

REPORT DEL GRUPPO DI LAVORO SULLA MEDIAZIONE

Avv. Paola Moreschini

Il lavoro del gruppo è stato molto ricco, grazie ai numerosi interventi dei partecipanti ed alla preparazione delle schede da parte dei quattro coordinatori: l'avv. Eugenio Festa di Rimini, l'Avv. Carlo Bruccoli di Firenze, l'Avv. Cinzia Pandiani di Milano ed il Notaio Cinzia Brunelli di Forlì.

INTRODUZIONE

Il tema della conciliazione/mediazione è da molto tempo presente nelle riflessioni degli Osservatori sulla giustizia civile. Molto prima del decreto legislativo 28/2010 e, praticamente, fin da quando un gruppo di magistrati e avvocati hanno iniziato a collaborare con l'obiettivo di condividere e sperimentare buone prassi per migliorare l'utilizzo della giurisdizione. Si sono trovati d'accordo nel considerare l'attività giurisdizionale in stretto rapporto con il territorio, con le sue caratteristiche e con i suoi conflitti, e nel pensare a forme di giustizia di prossimità. E nella relazione introduttiva Luciana Breggia ha confermato quanto quello della prossimità sia un tema attualissimo, in un momento in cui la giurisdizione si concentra e si ritira dai territori. Gli Osservatori hanno sempre avvertito la necessità di rendere appropriata, ma anche articolata, la risposta alle tante domande di giustizia, che non sempre è preferibile che venga data dall'autorità giudiziaria. Ed in caso di ricorso ai rimedi alternativi rispetto al ricorso alla giurisdizione si rende necessaria l'individuazione dello strumento più adatto per le varie tipologie di controversie. A ogni conflitto il suo rimedio. Perché una controversia per la responsabilità civile, specie quella automobilistica, non può essere trattata come una controversia in materia di famiglia o di divisione ereditaria, oppure una controversia commerciale o societaria, o anche un contenzioso tra un utente ed un gestore di un servizio pubblico.

Il mettere al centro le persone, i cittadini, con la preoccupazione di far crescere la cultura della conciliazione e della pacificazione dei rapporti sociali (in quella prospettiva "alta" ribadita nella sua introduzione dal Presidente Gianfranco Gilardi) ha differenziato l'approccio al tema della conciliazione/mediazione da parte degli Osservatori rispetto all'approccio di chi pensava alla mediazione principalmente come la soluzione per decongestionare la giustizia civile oppure come un nuovo settore nel mercato dei servizi.

Per questo gli Osservatori parlavano di conciliazione giudiziale molto prima che il "Decreto del fare" riscrivesse il decreto legislativo 28/2010, valorizzando il ruolo del giudice. Ed hanno sempre pensato ad un giudice che dialoga con le parti e con gli avvocati, così come avviene in forza di norme dei codici di rito in vari paesi europei, quali la Germania, attraverso una prima udienza in cui c'è la comparizione personale delle parti ed il giudice tenta la conciliazione. E la giurisdizione è stata definita come una risorsa limitata, per valorizzare altre possibili forme di risoluzione dei conflitti e non in ottica deflattiva.

Già dopo la Direttiva 52/2008, che poneva la questione dell'esigenza di trovare un equilibrato rapporto tra procedimento di mediazione e procedimento giudiziale, e ancora più dopo che il decreto 28/2010 che ha introdotto la mediazione delegata, gli Osservatori hanno tralasciato di partecipare alle contese sulla mediazione obbligatoria ed hanno privilegiato la riflessione sulla mediazione delegata, promuovendo e valorizzando i progetti che prevedevano sperimentazioni in questo campo (in particolare a Firenze ed a Milano).

Nell'ampio ventaglio delle possibilità di risoluzione dei conflitti, finora portati quasi sempre davanti al giudice, e molto raramente trattati con strumenti diversi dal ricorso all'autorità giudiziaria (nonostante di ADR si parli in Italia da oltre venti anni), uno spazio nuovo hanno di recente assunto gli strumenti che raccordano il procedimento giudiziale ed il procedimento di mediazione.

La domanda che ci siamo posti è come favorire il più possibile soluzioni concordate delle controversie, con soddisfazione di tutte le parti interessate (in termini di tempi, di costi e di risultati). Quale ruolo possono svolgere, per la realizzazione di questo obiettivo, nelle loro specifiche competenze, i giudici, gli avvocati ed i mediatori? La risposta è quella di usare bene tutti gli strumenti in nostro possesso.

Nel gruppo mediazione abbiamo cominciato, perciò, a porre le basi della riflessione sul rapporto tra mediazione demandata dal giudice e conciliazione giudiziale. Inoltre, abbiamo approfondito, con l'aiuto del notaio Cinzia Brunelli, alcune questioni relative alle mediazioni nelle quali l'oggetto della controversia sono diritti reali, ed anche la questione dell'usucapione. Infine, abbiamo ascoltato alcune interessanti esperienze.

Per comprendere bene il rapporto tra mediazione demandata dal giudice e conciliazione giudiziale, dove nel primo caso le parti sono condotte a discutere del loro conflitto con l'aiuto del mediatore e assistite dagli avvocati, mentre nel secondo caso sono sentite dal giudice che tenta la conciliazione, sempre con l'assistenza degli avvocati, vanno sperimentati e valorizzati gli strumenti processuali che abbiamo a disposizione. Questi strumenti sono: l'interrogatorio libero delle parti (art.117 cpc e art.183 comma 9 cpc), il tentativo di conciliazione (art.185 cpc) e la proposta del giudice (art.185 bis cpc). Si tratta di strumenti che possono interagire e combinarsi tra loro. Ciò che resta da stabilire è entro quali limiti e con quali "caveat".

INDIVIDUAZIONE DI "BUONE PRASSI"

La ricerca di buone prassi condivise ha portato il gruppo a far emergere tre linee di indirizzo da proporre e diffondere dal basso secondo lo stile ed il metodo degli Osservatori. In primo luogo, la presenza personale delle parti nella mediazione demandata dal giudice (ordinanza Tribunale di Firenze Dott.ssa Breggia). In secondo luogo, l'utilizzo virtuoso dell'art.185 cpc (esperienza del Tribunale di Bologna). Ed in terzo luogo un utilizzo circoscritto dell'art.185 bis cpc (Tribunale di Roma).

1) MEDIAZIONE DEMANDATA E PRESENZA PERSONALE DELLE PARTI

La mediazione demandata dal giudice, nel nuovo testo dell'art.5 del decreto 28/2010, ha diverse caratteristiche rispetto alla mediazione delegata del testo precedente. Infatti, il giudice può disporre e non solo invitare le parti ad intraprendere il procedimento di mediazione. C'è però il rischio dello svuotamento della mediazione demandata, laddove si verifichi la mancata comparizione della parte chiamata in mediazione.

La mediazione delegata differisce sostanzialmente dalla mediazione obbligatoria per legge. E la differenza riguarda la mediabilità della controversia. La mediabilità di astratto, quella stabilita dalla legge per un gruppo di materie, differisce dalla mediabilità in concreto, che viene stabilita dal giudice, caso per caso, se ne ravvisa i presupposti.

Nella mediazione delegata il giudice fa una valutazione in concreto sulle effettive possibilità di esito positivo della mediazione, e per questo è opportuno che l'ordinanza di invio in mediazione abbia determinati requisiti. Deve essere motivata, cioè contestualizzata con richiamo ad alcuni dati della concreta controversia e non deve contenere i termini dell'accordo, quindi non va formulata la proposta alle parti.

Su questo punto ci sono alcune perplessità rispetto alla possibilità di combinare insieme due istituti diversi quali la mediazione delegata e la proposta del giudice alle parti (come avviene nelle ordinanze nelle quali il giudice fa la proposta invitando nello stesso tempo le parti ad avviare la mediazione oppure dispone l'invio in mediazione con riserva di formulare la proposta se la mediazione fallisce).

Quando il giudice, sulla base della lettura degli atti introduttivi e sentite - eventualmente- le parti con i loro difensori in una udienza dedicata, ordina che le parti vadano in mediazione, la mediazione diventa obbligatoria perchè disposta dal giudice.

E non può essere aggirato l'ordine del giudice con la presenza formale davanti al mediatore del procuratore della parte, il quale si limitati a dichiarare l'indisponibilità del cliente a procedere con la mediazione. È necessario che le parti compaiano personalmente davanti al mediatore, per avviare quel dialogo indispensabile nel procedimento di mediazione. A pena di improcedibilità della domanda.

La presenza personale delle parti non sarà invece altrettanto necessaria quando si tratti di mediazione obbligatoria per legge, dove la mediabilità è solo astratta e potrebbe non sussistere in concreto. E così anche nei casi nei quali sono

parti del procedimento enti pubblici oppure banche e assicurazioni, sempre che giudice non abbia ritenuto di emettere una ordinanza di invio in mediazione. E se dovesse comparire in mediazione il rappresentante di tali enti o società occorrerà che sia informato dei fatti di causa e che sia munito di poteri per evitare che la sua presenza sia puramente formale. Ferma restando, comunque, la diversità di questi tipi di controversie rispetto alle altre, in quanto non si può prevedere un obbligo del prestatore di servizi di sedere al tavolo della mediazione (salvo che non si sia vincolato attraverso una clausola conciliativa inserita nel contratto).

2) TENTATIVO DI CONCILIAZIONE DAVANTI AL GIUDICE (Art 185 cpc)

Il Presidente del Tribunale di Bologna ha rilevato un diverso e più aperto atteggiamento dei giudici sulla mediazione dopo la riforma al decreto 28/2010 recentemente apportata. Ed è stata descritta nel gruppo una "buona pratica" adottata da alcuni giudici di questo Tribunale nell'utilizzo dell'art.185 cpc, che potrebbe essere assunta a modello da altri uffici giudiziari.

La prassi prevede che, al momento dell'esame del fascicolo da parte del giudice dopo il deposito delle memorie ai sensi dell'art.183 cpc, essendo ormai perimetrata la materia del contendere, ed effettuata la verifica della sussistenza di buone possibilità di raggiungimento di un accordo, il giudice, anziché emettere l'ordinanza istruttoria pronunciandosi sulle prove, emetta una ordinanza ex art 185 cpc che fissa una udienza per tentare la conciliazione delle parti. Contestualmente, il giudice concede alle parti un termine per prendere posizione riguardo alla disponibilità a conciliare la controversia, in modo che l'udienza di comparizione delle parti possa essere adeguatamente preparata e che l'eventuale conciliazione possa avvenire nel dialogo del giudice con le parti e con gli avvocati.

3) UTILIZZO DELLA PROPOSTA CONCILIATIVA/TRANSATTIVA DEL GIUDICE (art 185 bis cpc)

È uno strumento del tutto diverso rispetto mediazione delegata, poiché non presuppone la valutazione da parte del giudice della sussistenza di condizioni favorevoli per il raggiungimento dell'accordo.

Si tratta di uno strumento utilizzato da alcuni giudici del Tribunale di Roma, specie delle sezioni XII e XIII, ed anche in altri uffici giudiziari, che può essere utilizzato in una fase processuale avanzata -e fino ad esaurimento dell'istruttoria-, per le controversie che presentano questioni di facile e pronta soluzione oppure per le cause di modesto valore. Può rivelarsi uno strumento particolarmente utile in materia di responsabilità civile, specie automobilistica.

MONITORAGGIO QUALITATIVO

Nel gruppo è stato descritto il Progetto sperimentale dell'Osservatorio di Milano, realizzato con l'Ordine degli avvocati Milano e la Camera arbitrale di Milano (realizzato da gennaio a dicembre 2013) per il monitoraggio sulle mediazioni demandate dal giudice (sulla base del vecchio testo dell'art.5 del d.lgs.28). Sono state selezionate le controversie in cui c'è un rapporto di vicinanza tra le parti e sono state fornite linee guida procedurali. Successivamente è stato effettuato un monitoraggio degli esiti attraverso la compilazione di un modello da inserire in una piattaforma informatica. Sono stati intervistati i magistrati ai quali sono stati forniti modelli di ordinanze di invio in mediazione.

Altro Progetto per il monitoraggio della mediazione delegata è il *Progetto Nausicaa2* di Firenze, avviato sulla base di un accordo tra il Tribunale di Firenze, l'Università di Firenze e l'Osservatorio fiorentino. Grazie all'accordo sono stati adibiti dei borsisti dell'Università alla raccolta dei dati quantitativi sulle mediazioni, a svolgere attività informativa al pubblico in uno spazio messo a disposizione dal Tribunale e ad aiutare il giudice ad effettuare uno screening delle cause mediabili.

OSempre riguardo all'informazione ai magistrati sulla mediazione delegata è stato presentato il Progetto finanziato dalla Commissione europea da titolo "*Mediation meets judges*", iniziato l'1/3/2014 e che terminerà il 28/2/2016, e promosso da Eurochamber, ed ha come partner GEMME (giudici per la mediazione) L'Italia partecipa al progetto con la Camera arbitrale di Milano, i Tribunali di Milano e di Monza.

CASI DI MEDIAZIONE IN MATERIA DI DIRITTI REALI E USUCAPIONE

Il Notaio Cinzia Brunelli di Forlì ha esposto al gruppo alcune delle questioni di maggiore interesse in materia di diritti reali e usucapione, in rapporto con la mediazione, rinviando per eventuali approfondimenti al Manuale della mediazione realizzato dal Consiglio nazionale del notariato sulla base del lavoro della commissione mediazione.

La maggior parte delle mediazioni obbligatorie sono in materia di diritti reali e l'obbligo della trascrizione per gli atti aventi ad oggetto diritti reali implica l'intervento del notaio.

E' evidente quindi che, per tali controversie, la presenza di un mediatore-notaio può essere di particolare ausilio e perfettamente in linea con la volontà del legislatore di privilegiare il criterio della competenza del mediatore e quindi saperi specialistici.

Nell'ipotesi di mediatore-notaio, è comunque importante tenere sempre ben distinti i due ruoli che, cronologicamente, non si sovrappongono mai, a motivo delle diverse competenze previste dalla legge per l'uno e per l'altro, nonché per le diverse responsabilità, incompatibilità e competenza territoriale. In altri termini, deve essere sempre ben chiara quale sia la normativa applicabile, quali i doveri, gli obblighi, le responsabilità, i poteri. E così, per fare un esempio, il mediatore finisce il suo lavoro con la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni del verbale, che conserva la sua natura di autentica minore anche se proveniente da un mediatore-notaio. L'eventuale intervento del notaio pubblico ufficiale, invece, laddove sia richiesto per conferire all'accordo la forma autentica (presupposto per la relativa pubblicità) cronologicamente è successivo e comunque indipendente rispetto alla chiusura della procedura di mediazione.

L'autentica del notaio (ex art.11 comma 3 d.lgs.28) significa conferimento di forma autentica all'accordo concluso all'esito di un procedimento di mediazione ai fini dell'accesso alla pubblicità immobiliare, e non va intesa in senso letterale come autenticazione. L'atto immobiliare avrà la causa propria dello strumento giuridico scelto sulla base della volontà conciliativa espressa dalle parti nell'accordo conciliativo previo l'adeguamento che il notaio deve fare nel rispetto della volontà delle parti. Il notaio deve individuare la tipologia di atto più idonea ed è responsabile dell'atto che redige con tutte le conseguenze di legge, e dovrà predisporre tutta la documentazione ed i controlli necessari per la stipulazione dell'atto notarile.

Il "Decreto del fare" è intervenuto per risolvere la questione della trascrivibilità degli accordi di usucapione, rendendoli trascrivibili. Ma l'usucapione è un effetto legale che non nasce né dalla volontà delle parti né dalla decisione del giudice, ma da alcuni presupposti previsti dalla legge (art.1158 cc). Pertanto, mentre con l'accordo di usucapione si attua un acquisto a titolo derivativo con efficacia solo tra le parti (pubblicità dichiarativa), con la sentenza accertativa di usucapione si ha un acquisto a titolo originario con efficacia *erga omnes* (pubblicità notizia). Non diverso è il regime fiscale.

ESPERIENZE EUROPEE

Due Magistrati ordinari in tirocinio, la dott.ssa Donatella Palumbo presso il Tribunale di Roma e la dott.ssa Viola Nobili presso il Tribunale di Foggia, hanno brevemente illustrato alcuni dei contenuti del saggio pubblicato nell'ambito della competizione THEMIS 2014, organizzata da EJTN, *European Judicial Training Network*, inerente alla cooperazione giudiziaria in materia civile, per il quale hanno ricevuto il premio della giuria.

Il lavoro della dott.ssa Palumbo partiva da una analisi del percorso che ha condotto all'emanazione della Direttiva 2008/52/CE nonché all'implementazione della stessa in Italia con la previsione della mediazione obbligatoria. Si soffermava, poi, sulla sentenza Alassini della Corte di giustizia che ha stabilito la compatibilità della mediazione obbligatoria con il principio di effettività e con il diritto di accesso alla giustizia, indicando alcuni requisiti necessari per tale compatibilità: la condizione che non ci sia ritardo nel poter adire le corti, la condizione che la mediazione non sia eccessivamente costosa e che il mediatore non decida la controversia. Inoltre, uno

studio del Parlamento europeo riguardo alla Direttiva 2008/52 parla di incentivazione della mediazione attraverso la previsione di una obbligatorietà mitigata.

Tema del lavoro della dott.ssa Nobili è quello dell'esecutività transfrontaliera degli accordi di mediazione in Europa. Il problema è quello del riconoscimento delle decisioni extragiudiziali negli stati membri, dal momento che la direttiva sulla mediazione nulla ha prescritto in merito. Perciò si deve ricorrere ad altre normative europee, quale il regolamento 44/2001, che all'art.58 parla della *transactions*, considerando come titoli esecutivi gli accordi conclusi di fronte ad un giudice o almeno omologati da un tribunale (anche se conclusi al di fuori di un giudizio). Dopo il "decreto del fare", per dare esecutività transfrontaliera all'accordo di conciliazione sottoscritto dagli avvocati, è necessario richiedere l'omologa dell'accordo al Tribunale. In caso di obbligazioni pecuniarie, invece, considerando l'accordo di mediazione un credito non più contestato, è possibile ottenere il titolo esecutivo europeo di cui al regolamento 805/2004.