato ogni 2 anni;*”

“*la determinazione del numero dei mediatori in tirocinio che possono essere presenti di volta in volta è lasciata alla valutazione del responsabile dell’organismo, che terrà conto della natura dell’affare di mediazione e della propria capacità organizzativa e strutturale*”.

in relazione alla nomina dei mediatori per le singole procedure

“*nei singoli regolamenti non si potrà fare generico rinvio alla previsione di cui all’art.3 del d.m. 145/2011;*”

“*tra i criteri oggettivi e predeterminati assume particolare rilievo la competenza professionale del mediatore, cioè le specifiche conoscenze acquisite in relazione al percorso universitario svolto e, soprattutto, all’attività professionale esercitata*”.

In sostanza si è cercato di mettere delle toppe sugli strappi causati dalla scarsa e forse non sempre adeguata formazione di base, lasciando al buon senso dei responsabili degli organismi la ricerca della soluzione più adeguata alle singole realtà. A tal fine gli organismi potrebbero (e i più virtuosi si stanno attrezzando in tal senso) :

- ai mediatori neofiti far effettuare un numero minimo di tirocini assistiti e poi cominciare a far loro gestire le procedure più semplici;
- organizzare dei corsi di approfondimento relativi a tecniche di comunicazione e gestione delle sessioni;
- stabilire per i tirocinanti, ad esperienza avvenuta, dei *debriefing* con personale esperto.

La notevole domanda di formazione tra metà 2010 e metà 2011 in Italia è stata in buona parte alimentata dalla previsione di circa 200.000 controversie già esistenti presso i Tribunali italiani destinate a passare subito in mediazione. Nei fatti, dal 21.3 al 30.9.2011 il

numero di procedure avviate in tutta Italia è stato di 33.308, di cui solo nel 31% dei casi la parte invitata si è presentata<sup>15</sup> (ma ben il 53% di queste procedure si è poi risolto con un accordo). Inoltre, di tutte le mediazioni attivate, solo l'1% lo era stato su impulso di magistrati. In pratica, usando un termine eufemistico, avvocatura e magistratura si erano disinteressate alla mediazione civile.

Con due interventi, che ben evidenziano la determinazione del Ministero della giustizia a far decollare l'uso dell'istituto, la L. 148/2011 ha innovato l'art. 8 del D.Lgs. 28/2010 stabilendo che *"Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio"*. Per evitare poi comportamenti dilatori il successivo D.L. 212/2011, all'art. 12, ha specificato che tale condanna viene comminata *"Con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti, ovvero all'udienza successiva di cui all'articolo 5, comma 1,»*. In sostanza, nelle controversie oggetto di mediazione obbligatoria, la parte invitata, che non si presenta, paga.

Per quanto riguarda i magistrati: *"Il capo dell'ufficio giudiziario vigila sull'applicazione di quanto previsto dal comma 1 e adotta, anche nell'ambito dell'attività di pianificazione prevista dall'articolo 37, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ogni iniziativa necessaria a favorire l'espletamento della mediazione su invito del giudice ai sensi del comma 2, e ne riferisce, con frequenza annuale, al Consiglio superiore della magistratura ed al Ministero della giustizia"*. In altre parole, nell'ambito delle valutazioni per il mantenimento di incarichi direttivi o per il passaggio a responsabilità superiori, presidenti di Tribunali e di Corti d'Appello dovranno dimostrare di aver adottato iniziative volte a favorire l'uso della mediazione civile.

Si è già detto della scarsa propensione delle parti invitate a presentarsi in mediazione. Con la conseguenza economica, per l'attivante la procedura obbligatoria, di dovere pagare all'organismo le spese di avvio e, per intero, il compenso del mediatore; quindi, oltre alla beffa anche il danno. In questi casi il D.M. 145/2011 ha limitato il

---

<sup>15</sup> Causa anche la non efficace abitudine degli organismi di contattare la parte invitata solo con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, senza farla seguire da un contatto diretto tramite telefonata (vedi nota 23).

compenso del mediatore al massimo ad euro cinquanta. Ha inoltre ridotto il compenso nei procedimenti di mediazione obbligatoria ed ha posto il limite massimo di euro 250.000 ai casi di mediazione con valori indeterminati, indeterminabili o con forti divergenze di stima tra le parti. *“In ogni caso, nelle ipotesi di cui all’articolo 5, comma 1, del decreto legislativo, l’organismo e il mediatore non possono rifiutarsi di svolgere la mediazione”*.

Tra le modifiche apportate dal D.M. 145/2011 al D.M. 180/2010 c’è l’aggiunta all’art.7, c.5 (di quest’ultimo) della lettera d: *“nei casi di cui all’articolo 5, comma 1, del decreto legislativo, il mediatore svolge l’incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione, e la segreteria dell’organismo può rilasciare attestato di conclusione del procedimento solo all’esito del verbale di mancata partecipazione della medesima parte chiamata e mancato accordo, formato dal mediatore ai sensi dell’articolo 11, comma 4, del decreto legislativo”*.

Come già detto il D.Lgs. 28/2010, all’art.5, c.1, ha stabilito che il ricorso alla mediazione è condizione obbligatoria di procedibilità per le controversie in molteplici materie. La non conoscenza dell’istituto da parte del grosso pubblico e l’avversione ad esso di moltissimi avvocati ha fatto sì che, instaurata la mediazione dalla parte attivante ed invitata l’altra ad intervenire, questa abbia declinato l’invito (o non si sia fatta neanche viva). L’attestazione di mancata adesione deve essere verbalizzata dal mediatore nominato dall’organismo, o basta una comunicazione della segreteria?

Per rispondere in maniera corretta a tale domanda bastava tener presente alcuni semplici principi:

- la parte attivante la mediazione deposita la domanda presso la segreteria dell’organismo e paga le commissioni di avvio; la procedura è iniziata; paga inoltre metà del compenso del mediatore;
- la segreteria dell’organismo (o il mediatore, dipende da come è organizzato l’ente) invita l’altra parte con qualunque mezzo idoneo ad assicurare la ricezione della comunicazione (art.8, c.1);
- la mediazione può (anzi, deve) terminare solo con il verbale redatto dal mediatore; il suo contenuto sarà di raggiunto accordo, di accordo non raggiunto, di diniego ad intervenire, di mancata comparizione.

Nel giudizio susseguente queste ultime due alternative possono essere valutate dal magistrato (D.Lgs. 28/2010, art.8, c.5), sulla base di un verbale redatto da persona che, avendo seguito un percorso stabilito dalla legge, si presume conosca la normativa sull'avvio della mediazione, sulla comunicazione inviata all'altra parte, sulle conseguenze che possono derivare dalla non partecipazione alla procedura. Elementi che non è prescritto siano conosciuti anche dai componenti la segreteria.

Tutto ciò comporta che, attivata la mediazione e fissato il giorno per l'incontro, anche se la parte invitata ha formalizzato per scritto il suo diniego ad intervenire, il mediatore sia presente per redigere il verbale <sup>16</sup>.

Diverso il caso in cui una parte depositi in segreteria la domanda di mediazione e non paghi le spese di avvio. In questo caso la mediazione NON è iniziata e la segreteria stessa può darne comunicazione.

Per quanto riguarda la quasi totale non conoscenza della mediazione da parte del grosso pubblico, cioè degli utenti finali, probabilmente bisognerà partire dalle scuole. E la strada sarà lunga.

### **Perplessità: la mediazione civile e commerciale in Italia è “*mediazione*” ?**

Con le correzioni apportate al D.Lgs.28 e D.M.180 del 2010 da D.M.145 (e circolare interpretativa), L.48 e D.L.242 del 2011, la normativa sulla mediazione civile dovrebbe aver trovato un “*ubi consistam*”. Necessario un intervento legislativo sulle materie oggetto di mediazione, il cui verbale poi non viene trascritto dai conservatori dei registri immobiliari. Si attendono inoltre le decisioni della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, cui si sono rivolti vari giudici italiani. Non credo tuttavia che le decisioni di tali collegi apporteranno sconvolgimenti profondi nella normativa.

---

<sup>16</sup> Inoltre, ex D.M. 180 , art.7, c.2, lettera b), come già ricordato il regolamento dell'organismo potrebbe consentire al mediatore la sciagurata possibilità di effettuare una proposta di accordo, “contumace” una (o più) delle parti (sarebbe opportuno che il legislatore spiegasse come si può raggiungere un accordo tra persone ... assenti !).

Rimangono però alcuni aspetti su cui non è stata ancora fatta un'analisi approfondita: responsabilità del mediatore, mediazione fra soggetti impari, mediazione dove la parte invitata può essere interessata alla partecipazione di un terzo.

Il mediatore, così come normato da D.Lgs. 28 e D.M. 180, è un professionista con requisiti di formazione previsti dalla legge, che opera presso organismi regolati e monitorati dal Ministero della Giustizia, la cui attività può avere riflessi (tramite l'esecutività del verbale) sui beni delle parti e (tramite la proposta di conciliazione) in eventuali processi nei quali esse siano coinvolte. Inoltre, nella mediazione obbligatoria, *“in ogni caso ... l'organismo e il mediatore non possono rifiutarsi di svolgere la mediazione”* (D.M. 180/2010, art. 16, c.9, modificato dal D.M. 141/2011). In base a tutto ciò ritengo che sia un incaricato di pubblico servizio, con specifiche responsabilità .

Altro punto dubbio, e non regolato dalle norme, è il caso di mediazione tra soggetto “forte” e soggetto “debole” . Il Codice europeo di condotta dei mediatori, del 2004, all'art. 3.1, cpv. 4, stabilisce che *“Il mediatore deve condurre il procedimento in modo appropriato, tenendo conto delle circostanze del caso, inclusi possibili squilibri nei rapporti di forza....”*. Un intervento in tal senso del legislatore italiano è auspicabile; in mancanza, si spera che provvedano i regolamenti degli organismi di mediazione.

In alcuni casi la parte invitata può (anzi, deve) essere interessata alla partecipazione di un terzo. L'art. 1916 c.c., in tema di assicurazione contro i danni, stabilisce che *“l'assicurato è responsabile verso l'assicuratore del pregiudizio arrecato al diritto di assicurazione”*. Incidente automobilistico, danneggiante (attivante la mediazione) e danneggiato (invitato alla mediazione) raggiungono un accordo senza la presenza della compagnia di assicurazione, soluzione che potrebbe pregiudicare il diritto di rivalsa di quest'ultima contro il danneggiante; il danneggiato / assicurato / invitato alla mediazione ne sarebbe responsabile. In mancanza di un intervento normativo è opportuno che lo stesso organismo faccia presente la particolarità ad entrambe le parti, in modo da far partecipare alla mediazione anche il terzo, compagnia di assicurazione.

A seguito delle considerazioni finora effettuate ci si può porre la domanda : la mediazione regolata dal D.Lgs. 28 e dal D.M. 180 è mediazione?

La conciliazione fa parte della cultura giuridica e sociale italiana, tuttavia dagli anni '40 del secolo scorso se ne era persa traccia nelle nostre aule universitarie. Per cui, quando nel 1993 furono istituite le camere arbitrali e di conciliazione presso le CCIAA, per

la procedura e le tecniche della conciliazione ci si rifece alla “*mediation*” elaborata presso l’Università di Harvad negli anni ’70.

Secondo la dottrina e pratica anglosassoni la “*mediation*” è una negoziazione assistita da un terzo imparziale, che si attua nell’ambito di una procedura volontaria, informale, riservata, rapida, economica e nella disponibilità delle parti. Compito del “*neutral*” (il terzo) è quello di attivare e gestire la comunicazione tra le parti affinché esse giungano ad un accordo; l’accordo è delle parti. Non è previsto alcun rapporto tra “*mediation*” ed eventuale successivo processo instaurato tra le stesse parti per la stessa “*causa petendi*”.

Il D.Lgs. 5/2003, che aveva regolato la conciliazione (così veniva chiamata allora) nelle materie societaria, bancaria, finanziaria e creditizia, aveva previsto una procedura amministrata da organismi accreditati presso il Ministero della Giustizia, volontaria, informale, rapida, economica e nella disponibilità delle parti. Se esse non individuavano la soluzione della controversia, potevano chiedere, di comune accordo, una PROPOSTA DA PARTE DEL CONCILIATORE (art. 40, c.2) (primo elemento di differenza con la “*mediation*”); veniva stabilito un COLLEGAMENTO CON IL PROCESSO (art. 40 c.5) (secondo elemento di differenza con la “*mediation*”); il verbale, previa omologa, poteva acquisire efficacia di TITOLO ESECUTIVO (art. 40, c.8) (terzo elemento di differenza con la “*mediation*”).

Quasi nessuno utilizzò questo strumento. Nel frattempo il numero delle cause civili pendenti aumentava e, soprattutto, la crisi economica globale del 2008 causava restrizioni finanziarie per tutta la struttura pubblica, compreso il Ministero della Giustizia. Bisognava far utilizzare la conciliazione, che fino ad allora era stata totalmente snobbata. Con il D.Lgs. 28/2010 fu normata la mediazione volta alla conciliazione nelle controversie civili, che nelle materie indicate nell’art. 5 ha le seguenti caratteristiche: OBBLIGATORIA, informale, riservata, rapida, economica. Il D.Lgs. 28 ribadisce il COLLEGAMENTO CON IL PROCESSO e la possibilità per l’accordo / verbale di acquisire efficacia di TITOLO ESECUTIVO.

Come già ricordato, l’art. 11 c.1, poi, specifica che, se le parti non raggiungono una decisione comune positiva, oppure in qualunque fase del procedimento, “*con concorde richiesta*” possono chiedere al mediatore di formulare una proposta di conciliazione. Ma secondo lo stesso articolo “*Quando l’accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare*

*una proposta di conciliazione*”; ed è sottinteso, a prescindere dalla richiesta concorde delle parti o anche di una sola di esse. E l’art. 7, comma 2, del D.M. 180/2010 va oltre prevedendo la mediazione “in contumacia”. Il contenuto di queste norme è tutto l’opposto del principio cardine della “*mediation*”, secondo il quale solo le parti realizzano un accordo, il “loro” accordo.

Come già detto, divenuta la mediazione condizione obbligatoria di procedibilità, era necessario che si concludesse con qualcosa di utile per ridurre il contenzioso. Quindi, per prima cosa bisognava indurre la parte invitata alla procedura a presentarsi (la parte invitata, che non si presenta, paga); poi bisognava indurre entrambi i litiganti a trovare un accordo (anche con i vantaggi di natura fiscale - D.Lgs. 28/2010, art. 20) .

In presenza di tale normativa **NON SI PUO’ PARLARE DI PROCEDURA DI MEDIAZIONE NELLA DISPONIBILITA’ DELLE PARTI .**

In altre parole: la mediazione volta alla conciliazione nelle controversie civili, nelle materie indicate dall’art.5 del D.Lgs 28/2010, è istuto **d i v e r s o** dalla “*mediation*”. Quest’ultima, in Italia, può essere applicata nella mediazione volontaria; forse – ma non ne sono del tutto sicuro - in quella amministrata nelle materie non obbligatorie.

### **Mediazione e insolvenza organismi di composizione della crisi**

La riforma delle procedure concorsuali in Italia, iniziata nel 2005 e sostanzialmente conclusa ad agosto 2010, ha in teoria introdotto consistenti elementi di negoziazione, soprattutto nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Tuttavia chi professionalmente si occupa di queste procedimenti continua a non dare alcun peso alle specifiche tecniche negoziali.

Un primo modesto ingresso, in Italia, della mediazione in questo comparto del diritto è avvenuto all’inizio del 2011, a Venezia. Il curatore del fallimento di una media azienda, con debiti singoli anche di modesta entità ed una contabilità non in ordine, a fronte di creditori anch’essi privi di documentazione ineccepibile, considerati i costi contenuti e la rapidità del procedimento previsto dal D.Lgs. 28/2010, ha ritenuto interesse della curatela e della massa dei creditori esperire il tentativo di conciliazione giudiziale. *“Prima di avviare il procedimento è opportuno che il curatore chieda autorizzazione al giudice delegato .. precisando che qualora si raggiungesse un accordo amichevole ai sensi*

dell'art. 11 del D.Lgs.28/2010, egli condizionerà gli effetti per il fallimento all'accettazione e all'autorizzazione da parte degli altri organi del fallimento (giudice delegato e comitato dei creditori)"<sup>17</sup>.

Ben più rilevante, in termini di evoluzione futura, l'accordo stipulato ad ottobre 2011 tra l'organismo di mediazione dell'Ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili di Milano e la Sezione fallimentare del tribunale di quella città. Oggetto, l'utilizzo della mediazione civile e commerciale ex D.Lgs. 28/2010 nei contenziosi fallimentari.

Tuttavia l'ingresso ufficiale (quanto meno nominale) della mediazione nelle procedure di gestione della crisi in Italia avviene con il D.L.212/2011, in vigore dal 23.12.2011. E' stata riconosciuta alle aziende medio piccole (quelle escluse dalle procedure fallimentari), ed ai privati, eccessivamente indebitati, la possibilità di accordarsi con i propri creditori per ristrutturare il debito: nuove modalità e tempi di pagamento a fronte di un anno e mezzo massimo di tregua da procedure esecutive. Il tutto gestito da organismi di composizione della crisi, *in primis* gli organismi di mediazione presso CCIAA e ordini professionali di avvocati, commercialisti e notai. Perché poi in concreto le tecniche di negoziazione / mediazione, assai utili nella gestione di crisi di liquidità, vengano utilizzate in queste procedure ci vorrà tempo.

Ma procediamo con ordine.

Da alcuni anni vaga nelle aule del parlamento italiano la proposta di legge Centaro ("*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*")<sup>18</sup>, che –tra l'altro- prevedeva accordi di ristrutturazione dei debiti per le imprese medio piccole e le famiglie.

Il problema interessava –ed interessa- una platea molto vasta di soggetti, persone fisiche e giuridiche, causa:

- l'innalzamento dei limiti di fallibilità ex art. 1 L.F. effettuato nel 2006 , al fine di non ingolfare i tribunali con le procedure fallimentari (ma intanto aumentavano quelle monitorie ed esecutive)
- la crisi economica evidenziatasi da metà 2008, divenuta anno dopo anno più virulenta e destinata a non cessare a breve.

---

<sup>17</sup> Fonte, [www.portaleaziende.it](http://www.portaleaziende.it)

<sup>18</sup> Disegno di legge atto Senato n.307 B, a gennaio 2012 all'esame del Senato in seconda lettura.

Il governo ha così emanato il D.L. 242/2011, entrato in vigore il 23.12.2011, che al capo I fornisce “*Disposizioni in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento*”<sup>19</sup>. Situazione, questa, connotata da “*un perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni*” (sarebbe stato più opportuno sottolineare prima lo squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il reddito, poi l’insufficienza del patrimonio liquidabile; quest’ultima deve essere veramente l’ultima spiaggia, anche perché è quella che riserva meno risultati). Secondo il Ministero “*l’obiettivo è ... la regolazione di un accordo tra debitore e creditori, favorito dall’attività di organismi di composizione delle crisi e vigilato dal tribunale ordinario, che provvede all’omologazione*”<sup>20</sup>

La procedura si articola in cinque fasi:

- proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti ai creditori;
- deposito della proposta in Tribunale;
- decreto di fissazione dell’udienza di trattazione del procedimento e svolgimento dell’udienza;
- realizzazione dell’accordo;
- omologa.

Il soggetto sovraindebitato, che

- non è assoggettabile alle procedure fallimentari
- non ha utilizzato la procedura di composizione della crisi negli ultimi tre anni (art.2) può proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti che :
- assicuri il pagamento dei creditori che non hanno aderito e dei privilegiati (purché non abbiano rinunciato a questa loro prerogativa);
- preveda modalità (anche tramite cessione dei beni, nonché di crediti futuri – art.3, c.1) e tempi del soddisfacimento dei creditori (anche suddivisi in classi) che aderiscano, l’eventuale concessione di garanzie e liquidazione dei beni, il possibile conferimento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per liquidazione dei beni e distribuzione del ricavato ai creditori, il possibile intervento di terzi garanti (artt. 2 e 3).

---

<sup>19</sup> “ *Le norme introducono nell’ordinamento giuridico, per la prima volta in Italia, un meccanismo di estinzione regolata delle plurime obbligazioni del soggetto sovraindebitato, anche nella prospettiva di una deflazione del contenzioso in sede civile derivante dall’attività di recupero forzoso dei crediti*”; Ministero della Giustizia, relazione al DDL di conversione del D.L.212/2011.

<sup>20</sup> Ministero della Giustizia, relazione al DDL di conversione del D.L.212/2011.

“Nella proposta di accordo sono indicate eventuali limitazioni all’accesso al mercato del credito al consumo (cioè, la segnalazione in rete informatica che banche o finanziarie non concedono prestiti – n.d.r.), all’utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico a credito (cioè, che carte di credito sono state bloccate o revocate per utilizzo scorretto – n.d.r.) e alla sottoscrizione di strumenti creditizi finanziari (cioè, che in centrale rischi risultino segnalazioni negative – n.d.r.)”. (art.3,c.3).

Se il piano è idoneo ad assicurare i pagamenti alle nuove scadenze previste **E** non riguarda il pagamento dei crediti impignorabili (*in primis*, prestatori d’opera), può anche prevedere di procrastinare fino ad un anno la soddisfazione dei creditori estranei (art.3,c.4).

La redazione del piano viene fatta dall’imprenditore, o dal privato, con l’ausilio di un’entità di nuova istituzione, l’organismo di composizione della crisi, il quale “*assume – anche- ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione ...*” art. 10, c.6).

La proposta di accordo viene depositata presso il Tribunale (che provvede in composizione monocratica) del luogo di residenza del debitore o (in caso di imprese) dove è la sua sede principale, unitamente agli elenchi di

- creditori con l’indicazione delle somme dovute (e, aggiungerei io, di relativi garanzie e titoli di prelazione)<sup>21</sup> ;
- eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni;
- se il debitore è un privato, composizione del nucleo familiare (con certificato di famiglia) e specifica delle somme necessarie al sostentamento;
- se il debitore è un’impresa, le scritture contabili degli ultimi tre esercizi o, in alternativa, gli estratti conto bancari (con dichiarazione di conformità all’originale<sup>22</sup>).

Il tutto accompagnato dall’attestazione di fattibilità del piano a cura dell’organismo, al quale spetta anche di attestare la veridicità dei dati (combinato disposto art.4 c.2 e art.10 c.7).

Il magistrato, controllata l’esistenza dei requisiti e dei documenti sopra indicati,

---

<sup>21</sup> Ai fini degli adempimenti successivi nei confronti dei creditori, e dei relativi tempi di esecuzione molto ristretti, è assolutamente necessaria l’indicazione esatta di residenza /sede di questi ultimi e di tutte le possibili modalità di contatto: indirizzo, numeri telefonici (fissi e mobili) e indirizzo di posta elettronica (possibilmente certificata).

<sup>22</sup> Dichiarazione di conformità che non ritengo necessaria se vengono esibiti gli estratti conto originali inviati massimo trimestralmente dalla banca.

con decreto fissa l'udienza di trattazione del procedimento e dispone comunicazione ai creditori (effettuata dall'organismo – art.10 c.8) del deposito della proposta, della loro convocazione ed i possibili provvedimenti che potrà adottare. In ossequio alla limitata formalità della procedura vengono enunciati tutti i possibili mezzi di comunicazione: telegramma, lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax, posta elettronica certificata (art. 5 c.1) <sup>23</sup> . Il magistrato predispone anche idonea pubblicità, compresa l'iscrizione nel registro delle imprese.

All'udienza, se non ci sono atti in frode ai creditori, il magistrato dispone che per un periodo non superiore a 120 giorni non possano essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali, né disposti sequestri conservativi né acquisiti diritti di prelazione sul patrimonio del debitore, da parte di creditori aventi titolo o causa anteriore (possono proseguire, però, le iniziative da parte dei titolari di crediti impignorabili) (art.5, c.3). Entro questo periodo sono sospese le prescrizioni e non si verificano le decadenze (art.5, c.4). Entro questi 120 giorni, quindi, è opportuno che si arrivi all'omologa o al suo diniego.

Si passa alla realizzazione dell'accordo. I creditori esprimono il loro parere, anche con eventuali modifiche rispetto a quanto proposto dal debitore, comunicandolo all'organismo con uno qualunque dei quattro mezzi sopra indicati. Se i pareri positivi rappresentano per lo meno il 70% dei crediti (50% nel caso di debitore consumatore) l'accordo è raggiunto. *“L'organismo di composizione della crisi trasmette ai creditori una relazione sui consensi espressi e sulle percentuali –sopra indicate- allegando il testo dell'accordo stesso”* (art.7, c.1).

Entro 10 giorni dal ricevimento della relazione (ma, in base al mezzo di comunicazione che si sceglie, non sempre è possibile essere sicuri della data in cui il singolo destinatario ha ricevuto la comunicazione) i creditori possono sollevare contestazioni <sup>24</sup> .

*“Decorso tale termine, l'organismo di composizione della crisi trasmette al giudice la relazione, allegando le contestazioni ricevute, nonché un'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano”* (art.7, c.1)..

Si arriva all' omologa . La parola torna al giudice. *“Verificato il raggiungimento dell'accordo con le percentuali di cui sopra, verificata l'idoneità ad assicurare il*

---

<sup>23</sup> Nutro forti perplessità sull'utilizzo del fax, che non dà certezza sulla data di spedizione e di ricevimento.

<sup>24</sup> E' altamente opportuno, quasi necessario, che fin dalla prima fase della procedura (cioè, prima del deposito della proposta di accordo in Tribunale) siano state individuate soluzioni quasi definitive tra debitore e creditori, con la “mediazione” dell'organismo di composizione della crisi.

*pagamento dei creditori estranei e risolta ogni altra contestazione*” (i reclami si propongono al Tribunale) il magistrato omologa l’accordo e ne dispone la pubblicazione (art.7, c.2). Questo non pregiudica i diritti dei creditori (*rectius*, banche) nei confronti dei coobbligati fidejussori del debitore e obbligati in via di regresso; non determina novazione dell’obbligazione; è revocato *ipso jure* se non vengono effettuati entro 90 giorni dalle scadenze previste i pagamenti verso amministrazioni pubbliche (leggi, fisco) ed enti previdenziali (art.6, cc. 3, 4 e 5). Scadenze previste per legge o in base all’accordo? Ritengo per legge, in quanto è ben difficile che una procedura così semplificata possa riguardare anche debiti verso la pubblica amministrazione<sup>25</sup>. Per le scadenze di questi ultimi, quindi, il D.L.212/2011 prevede un rinvio “forfettario” di 90 giorni.

Dalla data di omologazione e per non più di un anno non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore (combinato disposto art. 7 c.3 e art.5 c.3); a meno che ci sia:

- risoluzione dell’accordo;
- mancato pagamento dei creditori estranei (accertato tramite ricorso al giudice);
- sentenza di fallimento a carico del debitore (art. 7, cc. 4 e 5)<sup>26</sup>.

Se previsto dall’accordo, o se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento, il giudice nomina un liquidatore che dispone in via esclusiva degli stessi e delle somme incassate (art.8 c.1); lo svincolo di queste ultime è disposto dal magistrato (art. 8 c.3).

La nullità colpisce i pagamenti e gli atti dispositivi dei beni posti in essere in violazione dell’accordo<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Non è prevista infatti la transazione fiscale ex art. 182-ter legge fallimentare.

<sup>26</sup> Non si comprende come possa essere dichiarato fallito il debitore, che tra i requisiti per accedere a questa procedura deve essere non assoggettabile alle procedure concorsuali. Probabilmente si tratta di una svista dovuta alla decretazione di urgenza.

<sup>27</sup> In base all’articolo 9 – Impugnazione e risoluzione dell’accordo :

1. *L'accordo può essere annullato dal tribunale su istanza di ogni creditore, in contraddittorio con il debitore, quando è stato dolosamente aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti. Non è ammessa alcuna altra azione di annullamento.*
2. *Se il proponente non adempie regolarmente alle obbligazioni derivanti dall'accordo, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, ciascun creditore può chiedere al tribunale la risoluzione dello stesso.*
3. *Il ricorso per la risoluzione è proposto, a pena di decadenza rilevabile d'ufficio, entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo.*
4. *L'annullamento e la risoluzione dell'accordo non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in buona fede.*

Chi sono gli organismi di composizione della crisi? Organismi costituiti da enti pubblici con adeguate garanzie di indipendenza e professionalità, iscritti in apposito registro presso il Ministero della Giustizia, secondo criteri stabiliti con regolamenti da adottare entro 90 giorni dall'entrata in vigore del D.L.212/2011. Gli organismi di mediazione presso le CCIAA, il segretariato sociale, gli ordini professionali di avvocati, commercialisti ed esperti contabili e notai sono iscritti di diritto a semplice domanda (art.10, cc.1,2,3 e 4).

Ogni organismo ha delle responsabilità chiaramente enunciate dall'art. 10, cc. 6,7 ed 8:

- *“assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione, al raggiungimento dell'accordo e all'esecuzione dello stesso”;*
- *“verifica la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati, attesta la fattibilità del piano ai sensi dell'articolo 4, comma 2 e trasmette al giudice la relazione sui consensi espressi e sulla maggioranza raggiunta ai sensi dell'articolo 7 comma 1”;*
- *“esegue la pubblicità della proposta e dell'accordo, ed effettua le comunicazioni disposte dal giudice nell'ambito del procedimento previsto dagli articoli 5,6 e 7”.*

Responsabilità rilevanti, tant'è che organismi di composizione della crisi possono essere costituiti solo da enti pubblici e sono sotto il controllo del Ministero della Giustizia, il quale anche determina le indennità a loro favore (art. 10, c.3).

Quali i problemi principali riscontrabili nel D.L.212/2011? Ritengo tre:

- 1) tra l'inizio della procedura e fino all'emanazione (e relativa pubblicità) del decreto di fissazione dell'udienza di trattazione del procedimento i creditori possono agire come meglio credono, compromettendo fortemente i risultati dell'iniziativa;
- 2) decorsi i 120 giorni dall'emanazione del decreto sopracitato, senza l'omologazione dell'accordo (che può avvenire anche oltre i sei mesi) i creditori possono prendere le iniziative che ritengono più opportune;
- 3) l'utilizzo del fax per effettuare le comunicazioni non permette di avere data certa.

Il problema sub 1) è gestibile solo se l'iniziativa della procedura è tempestiva. Tornerò sul tema.

Il problema sub 2) è molto influenzato dal carico di lavoro dei singoli magistrati

---

5. Nei casi previsti dai commi 1 e 2, si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, ma il tribunale provvede in composizione monocratica.

(avranno il tempo di prendere una decisione entro 120 giorni?).

Inoltre, art. 6 c.1: *“I creditori fanno pervenire anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, all’organismo di composizione della crisi, dichiarazione sottoscritta del proprio consenso alla proposta, come eventualmente modificata”*

Poi, art. 7 c.1 : *“Se l’accordo è raggiunto, l’organismo di composizione della crisi trasmette ai creditori una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento percentuale di cui all’articolo 6, comma 2, allegando il testo dell’accordo stesso. Nei dieci giorni successivi al ricevimento della relazione, i creditori possono sollevare contestazioni”*.

Come si può essere sicuri della data di decorrenza dei dieci giorni? Se la comunicazione è fatta dall’organismo ai creditori con lettera raccomandata R.R. il destinatario può essere assente e decorre un periodo di avviso giacenza con allungamento ed incertezza dei termini; se effettuata tramite fax, la data di ricezione di quest’ultimo può essere oggetto di contestazione.

Inoltre, una volta raggiunto l’accordo, i creditori possono sollevare contestazioni.

E non si è ancora arrivati all’omologa.

Mi sembra più opportuno che, invece dei cinque passaggi sopra evidenziati, il procedimento ne abbia solo tre:

- proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti ai creditori: in questa fase arrivare ad un accordo con le percentuali previste dalla legge, su cui esprimano parere favorevole di massima tutte le parti coinvolte;
- deposito della proposta in Tribunale;
- decreto di fissazione dell’udienza di trattazione del procedimento e svolgimento dell’udienza; in quest’ultima, realizzazione dell’accordo (o constatazione della sua impossibilità) ed omologa.

Determinante, quindi, è l’attività dell’organismo di composizione della crisi nella prima fase, purché sia basata su due principi essenziali: TEMPESTIVITA’ e TECNICHE DI NEGOZIAZIONE. Cioè gestire il rapporto con il debitore per individuare le cause vere del sovraindebitamento e la sua esatta entità e, soprattutto, i rapporti debitore creditori; in tempi tali che la crisi finanziaria non degeneri al punto che diventi ingestibile e che qualcuno dei creditori prenda delle iniziative che renderebbero inutile la ricerca di una soluzione.

Inoltre, i soggetti coinvolti in una relazione di crisi hanno esigenze e, soprattutto, tempi diversi. Il debitore difficilmente è disposto a riconoscere la gravità della situazione e in genere ritiene che riuscirà a superare il momento negativo, così come ha fatto in passate esperienze. I creditori privati hanno urgenza di riscuotere, il fisco e gli enti pubblici le scadenze fissate per legge, le banche i tempi (a volte biblici) della burocrazia. Effettuare una comunicazione scritta identica a tutti i creditori equivarrebbe a lanciare un sasso in un nido di api, con il conseguente invio di lettera di messa in mora da parte quanto meno delle banche. Molto più efficace una comunicazione personalizzata, possibilmente diretta e bidirezionale, modulata in base alle esigenze ed ai tempi di ogni singolo e che alle domande di questi fornisca subito delle risposte. E realizzare un reticolo di comunicazioni che permetta, subito dopo, di arrivare fin dall'inizio ad un accordo multiparti quasi definitivo; utilizzando, a questo punto, il protocollo della *mediation in bankruptcy* elaborato –ed applicato– negli USA, con gli opportuni adeguamenti alle realtà italiana<sup>28</sup>.

### **Passato, presente e (probabile) futuro della mediazione civile e commerciale in Italia**

Il neocostituito Regno d'Italia riservò alla conciliazione (così allora era chiamata), un posto non marginale nell'ordinamento giuridico; essa era soprattutto endoprocessuale e non obbligatoria (eccetto che nella materia matrimoniale). Nella prassi operativa, poi, era utilizzata anche dalle forze di polizia.

Con l'ideologia fascista al potere tutte le funzioni pubbliche furono accentrate nello Stato, così pure la soluzione delle controversie. Nei codici del 1942 la conciliazione fu relegata in posizione marginale e, soprattutto, per oltre mezzo secolo non è stata insegnata nelle università; di conseguenza i tecnici del diritto ne hanno avuto cognizione irrilevante. Inoltre, seppur disseminata in vari parti dell'ordinamento, era affidata a professionisti impregnati di tecnica avversariale, che la gestivano al massimo come fosse transazione.

Nel 1993, la riforma delle Camere di commercio prevede la costituzione presso ognuna di esse di "Camere arbitrali e di conciliazione", che adottarono il procedimento elaborato dall'Università di Harvard. Nel frattempo anche la Comunità europea cominciò a prestare particolare attenzione agli strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie

---

<sup>28</sup> Vedi "*Mediation in bankruptcy: come negoziare con le banche in situazioni di crisi*", in [www.adrmaremma.it](http://www.adrmaremma.it), voce Articoli, pag.9.

(ADR), dapprima per i dissidi transfrontalieri tra consumatori, successivamente anche in altri ambiti.

Con il D.L. 5/2003 fu istituita la conciliazione societaria (per le controversie in materia societaria bancaria finanziaria e creditizia), che prevedeva anche la facoltà per le parti di chiedere, di comune accordo, una proposta di soluzione al conciliatore, nonché la possibilità di ottenere l'esecutività del verbale. L'innovazione principale, però, fu la gestione della procedura conferita *in outsourcing* ad organismi di conciliazione (estranei all'ordinamento giudiziario) pubblici o privati, anche se sotto il controllo del Ministero della Giustizia. Tuttavia la conciliazione societaria non era obbligatoria, per cui fu quasi totalmente negletta.

L'aumento sempre maggiore del contenzioso civile e del numero delle cause pendenti; l'incremento delle penali a carico dello Stato a seguito della durata abnorme dei processi; le direttive, cogenti, da parte dell'Unione Europea sull'adozione delle ADR. Tutto ciò ha spinto il governo italiano, tra il 2009 ed il 2010, a far divenire la mediazione civile e commerciale "condizione obbligatoria di procedibilità" nelle controversie in numerose materie. Per quanto riguarda la formazione furono stabilite delle procedure abbastanza dettagliate, ma la durata dei corsi era, ed è, insufficiente. Inoltre la possibilità di divenire mediatori non è stata limitata a chi ha una formazione anche giuridica, ma ampliata di molto; soluzione corretta da un punto di vista teorico, perché la mediazione è una procedura che non tutela i diritti ma gestisce gli interessi; tuttavia la soluzione deve essere legale, per cui in molte controversie una conoscenza del diritto è necessaria. D'altro canto molti formatori erano –e sono- soprattutto conoscitori delle procedure avversariali, non particolarmente esperti nelle tecniche negoziali; in troppi corsi quindi la formazione è stata eccessivamente focalizzata su problemi giuridici e procedurali. Da ultimo è probabile che il numero dei candidati che si è presentato agli esami, e li ha superati, sia stato superiore al 99%. Il Ministero, in tempi molto rapidi, ha cercato di correre ai ripari, ma le soluzioni trovate non sono risolutive. Come conseguenza, oggi, la formazione è **IL** problema della mediazione in Italia; ed è difficile fare previsioni su come e quando verrà risolto. Si spera che i mediatori qualificati, presenti negli organismi, possano trasmettere ai colleghi le loro competenze.

Al 20.3.2011, data di decorrenza della mediazione civile come condizione

obbligatoria di procedibilità in molte materie, si prevedeva che sarebbero andate in mediazione in tempi brevissimi 200.000 controversie. Dal 21.3 al 20.9.2011, invece, le procedure attivate sono state 33.308, e di esse solo l' 1 (UNO)% su suggerimento dei giudici. Nel 31% dei casi, poi, la parte invitata non si è presentata. La forte avversione al nuovo istituto da parte di moltissimi avvocati, ed il sussiegoso distacco verso di esso riservato dalla magistratura, hanno portato ad un sostanziale boicottaggio del suo uso. A ciò si aggiunga la scarsa preparazione di molti mediatori (di cui sopra) e la quasi totale non conoscenza dell'istituto da parte dell'utenza finale (soprattutto operatori economici). Le cause della partenza "con il freno a mano tirato" sono abbastanza chiare.

Anche a ciò il Ministero della Giustizia ha cercato di apporre un correttivo, stabilendo una penale economica per chi, invitato alla mediazione, non si presenta e modulando l'entità dei compensi dei mediatori in funzione dei vari tipi di procedimento. I risultati non dovrebbero tardare a manifestarsi.

Inoltre, l'obbligatorietà della procedura, anche se non gradita ai mediatori "duri e puri", tuttavia ha avuto un merito: quello di indurre alcune migliaia di professionisti a seguire i corsi di formazione, che –seppur troppo brevi ed e volte non del tutto adeguati– hanno quanto meno **IN**formato i discenti sull'esistenza dell'istituto. La conoscenza di esso è il primo passo per il suo uso. Poi, partecipando alle procedure, si nota che molti degli avvocati non mediatori constatano la rapidità delle conclusioni e cominciano a considerare la mediazione tra gli strumenti utilizzabili.

Dal 20 marzo 2012 diverrà obbligatorio il ricorso alla mediazione anche per le numerose controversie in materia di condominio e di risarcimento danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

Il legislatore italiano, poi, sta inserendo la mediazione in vari settori dell'ordinamento.

Introdotta nel 2011, da aprile 2012 diventerà operativa la mediazione tributaria, che tuttavia è una lontana parente della mediazione, in quanto è gestita da una delle parti coinvolte nella controversia, l'Amministrazione finanziaria. La possibilità che quest'ultima sia "neutrale" sembra quanto meno remota.

A dicembre 2011, con il D.L.212, inoltre, è stata introdotta in maniera ufficiale la

mediazione nella gestione delle insolvenze, campo di attuazione vastissimo. Tuttavia è altamente probabile –quasi sicuro- che per lungo tempo questo strumento verrà utilizzato in maniera del tutto burocratica, con scarsissimo uso delle tecniche di negoziazione e con risultati ben inferiori a quelli potenziali. Anche qui la formazione potrebbe giocare un ruolo determinante.

In questa direzione un aiuto è probabile venga dalla decisione dell'Unione Europea <sup>29</sup>, di individuare caratteristiche ed elementi della formazione del mediatore europeo. Si spera che questa volta, sulla base dell'esperienza maturata, ci si faccia trovare preparati.

Da ultimo è da considerare la preannunciata rivisitazione delle circoscrizioni giudiziarie (giudici di pace e tribunali): rimozione delle sedi piccole e accorpamento degli organici in quelle di maggiori dimensioni. Ci saranno quindi vaste zone del territorio nazionale che si troveranno sguarnite di “giudici di prossimità” e che dovrebbero fornire spazi per il ricorso alla mediazione.

L'esecutivo, con i provvedimenti normativi di fine 2011 e con alcune dichiarazioni, ha confermato la rotta “mediazione avanti tutta”. Ciò che manca, ancora, è il salto culturale da parte della società necessario a riappropriarsi di uno strumento che fa parte delle sue tradizioni.

---

<sup>29</sup> Risoluzione del Parlamento europeo, del 13.9.2011 (2011/2026-INI) in cui al punto 20 si “*riconosce l'importanza di stabilire norme comuni per l'accesso alla professione di mediatore per promuovere una migliore qualità della mediazione e assicurare standard di formazione professionale elevati e l'accreditamento in tutta l'Unione*”.