

PILLOLE SULLA MEDIAZIONE 3.0 – UNO STRUMENTO FONDAMENTALE PER CENTRARE GLI OBIETTIVI DEL PNRR

di Carlo Maria Zuniga, Avvocato, mediatore senior di CONCILIA

Relazione tenuta al Convegno del 12 ottobre 2023 “MEDIAZIONE E APPALTO: UNA NUOVA VIA PER LA SOLUZIONE DEI CONFLITTI”, organizzato dalla Commissione Giustizia Complementare dell’Ordine degli Avvocati di Verona e dall’Organismo Veronese di Mediazione Forense.

Buon pomeriggio a tutti. Io pure esprimo il mio ringraziamento al ns. Consiglio dell’Ordine e, in particolare, alla sua Commissione sulla Giustizia Complementare, nonché a O.V.M.F. per l’organizzazione di questo incontro.

Al sottoscritto, che da oramai 12 anni svolge l’attività di mediatore, è stato chiesto di parlare del contributo che la nuova mediazione civile può dare al raggiungimento degli obiettivi del PNRR in tema di giustizia civile, di fare una breve panoramica su alcune delle più significative modifiche al D. LGS 28/2010 apportate dalla c.d. Riforma Cartabia e di riferire sulla consulenza tecnica in mediazione e, in particolare, nelle controversie in materia di appalto.

*_*_*_*

Ho scelto di iniziare questo mio intervento dalle aspettative, che sono state riposte da PNRR nella “nuova mediazione” civile e dal contributo che la stessa può dare all’efficienza della giustizia civile in Italia, perché, rivolgendomi ad Avvocati, più che cercare di illustrare norme, che Voi siete in grado di conoscere ed interpretare meglio del sottoscritto, ciò che mi interessa evidenziare è che l’Avvocatura può rendersi una protagonista principale nel consentirne la realizzazione di quanto previsto dal PNRR.

Mi spiego meglio.

Come sapete, il PNRR si è posto come obiettivo la riduzione entro il giugno 2026 di abbattere del 90% l’arretrato civile e di ridurre del 40% la durata dei processi civili, ciò in quanto questi due parametri, e particolarmente il secondo, rappresentano i principali indicatori del grado di efficienza del sistema giudiziario di un Paese.

Con riferimento poi all’importanza che l’efficienza del sistema giudiziario civile riveste per ciascun Paese, ritengo opportuno riportare quanto trovasi scritto nel n. 715 di ottobre 2022 di “Questioni di Economia e Finanza edito dalla Banca d’Italia: “il funzionamento della giustizia civile, oltre a essere un fattore essenziale di tutela dei diritti e delle persone, soprattutto quelle più deboli, ha importanti riflessi sull’economia, favorendo l’accumulazione di capitale, il finanziamento delle imprese, l’efficiente allocazione delle risorse e, in ultima analisi, la competitività e il potenziale di crescita di un territorio”.

Purtroppo, come tutti Voi sapete, il sistema giudiziario civile in Italia è affetto da cronica inefficienza, gravato com’è da un pesante arretrato e da tempi eccessivamente lunghi dei processi.

Se sotto il primo aspetto nell’ultimo decennio, anche grazie ad un diverso modo di conteggiare il contenzioso, vi è stata una sensibile riduzione dell’arretrato, tanto che per la prima volta alla fine del 2022 i processi pendenti sono scesi sotto la soglia dei 3.000.000, di cui, però, oltre il 15% aveva durata ultratriennale, altrettanto non è accaduto per le nuove cause iscritte a ruolo.

Queste, dopo il calo dovuto alla pandemia, sono tornate ai livelli precedenti, tanto che nel 2022 sono state oltre 1.700.000.

I numeri poc’anzi riportati sono entrambi impressionanti e soprattutto, ciò che più conta, purtroppo i processi civili in Italia continuano a durare troppo, tanto è vero che, secondo l’ultimo rapporto Cepej sullo

stato della giustizia civile in Europa, pubblicato nel 2022, la loro durata è pari a quasi 3 volte quella della media dei Paesi Europei.

Si tratta, dunque, di un gap assolutamente inaccettabile e che grava pesantemente sullo sviluppo sociale ed economico del Paese, tanto più in un momento in cui la crescita economica rappresenta una priorità assoluta.

Perché il gap con gli altri partners europei, e non solo, possa essere, se non azzerato, fortemente ridotto, necessita che vi sia un adeguato rapporto tra domanda di giustizia e capacità di risposta.

Escluso che si possa comprimere il primo fattore, bisogna aumentare il secondo.

A tale proposito il PNRR, nell'impossibilità, per ragioni di bilancio, di incrementare sensibilmente il numero dei magistrati e del personale amministrativo (entrambi inferiori a quello degli altri principali paesi europei), ha deciso di fare ricorso a due soluzioni: modificare il processo civile, specie quello di cognizione ordinario, e incoraggiare gli strumenti di giustizia alternativa.

Ora, senza voler affrontare il merito della riforma del processo civile, di cui, pare, tutti disconoscono la paternità - circostanza che già non depone a suo favore - e sulla quale già si sono levate autorevoli voci critiche, sulla base della mia pluridecennale esperienza di avvocato posso dire che tutte le volte che si è intervenuti sul rito, quantomeno nel breve termine non sono visti benefici, anzi si è solo reso più difficile e rischioso affrontare una causa.

Ciò per l'ovvia considerazione che, specie per i primi anni di loro applicazione, le nuove norme danno adito ad incertezze interpretative, che non di rado portano a pronunce sul rito, anziché sul merito, con conseguente frustrazione per cittadini ed imprese, oltre per chi le assiste, che rischia pure di esporsi ad eventuali azioni di responsabilità.

Se la considerazione che precede è vera per il passato, in cui, comunque, gli interventi sul processo avevano riguardato singoli istituti o, addirittura, si erano limitati alla rimodulazione/riduzione di alcuni termini, il timore è che le conseguenze negative, cui ho poc'anzi accennato, possano essere ancora maggiori a seguito di una riforma così radicale e di cui, sinceramente, non si sentiva la necessità.

Piuttosto, sarebbe stato bene incidere con decisione sulle cause del perché certe sedi giudiziarie siano particolarmente inefficienti e sull'interrogarsi se una Corte Suprema possa essere chiamata ad emettere un numero di pronunce, che non ha eguali al mondo, evitando così che, per farla "sopravvivere", si debba periodicamente ricorrere a forme di inammissibilità sempre nuove.

Ma un discorso di questo genere ci porterebbe molto lontano e, comunque, esula dal mio intervento odierno.

Ecco allora che nel quadro che ho realisticamente rappresentato, la seconda soluzione prevista dal PNRR può davvero rivelarsi determinante per far sì che nelle aule giudiziarie arrivi un numero di nuove cause sensibilmente inferiore, senza, nel contempo, comprimere la domanda di giustizia, che va comunque soddisfatta.

Da qui il ruolo fondamentale che possono giocare le c.d. A.D.R., e tra queste, la mediazione, su cui soltanto mi soffermerò e che rappresenta la forma sicuramente più diffusa ed efficace.

So perfettamente che i non estimatori della mediazione diranno che essa non ha prodotto i risultati auspicati da chi l'ha introdotta, senonché, mi sento di dire che tale critica è ingiustificata.

Lo è innanzitutto, perché la mediazione civile ha rappresentato in Italia un qualcosa di totalmente nuovo, essendo di fatto sconosciuta a cittadini ed imprese, ma anche alla stragrande maggioranza dei magistrati e degli avvocati.

Tutto ciò ha comportato un non facile e non breve periodo di conoscenza dell'istituto e di comprensione delle sue dinamiche e potenzialità, che è tuttora in corso, nonché di formazione di professionalità degli stessi mediatori.

In secondo luogo, le materie soggette a mediazione come condizione di procedibilità hanno rappresentato poco più del 8% dell'intero contenzioso civile, tanto che nel 2022 le mediazioni attivate sono state poco più di 156.000, numero che include anche le non certamente numerose mediazioni demandate e volontarie.

In terzo luogo, delle 156.000 mediazioni tenutesi, oltre il 25% ha rappresentato controversie in materia assicurativa e bancaria, che, però vengono sistematicamente disertate da assicurazioni e banche, cui vanno aggiunte quelle in materia sanitaria o in cui sono coinvolte pubbliche amministrazioni, che pure hanno visto assai scarse adesioni, o perché comunque collegate al mondo assicurativo o per timori di responsabilità erariale.

Si tratta, però, da parte di questi soggetti di un pregiudizio del tutto ingiustificato, poiché non esistono controversie per loro natura non mediabili, come dimostra il fatto che tutte le volte in cui le parti sono sedute intorno ad un tavolo e si sono fra loro effettivamente e lealmente confrontate, grazie all'aiuto del mediatore, l'accordo è stato raggiunto nel 56% dei casi.

Ciò ha consentito che oltre 45.000 controversie non hanno richiesto la pronuncia di una sentenza, che, probabilmente, non si sarebbe limitata al primo grado, come pure di evitare azioni esecutive, quindi, con un beneficio complessivamente maggiore del semplice dato numerico appena riportato.

Ora dal 1° luglio le materie soggette a mediazione obbligatoria sono state estese e, quindi, ragionevolmente aumenteranno mediazioni ed accordi.

Tuttavia, anche con tale aumento, se la mediazione sarà vista solo come un passaggio obbligatorio, anche se utile, non ci si può illudere che il suo contributo possa incidere significativamente sulla riduzione del numero delle cause e, quindi, della loro durata.

Perché ciò avvenga necessita un profondo mutamento culturale nella società civile, di cui l'avvocatura può, anzi a mio avviso deve, rendersi protagonista, proprio per la sua funzione di difesa dei diritti.

Necessita, cioè, come ha detto il Primo Presidente della Corte di Cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, comprendere che "la mediazione può sviluppare tutte le sue potenzialità laddove vi si ricorra non solo in ragione del ruolo ancillare al processo (condizione di procedibilità), ma per la sua autonoma valenza di misura di soluzione dei conflitti". Attraverso di essa, sono sempre le parole del Primo Presidente, "si può evitare che la conflittualità perduri oltre la definizione della singola controversia e una progressiva crescita nella sua applicazione può concorrere in modo significativo ad un diffuso mutamento culturale, ad una diversa prospettiva delle relazioni sociali, improntate ad un maggiore rispetto dell'altro, al recupero di effettività dell'amministrazione della giustizia, con ricadute positive dal punto di vista economico-competitivo del nostro Paese". La mediazione, conclude il Presidente Curzio, deve quindi essere intesa come uno strumento che "viene ad affiancarsi e non a contrapporsi alla giurisdizione".

Credo che non vi siano parole migliori di quelle utilizzate dal Presidente Curzio per far comprendere l'importanza della mediazione può avere sul piano sociale, oltre che dell'efficienza del sistema giustizia. Infatti, la mediazione, proprio perché favorisce il dialogo fra le parti, può essere uno strumento ottimale, cui farvi ricorso addirittura in via preventiva al sorgere di una vera propria controversia.

E' proprio richiamandomi alle parole del Presidente Curzio che vedo il ruolo fondamentale che gli Avvocati possono rivestire in questa "rivoluzione culturale e sociale", perché nessuno meglio di loro può far comprendere a cittadini ed imprese che vi sono diversi modi, tutti aventi pari dignità, per risolvere una controversia, di cui il ricorso all'Autorità Giudiziaria rappresenta solo uno di essi e non necessariamente il principale.

Anzi, ad essa per le conseguenze in termini di spesa, tempi e turbamento di animo, vi si dovrebbe fare ricorso solo dopo il fallito esperimento di altri strumenti di natura non conflittuale.

Tutto ciò, però, richiede che l'Avvocatura, la cui formazione sino ad ora è stata improntata sul processo e, quindi, sul conflitto fra le parti, sia pronta ad affrontare la sfida del nuovo ruolo che una società pienamente evoluta richiede, un ruolo, che non è più solo quello, pur importantissimo, di rappresentare al meglio il cliente in giudizio, ma di vero e proprio suo consulente/assistente, che sia, cioè, in grado di valutare assieme a lui quale sia il modo più efficace per tutelarne nel perseguimento dei suoi interessi. Un'attività

fondamentale ed al tempo stesso complessa, perché spesso la parte, per i coinvolgimenti emotivi che una lite determina, non è in grado di comprendere appieno quali siano i propri reali interessi ed i modi migliori per conseguirli e noi mediatori lo sperimentiamo di sovente, in specie nelle sessioni separate.

Da qui la necessità che l'avvocato, che assiste la parte in mediazione, prepari gli incontri di mediazione, ed in particolare il primo, con un impegno di certo non inferiore, a quello che dedica ad una causa ed alle sue udienze.

Impegno che dovrà essere assolto con un approfondito confronto con la parte assistita, proprio per quanto ho poc'anzi detto.

In tal modo la figura dell'avvocato, lungi dall'uscirne sminuita, avrà un ruolo ancora più da protagonista, di quanto già non sia, nel sistema giustizia e nella società, restituendogli quel prestigio, che forse ha un po' perso negli ultimi anni, in cui, del tutto ingiustificatamente, è stato additato come il principale responsabile dell'eccessivo numero dei processi.

Se quanto ho auspicato avverrà, invece, l'avvocato sarà visto come colui che favorisce la soluzione pacifica dei conflitti, rendendo un servizio importantissimo per la società e per il sistema giustizia.

Si tratta di una sfida complessa, perché l'Avvocato dovrà avere perfetta conoscenza, oltre che delle norme sostanziali e processuali – e già tutti noi ne abbiamo ben presenti la difficoltà – pure di tutti gli strumenti che il Legislatore ha messo a disposizione per la tutela dei diritti.

Ma anche questo non basta, perché necessita dell'altro.

Infatti, nella mediazione all'Avvocato è richiesto qualcosa di più: sapere negoziare, il che significa saper comprendere gli interessi di entrambe le parti e, con l'aiuto prezioso del mediatore, combinarli per generare soluzioni al problema comune, anche al di là del *thema decidendum*, che si pone sul piano giuridico.

Quindi, all'Avvocato, che assiste la parte in mediazione, è richiesta non solo un'adeguata preparazione tecnico-giuridica, ma anche di tecnica di negoziazione, poiché, ciò che va ben compreso, è che la mediazione non è un giudizio anticipato, ma un qualcosa di diverso e che va per questo gestito non con l'approccio del difensore, ma, bensì, del negoziatore.

Ciò potrà comportare, quindi, anche la nascita di una nuova figura professionale, che si affiancherà o aggiungerà a quella tradizionale: l'avvocato negoziatore.

Una sfida certamente difficile, come ho detto, ma che, come già hanno dimostrato in passato, gli avvocati sapranno affrontare e vincere, venendo pure gratificati dalla soddisfazione dei clienti ed anche dal punto di vista economico, potendo realizzare compensi interessanti in tempi sensibilmente inferiori e sfuggendo alle trappole del processo.

Così, grazie agli avvocati, la mediazione, non più vista come un adempimento obbligatorio, ma, bensì, come una scelta consapevole, potrà davvero dimostrare di essere uno strumento potente, sia di deflazione del contenzioso, che di tutela dei diritti.

Assolutamente da raccomandare, pertanto, sarà l'inserimento di clausole di mediazione nei contratti e negli statuti.

Con questa convinzione, più ancora che auspicio, passo alla seconda parte del mio intervento.

DEROGABILITA' DELLA COMPETENZA TERRITORIALE (ART. 4).

La prima novità, da salutare a mio avviso con favore, è rappresentata dalla possibilità di derogare su accordo delle parti alla competenza territoriale dell'organismo, che è quella della circoscrizione del giudice territorialmente competente per la controversia.

La nuova disposizione, quindi, consentirà alle parti, soprattutto per controversie oggettivamente o soggettivamente complesse, di rivolgersi ad Organismi, nonché, al loro interno, a Mediatori ritenuti maggiormente competenti ed affidabili, anche se rientranti in altre circoscrizioni.

Tuttavia, al di fuori dei casi, alquanto rari, di domanda di mediazione proposta congiuntamente, la disposizione in parola pone alcuni problemi.

Innanzitutto, se l'accordo debba essere intervenuto prima della presentazione della domanda di mediazione.

Personalmente ritengo di no e che, quindi, al di là della domanda di mediazione congiunta, ben potrebbe la parte convocata dichiarare, in sede di adesione o di primo incontro avanti al Mediatore, di accettare la deroga alla competenza naturale.

La seconda questione attiene alla necessità che la deroga risulti da atto scritto. E' mia convinzione che essa possa avvenire anche per *facta concludentia*, ove la parte convocata si sia presentata in mediazione e nulla abbia eccepito, non potendosi pensare di riservare alla mediazione una portata più restrittiva di quanto previsto per il giudizio (art. 38 c.p.c.) ed anche perché quando il Legislatore l'ha richiesta (art. 29 c.p.c.), lo ha esplicitato.

In ogni caso suggerisco che, ove l'Organismo o il Mediatore rilevino l'incompetenza, sarebbe bene da parte loro richiedere una dichiarazione di espressa adesione dalla parte chiamata, in specie ove essa non sia assistita da un avvocato.

Più complessa è la questione allorquando la deroga alla competenza sia contenuta nelle condizioni generali di un contratto predisposto da uno dei contraenti o di un contratto concluso mediante moduli o formulari, diretto a regolare non un singolo specifico rapporto negoziale, ma una serie indefinita di rapporti e che la sua conclusione sia intervenuta senza alcuna possibilità per l'altra parte di incidere sul suo contenuto (v. Cass. civ. 05.07.2022 n. 21296). In questo caso, ove la clausola predetta non sia stata specificamente sottoscritta deve essere considerata nulla?

Al riguardo, così anticipando in parte pure il commento all'art. 5 *sexies*, ferma restando, ovviamente, l'opportunità di far sottoscrivere tale clausola, sono dell'idea, che, pur non vertendosi in tema di deroga alla competenza territoriale dell'autorità giudiziaria, che rimarrà in ogni caso invariata, comunque debba prevalere il principio della tutela del contraente più debole, anche se, in senso contrario a detta interpretazione, potrebbe validamente sostenersi che la possibilità per ciascuna parte in mediazione di chiedere di partecipare da remoto potrebbe far venire meno quella esigenza (in realtà la parte avrebbe tutto il diritto di poter partecipare in presenza nel luogo di sua residenza).

Non avrei, invece, dubbi per l'invalidità nel caso in cui la parte chiamata sia un consumatore, poiché l'art. 33 lett. u del c.d.c. parla genericamente di foro competente "per le controversie" e il successivo art. 36, 3° comma stabilisce che la nullità opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice.

AMPLIAMENTO DELLE CONTROVERSIE SOGGETTE A MEDIAZIONE OBBLIGATORIA (ART. 5).

Come noto, la riforma ha esteso la condizione di procedibilità alle controversie in materia di associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera – compresi i contratti di opera intellettuale - rete, somministrazione, società di persone e subfornitura.

Tale estensione appare coerente con le caratteristiche della mediazione, che è strumento particolarmente adatto nelle controversie aventi ad oggetto rapporti di durata.

Mi lascia, invece, perplesso la non inclusione anche delle controversie in tema di contratto di appalto, tanto più che esso non sempre è facilmente distinguibile da quello d'opera o di somministrazione, il che potrebbe creare dei problemi sia in ordine al rispetto della condizione di procedibilità, che per quegli organismi che applichino indennità differenziate tra mediazione obbligatoria e volontaria. In merito al contratto di subfornitura, ricordo che l'art. 10 della L. 192/1998 è stato abrogato dall'art. 5, comma 2, D. Lgs. 25

novembre 2016, n. 219, con la conseguenza che la mediazione può essere promossa presso qualsiasi Organismo e non più solo presso quelli della CCIAA.

Una questione che il Legislatore ha lasciato irrisolta attiene alla obbligatorietà o meno della mediazione con riguardo alla domanda riconvenzionale vertente su materia obbligatoria.

Il mancato intervento legislativo ha fatto sì che, stanti le diverse tesi al riguardo, sul punto si è in attesa della decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, chiamate a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 363 bis c.p.c. (rinvio pregiudiziale) a seguito dell'ordinanza 13.06.2023 del Tribunale di Roma.

MEDIAZIONE ED OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO (ART. 5 BIS).

In questo caso, invece, il Legislatore con l'art. 5 bis, recependo la pronuncia della Suprema Corte a Sez. Un. n. 19596 del 2020, ha opportunamente indicato che l'onere di attivare la mediazione in caso di opposizione a decreto ingiuntivo spetta alla parte opposta.

MEDIAZIONE E CONDOMINIO (ART. 5 TER).

Con la disposizione di cui all'art. 5 ter il Legislatore, innovando rispetto a quanto previsto dall'originario testo dell'art. 71 quater, comma 3° disp. att. c.c., ha previsto che l'amministratore è legittimato a promuovere, aderire e partecipare alla mediazione senza necessità della previa delibera condominiale, facendo così applicazione del generale potere di rappresentanza e legittimazione previsti dall'art. 1131 c.c.. Addirittura, dal tenore della norma sembrerebbe evincersi la piena autonomia dell'amministratore nelle trattative, tanto che il testo dell'accordo, peraltro evidentemente solo potenziale, verrebbe poi da lui sottoposto all'approvazione dell'assemblea condominiale.

Temo che la modifica, pur se diretta a risolvere il problema del ping pong, frequente in tale tipologia di mediazioni, rischi di rimanere sulla carta e, addirittura, possa essere foriera più di svantaggi che di vantaggi.

Infatti, ritengo sia alquanto difficile che l'amministratore promuova o aderisca ad una mediazione senza una previa delibera condominiale, anche in considerazione dei costi che dovrebbe sostenere ed ancor di più che si esponga su un possibile contenuto di accordo in difetto di un preciso mandato assembleare.

Nel contempo, stanti i termini abbastanza stretti previsti per la fissazione del 1° incontro di mediazione, egli, ove destinatario della domanda di mediazione, potrebbe non disporre del tempo sufficiente per convocare l'assemblea e potrebbe vedersi negare dall'istante un rinvio all'uopo, proprio per la sua autonoma legittimazione.

Difficoltà ancora maggiore per tutti quei condomini composti da seconde case.

MEDIAZIONE DEMANDATA DAL GIUDICE (ART. 5 QUATER):

L'articolo in oggetto differisce dal comma 2° dell'art. 5 vecchio testo principalmente per il fatto che l'ordinanza con cui il giudice dispone l'invio delle parti in mediazione deve essere motivata, il che è coerente con la valorizzazione di tale sua attività.

Per dare un senso ad una disposizione che, altrimenti, potrebbe apparire ultronea (tutte le ordinanze devono essere, sia pur succintamente motivate), ritengo che il Legislatore abbia voluto invitare i giudici ad una motivazione non standard e che non dia l'impressione alle parti che egli abbia voluto liberarsi di un causa.

Proprio per questo motivo ritengo che l'ordinanza in parola richieda un notevole impegno del giudice, che dovrà calibrarla con particolare attenzione, così da far comprendere da un lato che egli ha adottato siffatta decisione con ponderazione e che per le parti è a quel punto conveniente trovare un accordo conciliativo e, dall'altro, non vincolare l'opera del mediatore, che deve essere lasciato libero di svolgere la sua funzione.

Essa, in ogni caso, dovrà essere un qualcosa di ben diverso dall'ordinanza di cui all'art. 185 bis c.p.c., stante la diversità fra i due istituti.

Un dubbio che si pone è, se alla luce dell'art. 171 bis in tema di verifiche preliminari da parte del giudice, che è tenuto ad indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, fra cui la condizione di procedibilità, l'invio in mediazione possa avvenire non prima dell'udienza ex art. 183 c.p.c.. Personalmente non sono di questa opinione, in quanto nei casi di mediazione demandata pura, cui si riferisce l'articolo in commento, non si è in presenza di una condizione di procedibilità preesistente all'ordinanza, ma che sorge a seguito di essa.

Del pari mi sembrerebbe che, ove entrambe le parti riconoscano che la condizione di procedibilità non è stata assolta, non avrebbe molto senso attendere l'udienza affinché esse vi provvedano.

Confido che i giudici seguiranno tale mia interpretazione, anche perché rimandare l'invio delle parti in mediazione dopo il deposito delle memorie, potrebbe essere controproducente a causa dell'attività e dei costi già sostenuti.

CLAUSOLA DI MEDIAZIONE (ART. 5 SEXIES):

Nell'art. 5 sexies il Legislatore ha precisato che la clausola di mediazione, costituente condizione di procedibilità, può essere contenuta anche nell'atto costitutivo di un ente pubblico o privato e, inoltre, a modifica di quanto previsto nel testo dell'originario art. 5, ha indicato quale termine ultimo per la proposizione dell'eccezione di parte, non già la prima difesa, ma la prima udienza, in coerenza con quanto disposto dall'art. 5, comma 2°.

Un dubbio potrebbe sorgere con riguardo alla necessità o meno della specifica sottoscrizione della clausola di mediazione nei casi di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c..

Personalmente propendo per una risposta negativa, in quanto essa, a differenza di quanto avviene per l'arbitrato, non contiene una deroga alla giurisdizione, ma, rappresenta, anzi, uno strumento voluto dal Legislatore al fine di evitare un contenzioso, tanto da farla assurgere a condizione di procedibilità.

DURATA DELLA MEDIAZIONE (ART. 6):

A differenza di quanto stabilito dall'originario corrispondente articolo, nel nuovo testo si dice che la durata della mediazione è prorogabile di ulteriori tre mesi.

Ciò fa ritenere da taluni che la mediazione debba necessariamente concludersi al massimo in sei mesi.

Personalmente, non condivido tale interpretazione, in quanto la perentorietà di un termine deve essere espressamente indicata dalla Legge.

Né, del resto, nella vigenza del precedente art. 6, che neppure menzionava la possibilità di una proroga, si è mai dubitato che la mediazione potesse durare oltre i tre mesi.

Inoltre, mi sembrerebbe assurdo, nell'ottica deflattiva voluta dal Legislatore, che la mediazione debba concludersi negativamente per il decorso del termine, quando, invece, ciò non corrisponde alla volontà delle parti.

Inoltre, sappiamo bene che, in non rari casi – si pensi alle procedure di mediazione in cui si espletano una c.t.m. o a quelle in cui l'accordo presupponga la regolarizzazione di un immobile – quel termine sarebbe assolutamente insufficiente, tanto più che neppure opera la sospensione feriale. Va, piuttosto, segnalata la necessità che la proroga avvenga per iscritto prima della scadenza e che, in caso di pendenza del giudizio, di essa sia posto a conoscenza il giudice.

IL PROCEDIMENTO (ART. 8):

Il nuovo art. 8 ha apportato significative modifiche. Esse riguardano:

-il termine per fissare il primo incontro dalla presentazione della domanda (non più entro trenta giorni, ma in un lasso temporale compreso tra venti e quaranta giorni);

-l'obbligo posto a carico dell'Organismo di dare comunicazione alla parte chiamata della presentazione della domanda di mediazione, oltre ad ogni altra utile informazione;

-la soppressione del primo incontro unicamente informativo, in quanto le parti, con la dichiarazione di adesione, sono sin dall'inizio in mediazione ed al termine di esso devono solo dichiarare se intendono o meno proseguire. Ciò comporta che il detto primo incontro

(una volta che sarà emesso l'atteso DM., che modifica quello n. 180/2010);

-viene specificato che le parti devono partecipare personalmente alla procedura e che possono delegare un terzo - purché a conoscenza dei fatti e munito dei necessari poteri sostanziali - solo in presenza di giustificati motivi, che, ovviamente, non sarà il mediatore, ma il giudice a valutare. Il campo dei giustificati motivi è da reputarsi, peraltro, piuttosto ristretto, considerato che la parte impossibilitata a presenziare ben può chiedere di partecipare da remoto. Resta aperto il problema della forma della procura, per la quale numerosa giurisprudenza di merito, a mio avviso su un'errata interpretazione delle note pronunce della cassazione e soprattutto delle norme del codice civile (art. 1392 c.c.), richiede la forma notarile, in quanto, si dice, il difensore non può autenticare (rectius, certificare) la firma del proprio assistito al di fuori del processo. Senonché, tale ragionamento è viziato da un errore di fondo, dato che l'art. 1392 c.c. richiede la necessità dell'autentica della firma nei soli casi previsti dalla Legge, ragion per cui "l'autentica" del difensore è del tutto irrilevante, che vi sia o meno. Pertanto, un problema di autentica della firma potrebbe porsi nel solo caso in cui l'altra parte chieda al rappresentante di giustificare i suoi poteri e contesti la validità della firma del rappresentato, che figuri apposta sulla procura, circostanza che, in dodici anni di attività, non mi è mai capitata, anche perché con la procura viene sempre allegato un documento di identità del rappresentato. Ciò non toglie, per le implicazioni, anche di responsabilità professionale che ciò può comportare, che è sempre opportuno che ogni tipo di accordo sia sottoscritto personalmente dalle parti o da un loro rappresentante munito di procura notarile.

Va detto, infine, che la norma in oggetto sembra venire incontro al Mediatore, dato che non richiede da parte sua una verifica dei poteri di rappresentanza, ma solo che, ove necessario, chieda alle parti di dichiararli (e non giustificarli!), dandone atto a verbale.

-viene esplicitato, recependo la giurisprudenza in materia, che l'incontro deve consistere in un effettivo e leale confronto fra le parti su quanto oggetto di controversia, così da non ridursi in una vacua formalità.

A tale proposito, dovendosi escludere che il Mediatore abbia a verbalizzare se le parti si siano effettivamente confrontate, ritengo utile indicare nel verbale dell'incontro l'orario di suo inizio e di sua fine, poiché è evidente che una sua durata di pochi minuti starà a significare che quel confronto non vi è stato. Del pari ritengo che la parte che intenda proseguire nella mediazione abbia il diritto di farlo verbalizzare, ma senza dedurre motivazioni, sia perché la riservatezza deve operare solo per le dichiarazioni attinenti al merito della controversia e sia perché ciascuna parte deve essere libera di derogare alla propria riservatezza.

Un problema interpretativo potrebbe suscitarsi la mancata riproduzione di quanto previsto dal comma 6° dell'originario art. 5 e, cioè, che "se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'art. 11 presso la segreteria dell'organismo". L'omissione di tale inciso potrebbe far temere che la conclusione negativa della mediazione non faccia decorrere un nuovo termine (come, invece, ritenuto dalla giurisprudenza formatasi sul precedente testo normativo: si v.

Trib. RM 04.09.2023 n. 12562; Trib. RM 12.03.2019, n. 5382; App. Pa 27.06.2017 n.1245; Trib. MI 02.12.2016 n. 13360; Trib. Busto Arsizio 18.02.2022 n. 244).

Una tale interpretazione porterebbe alla conseguenza – del tutto contraria alle intenzioni del Legislatore – di dover necessariamente agire in sede giudiziale nell'originario termine di decadenza.

Restano pure immutate le criticità della norma, che conferma la natura recettizia della domanda di mediazione, così ponendo a carico dell'Istante – specialmente nei casi in cui il destinatario non abbia una pec – i rischi di ritardi dovuti a terzi soggetti (ad esempio le Poste), criticità che, in dissonanza dalla nettamente prevalente giurisprudenza (si v. ex plurimis Cass. 2273/2019, C. App. BS n. 1337 del 2018, Trib. RM n. 13981 del 2019, C. App. MI n. 253/2020, Trib. RM 04.09.2023 n. 12562), problematica colta dalle sentenze n. 10502/2020 del Trib. RM e n. 260 del 23.02.2022 del Trib. BR, secondo cui “L'attività con cui cessa l'inerzia dell'attrice che avrebbe determinato l'effetto della decadenza è costituita dal deposito dell'istanza dinanzi all' organo di mediazione; le successive attività, che si completano con le comunicazioni alle controparti, non sono nella disponibilità del ricorrente e dunque restano estranee rispetto all' unico atto con cui il legittimato ad agire può manifestare concretamente la cessazione della propria inerzia, ossia il deposito dell' istanza di mediazione”.

Criticità evidentemente non risolta con il riconoscimento per la parte istante della possibilità di comunicare autonomamente all'altra parte la domanda già presentata all'organismo.

Circa la consulenza in mediazione, ne parlerò più avanti.

MEDIAZIONE IN MODALITA' TELEMATICA (ART. 8 BIS):

Qui l'art. 8 bis ha apportato significative modifiche alla normativa emergenziale introdotta durante il covid.

Innanzitutto, mentre in precedenza gli incontri da remoto potevano tenersi solo con il consenso di tutte le parti e gli Organismi avevano la facoltà e non l'obbligo di offrire tale servizio, dal 30 giugno 2023, tale modalità costituisce un vero e proprio diritto di ciascuna parte e l'Organismo è obbligato a consentirlo.

In secondo luogo è stata posta fine alla possibilità, invero molto apprezzata dagli avvocati e dalle parti, che queste ultime firmassero i verbali ed anche gli accordi analogicamente e che gli avvocati ne certificassero la firma.

Per le mediazioni attivate dal 1° marzo scorso l'art. 8 bis comma terzo prescrive che l'accordo debba essere sottoscritto da tutte le parti, oltre ovviamente che dagli avvocati, con firma elettronica qualificata o digitale. In tale modo si raggiunge il massimo livello di sicurezza circa la provenienza delle firme (sarà cioè la parte firmataria a dover dimostrare che non l'ha apposta).

Conseguentemente, per firmare gli accordi necessiterà che tutti i soggetti tenuti a farlo o abbiano il c.d. token o siano muniti di spid. Inoltre dovranno avere a disposizione la mail, cui sarà inviato l'invito alla firma del file, ed il cellulare, su cui arriverà il codice OTP da digitare. Tale procedura, che tanto allarme ha creato, se è vero che, ove la parte sia priva della firma elettronica qualificata, costringe gli Organismi ad offrire agli utenti delle firme one shot e a dotarsi di un'apposita piattaforma, offre, come detto, la massima sicurezza possibile ed è molto meno complesso di quanto possa apparire a prima vista.

Altra importante specifica contenuta nel comma in questione è quella che richiede che verbale ed accordo siano redatti in unico file nativo digitale (quindi, atti trasformati in pdf e non scannerizzati). Ciò comporta che, ove l'incontro si svolga in modalità mista – cioè una parte da remoto e l'altra in presenza – comunque esso dovrà seguire le regole poc'anzi viste.

Infine, poiché il file dovrà essere unico e l'accordo è un atto delle parti e non del mediatore, quest'ultimo nel firmare digitalmente il file, dovrà avere l'accortezza di specificare che la sua firma è riferita al solo verbale.

Da ultimo, se la piattaforma utilizzata non lo farà già in automatico, il mediatore, prima di sottoscrivere il file, dovrà verificare la validità delle firme digitali – cosa possibile ad esempio utilizzando dike – e darne atto magari nella mail o pec di sua trasmissione.

OBBLIGO DI CONSERVAZIONE DEGLI ATTI DEL PROCEDIMENTO (ART. 11):

L'art. 11, riferito alla conclusione del procedimento, al di là di alcune precisazioni (il verbale conclusivo deve essere sottoscritto da tutti i partecipanti e, quindi, non solo dalle parti, l'accordo deve contenere l'indicazione del valore, il verbale e l'accordo, se in formato analogico, devono essere redatti in tanti originali quante sono le parti oltre ad un originale per l'organismo), prescrive che l'organismo debba conservare gli atti dei procedimenti trattati per almeno un triennio dopo la loro conclusione.

SANZIONI CORRELATE ALL'OMESSA PARTECIPAZIONE ALLA MEDIAZIONE (ART. 12 BIS):

Con l'articolo in questione il Legislatore ha voluto rafforzare le conseguenze derivanti dalla mancata partecipazione alla mediazione senza giustificati motivi.

Se è rimasta invariata la previsione, riferita a tutte le mediazioni, secondo cui da essa il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile, nei casi di mediazione obbligatoria è stato stabilito che il giudice deve condannare la parte assente a versare all'entrata del bilancio dello Stato una somma di importo corrispondente non più al contributo unificato dovuto per il giudizio, ma al suo doppio.

Inoltre, sempre nel caso di mediazione obbligatoria e su richiesta dell'altra parte, il giudice può, quindi non deve, condannare la parte soccombente, che non ha partecipato alla mediazione, al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione.

Infine, sempre per il caso di mediazione obbligatoria e di condanna della parte assente al pagamento del doppio del contributo unificato il giudice trasmette copia del provvedimento adottato nei confronti di una delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del D Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti, e copia del provvedimento adottato nei confronti di uno dei soggetti vigilati all'autorità di vigilanza competente.

Ciò è molto importante, perché in questo modo le pubbliche amministrazioni non potranno più rifiutarsi a priori di partecipare alla mediazione per rischiare di incorrere in un danno erariale. Oggi la situazione è completamente rovesciata.

GRATUITO PATROCINIO (ARTT. DA 15 BIS A 15 UNDECIES):

Il Legislatore ha riconosciuto il diritto della parte non abbiente ad usufruire del gratuito patrocinio nei casi di mediazione obbligatoria, qualora sia raggiunto l'accordo di conciliazione.

Con il D.M. 01.08.2023, pubblicato in G.U. il successivo giorno 7 sono state dettate le regole per calcolare, liquidare e pagare l'onorario all'avvocato della parte che è stata ammessa al patrocinio gratuito nel procedimento di mediazione. Il compenso sarà pari alla metà di quanto previsto nelle tabelle in vigore.

REGIME TRIBUTARIO ED INDENNITA' (ARTT. 17 E 20):

Il nuovo art. 17 ha raddoppiato l'esenzione dall'imposta di registro per gli accordi conclusi nelle mediazioni introdotte dopo il 30.06.2023, portandola ad € 100.000,00.

A sua volta l'art. 20 ha riconosciuto un credito di imposta commisurato all'indennità di mediazione corrisposta fino ad un massimo, in caso di raggiunto accordo, di € 600,00.

Inoltre, nei casi di mediazione obbligatoria o demandata dal giudice, è stato riconosciuto un ulteriore credito di imposta commisurato al compenso corrisposto all'avvocato per l'assistenza nella procedura, nei limiti previsti dai parametri forensi e fino ad un massimo di € 600,00.

Va, altresì, detto che i crediti di imposta sono utilizzabili dalla parte nel limite di € 600,00 per procedura fino ad un importo annuo di € 2.400,00 in caso di persona fisica e di € 24.000,00 per le persone giuridiche.

In caso di insuccesso della mediazione, gli importi di cui sopra sono dimezzati.

Sempre con D.M. del 01 agosto scorso sono state fissate le modalità operative per ottenere i predetti crediti di imposta: la domanda di detrazione va presentata sulla piattaforma del ministero della giustizia esclusivamente tramite spid o cie entro il 31 marzo dell'anno successivo.

**_*_

Esaurita la rapida disamina delle novità introdotte dalla riforma, vado a parlare brevemente della consulenza tecnica in mediazione.

CONSULENZA TECNICA E MEDIAZIONE - APPALTO

L'esperienza abbastanza lunga come mediatore mi ha dato modo di verificare come la consulenza tecnica in mediazione sia molto utile, se non indispensabile, in diverse controversie (penso alle divisioni, alle cause ereditarie, alle controversie in caso di responsabilità sanitaria, di diritti reali, di contratti bancari ecc.).

Fra di esse ritengo non possano nutrirsi dubbi in merito al fatto che vi rientrino pure quelle in materia di appalto, poiché attraverso di essa sarà possibile accertare, con tempi e costi sicuramente inferiori a quelli di un giudizio, ad esempio la corretta o meno esecuzione di un'opera, la correttezza o meno del corrispettivo per essa richiesto, la necessità o meno di lavori in variante ecc..

Tuttavia, ante riforma, pur non essendosi mai dubitato che la c.t.m. potesse essere espletata nella procedura di mediazione (lo si desumeva dalla parte finale del comma 1° dell'art.8 e dal comma 4° del medesimo articolo, oggi sostanzialmente riprodotti rispettivamente negli attuali commi 1° e 7° del medesimo art. 8), purché da parte di un consulente iscritto negli appositi albi presso il tribunale, si erano sollevati dubbi sulla sua producibilità in giudizio e, comunque, su quale valore potesse esserle in esso riconosciuto.

I dubbi erano dettati dagli obblighi di riservatezza ed inutilizzabilità circa le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel procedimento, rispettivamente imposti dagli artt. 9 e 10.

Essi erano, però, stati positivamente risolti dalla prevalente giurisprudenza di merito laddove le parti avessero espressamente manifestato l'assenso alla sua producibilità in giudizio (Trib. RM Sez. XIII 17.03.2014, stessi Tribunale e Sezione del 16.07.2015, 09.11.2017, del 03.04.2018, del 22.10.2020, del 25.01.2022, Trib. RA 14.03.2022 Trib. AP 18.10.2018 e del 20.10.2020) in considerazione dei seguenti argomenti: a) non esiste un espresso divieto ed anzi l'art.10, comma 1° consente l'utilizzo nel giudizio delle dichiarazioni e/o delle informazioni con il consenso della parte che le ha rese; b) la riservatezza non deve essere portata all'estremo, perché potrebbe ostacolare, anziché favorire, l'accordo; c) principio di economicità del giudizio di cui all'art.111 cost..

Tale orientamento della giurisprudenza appena citato è stato recepito dal Legislatore nel 7° comma del nuovo art. 8, secondo cui "le parti possono convenire la producibilità in giudizio della relazione, anche in deroga all'art. 9".

Segnalo, peraltro, che il Trib. RM 04.04.2016 era stato ancora più radicale affermando che la c.t.m. può essere validamente prodotta in giudizio pur in assenza del relativo previo assenso delle parti, poiché "il consenso per l'utilizzazione in ambito diverso dal procedimento di mediazione all'interno del quale (le dichiarazioni) sono emerse è necessario solo per le dichiarazioni delle parti", dato che "l'art.9 immancabilmente riferisce e limita testualmente l'obbligo di riservatezza alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. Può pertanto stabilirsi un primo punto fermo: quello della selettività del divieto, che riguarda esclusivamente le dichiarazioni e le informazioni che una parte abbia fornito (a chicchessia dei soggetti presenti nel procedimento di mediazione e quindi, per ipotesi, anche al consulente). E non gli accertamenti del consulente".

Segnalo pure la decisione del COA di Bologna adottata nell'adunanza del 13.06.2018, che, a seguito di un quesito postogli da un iscritto, ha escluso che la produzione in giudizio effettuata dal difensore di una parte della c.t.m. configuri violazione del dovere di comportarsi con lealtà e correttezza di cui all'art. 19 CDF, pur in difetto di una espressa autorizzazione in merito.

Ultima problematica atteneva al valore da riconoscersi alla c.t.m. nel successivo giudizio di merito.

Sul punto la giurisprudenza ante riforma era discordante:

da un lato si era ritenuto che su di essa ben potesse il giudice fondare la sua decisione, stante la terzietà del soggetto che ha incaricato il consulente (Trib. PR 13.03.2015 e la citata pronuncia del Trib. di AP del 18.10.2018), oppure la proposta ex art.185 c.p.c. (Trib. RM Sez. XIII 12.07.2018), dall'altro, era considerata alla stregua di una prova atipica, in quanto non formata sotto il controllo e la direzione del giudice, da cui egli più che fondare la propria decisione, avrebbe potuto trarre utili argomenti alla formazione del suo giudizio (così le pronunce del Trib. RM citate poc'anzi).

Il Legislatore con la riforma ha seguito il primo orientamento affermando che la relazione peritale è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 comma 1 c.p.c..

Del resto, a fronte di una consulenza redatta da un professionista competente e di un quesito ben fatto, è alquanto probabile che il giudice non di discosterà delle conclusioni del C.T.M., così come avviene in un giudizio ordinario.

Piuttosto, per l'importanza che esso riveste, suggerisco a tutti i mediatori che il quesito sia formulato a seguito di un accurato confronto con gli avvocati e con il c.t.m..

Per concludere, senza alcuna pretesa di esaustività, propongo un modello standard di quesito per il c.t.m in una controversia in materia di appalto: "il C.T.M., esaminati gli atti ed i documenti presenti in mediazione e quelli che le parti, nel rispetto del contraddittorio, gli metteranno a disposizione scambiandosene copia, esperita ogni necessaria indagine anche presso le competenti P.A., sentite le parti ed i loro eventuali consulenti: descriva l'opera oggetto del contratto di appalto; ne quantifichi l'ammontare tenuto conto dei prezzi concordati per le opere da contratto e di quelli stabiliti dal prezziario delle opere edili della CCIAA per le opere extracontratto; descriva gli eventuali vizi e/o difetti dell'opera, indicandone le cause; dica se essi siano eliminabili, indicando le relative opere necessarie ed i costi, nonché la tempistica e gli eventuali disagi per il committente; laddove gli eventuali vizi e/o difetti non fossero eliminabili, determini il minor valore dell'opera"

Vi ringrazio per la cortese attenzione.