



StudioLegale
Bartolini info@bartolinistudiolegale.com

Avv. Fabrizio Bartolini
LE NOVITA' LEGISLATIVE
IN MATERIA DI
MEDIAZIONE



StudioLegale
Bartolini

INDICE

Introduzione	pag. 3-4
Il D.M. 145/2011	pag 4-5
La Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2011	pag 5 -6
Il D.Lgs 21 giugno 2013 n. 69: c.d. Decreto del Fare	pag 6-8
Decreto del 04 agosto 2014 n. 139	pag 8-9
Conclusioni	pag. 9-10

Introduzione

Con questo scritto si intende affrontare il tema delle novità legislative che sono intervenute recentemente, sia a livello nazionale che Europeo, riguardanti l'istituto della Mediazione.

Il tema della mediazione ha, negli ultimi anni, avuto una notevole rilevanza suscitando interesse anche alla luce della funzione deflattiva del carico processuale che l'istituto si propone.

Ma cosa si intende per mediazione?

La mediazione è l'attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa .

Il Decreto Legislativo 28/10 ed il relativo regolamento attuativo contenuto nel Decreto Ministeriale 180/2010 hanno sostituito le precedenti norme in materia apportando delle novità non di poco conto all'istituto della mediazione.

Lo scopo deflattivo –processuale dell'istituto si rinviene, in particolar modo, negli strumenti incentivanti promossi dal legislatore al fine di scegliere la strada della mediazione invece che quella processuale anche qualora la stessa non venga imposta per legge come obbligatoria.

Ci si riferisce in particolar modo agli incentivi fiscali nei limiti della detrazione pari ad euro 500,00 per chi opta per questo istituto e i costi relativamente ridotti della procedura e i tempi ridotti non potendo gli stessi superare i 4 mesi complessivi.

V'è da dire che l'istituto della mediazione non è stato indenne da critiche soprattutto da parte di alcuni giuristi in quanto ritenuto contrastante



con l'art. 39 terzo comma del codice di procedura civile che identifica il momento dell'inizio della lite con il deposito della istanza presso la cancelleria del giudice adito.

All'inizio della introduzione dell'istituto della mediazione l'idea che ci si poteva fare era quella di una scelta del legislatore di gestione della procedura indipendente dalla fase (eventuale) processuale nel senso che le parti erano libere di scegliere la sede della mediazione senza guardare ai criteri di competenza dettati dal codice di procedura civile.

Con l'introduzione del c.d. Decreto del Fare è stato introdotto il criterio della competenza territoriale sicuramente più equo e giusto rispetto al principio di libertà a cui le parti erano precedentemente abituate e che poteva venir attuata anche allo scopo di ostacolare e mettere in difficoltà l'altra parte qualora la diatriba avesse riguardato parti territorialmente distanti.

I vantaggi della mediazione sono sicuramente evidenti e consistono prima di tutto, nell'andare a risolvere e superare quello "zoccolo duro" che porterebbe al fallimento di una negoziazione dettato spesso da problemi di comunicazione tra le parti sia verbale che paraverbale.

Molti di questi ostacoli possono essere superati grazie all'ausilio di un mediatore che dovrà essere preparato non solo sotto il lato tecnico ma ancor più sul lato psicologico e di trattazione delle parti.

Ma andiamo a vedere, meglio, nello specifico quali sono state le modifiche legislative in tema di mediazione partendo dall'analisi del D.M. 145/2011.

II D.M. 145/2011



Con tale decreto il legislatore ha cercato di risolvere alcune criticità emerse in sede di introduzione della disciplina con D.M. 180/2010 che guardano ad una maggiore competenza da parte di coloro che vengono nominati mediatori, attuato tramite un tirocinio assistito obbligatorio ad almeno 20 casi di mediazione svolti ed una specifica formazione che prevede un aggiornamento almeno biennale (art. 2 D.M. 145/2011)

Inoltre con tale riforma si è guardato alla revisione delle indennità in caso di mediazione obbligatoria e mancata partecipazione.

Altre modifiche riguardano, invece, il regolamento di procedura prevedendosi che la mediazione si debba svolgere anche – nei casi di obbligatorietà della stessa –in mancanza di adesione della parte chiamata in causa in quanto la segreteria dell’organismo può rilasciare l’attestato solo all’esito del verbale di mancata partecipazione della stessa parte chiamata e del mancato accordo. Inoltre si stabiliscono criteri inderogabili per l’assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato anche se, a ben vedere, la mediazione dovrebbe, per propria natura, prescindere dalla ragione o torto (sotto l’aspetto tecnico- giuridico) delle parti ed andare oltre cercando di sposare una formula win-win differente e diametralmente opposta rispetto a quella processuale.

Vengono inoltre, sempre con il decreto ministeriale in esame, fissati i nuovi criteri di determinazione delle indennità spettanti agli organismi aggiornando le tabelle di riferimento degli scaglioni e prevedendo, nelle materie di cui all’art. 5 co.1 del D.Lgs 180/2010 (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 medica e da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti



assicurativi, bancari e finanziari) una riduzione di un terzo per i primi 6 scaglioni e della metà per i restanti: se nessuna delle controparti di quella che ha introdotto una mediazione partecipa al procedimento l'importo dovuto è pari ad 40 euro per il primo scaglione e 50 euro per tutti gli altri scaglioni (il momento del pagamento del dovuto è lasciato, dal legislatore, al regolamento di ogni singolo organismo che può prevedere anche il pagamento anticipato e può derogare anche agli scaglioni minimi delle indennità stabiliti ex art. 5 D.M. 145/2011).

La Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2011

Tra le novità riguardanti la mediazione da tener presente è la Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2011 il quale si ispira al principio secondo il quale bisogna assicurare, ai cittadini, un miglior accesso alla giustizia in considerazione dell'obiettivo della direttiva 2008/52/CE di promuovere la composizione amichevole delle dispute incoraggiando il ricorso alla mediazione. Il Parlamento sottolinea come l'articolo 8 riguardante gli effetti della mediazione sui termini di decadenza e prescrizione, costituisca una disposizione essenziale in quanto assicura che le parti che scelgono la mediazione nel tentativo di comporre una disputa non siano ulteriormente private dal diritto di essere ascoltate in tribunale, a causa del tempo trascorso in mediazione.

La Risoluzione pone l'attenzione poi sugli incentivi finanziari essenziali per indurre le parti a scegliere questa strada nonché sulle sanzioni per coloro che non partecipano nonostante l'obbligatorietà dell'istituto ad alcune materie.

V'è da dire – aprendo una parentesi al riguardo – che in Italia ad oggi non si ha ancora una mentalità e un vero incentivo verso questo istituto in quanto le lungaggini processuali spesso agevolano la parte che ragione non ha.

Se, ad esempio, un soggetto ha torto in una controversia e non ha beni aggredibili oppure nel caso di una società che non navighi in buone acque potendosi prevedere la chiusura della stessa, in questi casi non vi sarà incentivo alcuno a trovare un accordo poiché la lungaggine del processo agevolerà questi soggetti.

Pertanto accanto all'introduzione meritevole di un istituto quale quello della mediazione volto a sgravare il carico processuale sarebbero necessarie anche altre riforme effettive per velocizzare i processi andando di pari passo con la buon riuscita – in alcuni casi -di una mediazione.

Chiudendo questo breve inciso e ritornando alla Risoluzione del Parlamento Europeo v'è da dire che la Risoluzione pone attenzione particolare proprio alle riforme che interessano il sistema giuridico e che sono volte ad un alleggerimento del carico di lavoro a fronte dei vantaggi che una mediazione può dare e, ricollegandosi a quanto appena detto, si fa riferimento, appunto, al fatto che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria.

Il D.Lgs 21 giugno 2013 n. 69: c.d. Decreto del Fare

L'introduzione del c.d. Decreto del Fare è stato dettato dalla dichiarazione di incostituzionalità avvenuta con sentenza Corte Cost. n. 272/2012 per eccesso di delega legislativa del D.Lgs del 04 marzo 2010 n.



28 nella parte in cui aveva previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

A seguito di tale sentenza, non essendo più obbligatoria la mediazione, l'istituto è andato nel "dimenticatoio" essendo stato usato raramente dagli addetti ai lavori per poi essere reintrodotta nella sua obbligatorietà con il D.Lgs 21 giugno 2013.

A parte l'evidenza che ciò che muove e fa restare in vita l'istituto in esame è l'obbligatorietà dello stesso, con il Decreto del Fare si introduce una novità rilevante e cioè il fatto che gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori, circostanza ad onore del vero prima logica che giuridica visto che un avvocato che tale si possa chiamare, cerca sempre di trovare, prima, una risoluzione stragiudiziale della controversia posta alla sua attenzione ben sapendo quali siano i rischi e i tempi che si corrono affrontando una causa: non per nulla si usa dire nei corridoi dei Tribunali che è meglio una cattiva transazione che una causa!

Inoltre con il Decreto del Fare l'obbligatorietà della mediazione civile e commerciale torna ad essere condizione di procedibilità in relazione a numerose controversie confermando le materie già indicate come obbligatorie nel D.lgs 28/2010 ad eccezione del danno da circolazione stradale e dall'aggiunta della cause relative alla responsabilità sanitaria oltre che medica che però, a fronte dell'ultima riforma in tema di sanità, diviene alternativa alla richiesta di ATP (accertamento tecnico preventivo).

Per quanto riguarda i costi anche il Decreto del Fare pone l'attenzione sui costi contenuti nei casi di obbligatorietà della mediazione con possibilità di accedere al gratuito patrocinio per coloro meno abbienti che rientrino nelle condizioni e limiti reddituali di legge.

Si riduce, poi, la durata del procedimento che passa da 4 a 3 mesi e che deve necessariamente essere svolto alla presenza degli avvocati (la parte non può più intervenire, come in precedenza, senza difensore) a tal punto che il verbale di accordo per essere omologato e divenire esecutivo deve essere sottoscritto dagli avvocati stessi.

Ecco nel dettaglio le modifiche apportate al D.lgs 4 marzo 2010 n. 28 contenute nell'art. 84 del Capo VIII rubricato “ Misure in materia di mediazione civile e commerciale” del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69 coordinato con la legge di conversione 9 agosto n. 98 del 2013 recante “ disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia” pubblicato nella G.U. 194 del 20 agosto 2013.

Così come indicato nel Decreto del Fare il procedimento avviene tramite il deposito di una istanza presso un organismo del luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. Nel caso dovessero sorgere più domande in merito alla stessa controversia, il procedimento di mediazione si svolgerà davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda. Al momento del conferimento dell'incarico sarà l'avvocato che dovrà informare il proprio assistito chiaramente e per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle agevolazioni fiscali, oltreché dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è obbligatorio. Qualora ciò non avvenisse il mandato sarà da considerarsi nullo con ripercussioni, ovviamente, anche sul piano dei compensi dovuti al legale.

Chi intende esercitare in giudizio l'azione è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione, come si diceva, con l'assistenza di un avvocato in quanto condizione di procedibilità della domanda.

Il 5 novembre 2013 veniva poi emanata dal Ministero una direttiva con cui esplicitamente si sottolineava come “ la rinnovata rilevanza



attribuita al legislatore al procedimento di mediazione e conciliazione eleva l'istituto a fondamentale strumento di deflazione del contenzioso civile, volto a incrementare l'efficienza del sistema giudiziario che costituisce, come noto, uno degli elementi sui quali si misura la funzionalità del sistema economico nonché l'affidabilità internazionale del nostro Paese”

Pertanto l'istituto della mediazione non deve essere visto come un oneroso adempimento burocratico, una mera condizione di procedibilità prima di potersi rivolgere al giudice, come invece viene spesso percepito dagli operatori del diritto.

Procedibilità – si badi bene – che deve essere eccepita entro e non oltre la prima udienza e/o rilevata dal giudice d'ufficio comportando una sospensione del processo e l'emanazione di una ordinanza in cui si impone alla parte che ha promosso la lite di promuovere la mediazione, depositando l'istanza presso un organismo abilitato entro 15 gg. dalla emissione della predetta ordinanza.

Decreto del 04 agosto 2014 n. 139

La novità principale del Decreto del 4 agosto 2014 n. 139 è quella che riguarda le ipotesi di incompatibilità e conflitto di interessi del mediatore.

Il decreto in esame prevede, infatti, che il mediatore non possa assumere la funzione di mediatore se ha in corso ovvero ha avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti o quando una delle parti è assistita o è stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che ha esercitato la professione negli stessi locali; in ogni caso costituisce condizione ostativa



all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di cui all'art. 815 comma 1 numeri da 2 a 6 del codice di procedura civile.

Inoltre chi ha svolto l'incarico di mediatore non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti se non sono decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento. Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitano negli stessi locali. Come si può dedurre l'incompatibilità che coinvolge il mediatore e che questi deve dichiarare sotto sua responsabilità è un punto cruciale della normativa.

Oltre alla incompatibilità la norma parla anche di conflitto di interessi e vieta, pertanto, che un soggetto possa presentare personalmente una istanza presso un Organismo ove esercita l'opera di mediatore ponendo ciò diversi problemi pratici. Infatti nel caso di un mediatore che eserciti la propria attività in tutti gli organismi del circondario dove dovrà presentare l'istanza qualora si trovi a patrocinare una causa di un proprio assistito?

Altre novità riguardano l'organismo di mediazione il quale, ogni tre mesi, pena la sospensione per un periodo di 12 mesi, deve inviare al Ministero i dati statistici relativi all'attività di mediazione svolta e ciò al fine di garantire la possibilità che il Ministero ottemperi al monitoraggio delle mediazioni come prescritto dall'art. 11 D.M. n. 180/2010 che con l'art. 5 del D.M. 139/2014 è divenuto semestrale e non più annuale.

Conclusioni

Certamente la mediazione è un istituto che avrà ancora bisogno di interventi legislativi al fine di affinare l'istituto alla realtà pratica e divenire davvero uno strumento deflattivo del contenzioso giudiziario.

Ciò però non potrà essere fatto solo riformando la normativa della mediazione ma dovrà essere fatto in un'ottica più grande e cioè riformando



anche il sistema giudiziario rendendolo più celere ed in alcuni casi più incisivo: ad esempio poche sono le condanne da parte dei giudici alle sanzioni in caso di non partecipazione alla mediazione obbligatoria.

Quello che dovrà essere dato è un segnale chiaro e forte volto a cambiare una mentalità che nel nostro Paese non è dedita , come lo è invece in altri, a risolvere le controversie ma molte volte a giocare sulle lungaggini processuali e su un sistema giudiziario che non si può dire certamente funzionante.

Viareggio 17 maggio 2018

Avv. Fabrizio Bartolini



StudioLegale
Bartolini info@bartolinistudiolegale.com