



il Mensile

Diario Giuridico



SUPPLEMENTO

Direzione e redazione: via Giovanni Gentile, 22 - 00136 Roma - tel. 06 39735052 - fax 06 39735101 - e-mail: info@ilmensile.it - internet: www.ilmensile.it

Copia Omaggio

ANNO 2, N. 2, FEBBRAI 2012

SALUS REI PUBLICAE SUPREMA LEX



Piazza Cavour a Roma. È stata riaperta il 24 gennaio dopo un lungo restauro per la costruzione di alcuni parcheggi sotterranei. Nello sfondo, l'imponente struttura in cui ha sede la cassazione, dove proprio all'inizio della «storica» nevicata del 3 febbraio si è tenuto il convegno sul giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione.

(A PAGINA 2 Laura Ferrari)

NEVE E CONDOMINIO

Terrazzi e cornicioni colpiti dalla gelata non sempre sono beni comuni

Alfonso Visconti

Con la forte caduta della neve su terrazzi, balconi e cornicioni e con la conseguente gelata che per diversi giorni ha provocato la caduta di calcinacci e intonaci dai cornicioni e dai sottobalconi, a causa del ghiaccio che ha provocato lesioni alle parti interessate, polizia comunale e vigili del fuoco, allertati direttamente e anche su chiamata dei cittadini, hanno compiuto le verifiche e successivamente ordinato agli amministratori dei condomini interventi di messa in sicurezza degli edifici. E così, girando per Roma, si può notare la installazione di ponteggi prevalentemente ove vi sono negozi e punti di accesso della clientela; altri posti sono stati solo recintati per interdire il passaggio. Gli amministratori, per parte loro, hanno disposto gli interventi urgenti per mettere in

sicurezza i condomini e successivamente hanno provveduto a convocare assemblee straordinarie per la ratifica della iniziativa presa dall'amministratore e per le decisioni sui lavori da eseguire. E qui sorge per terrazzi e balconi il problema di quali sono le regolari ripartizioni delle spese delle parti comuni o di godimento esclusivo di un proprietario.

Con la sentenza n. 587 del 12 gennaio 2011 la corte di cassazione ha confermato l'orientamento secondo il quale i balconi aggettanti, costituendo solo un prolungamento della corrispondente unità immobiliare e non svolgendo alcuna funzione di sostegno né di necessaria copertura dell'edificio, non possono considerarsi a servizio dei piani sovrapposti e rientrano nella proprietà esclusiva dei titolari degli appartamenti cui accedono.

Diverso discorso deve farsi per i rivestimenti e gli elementi decorativi della parte frontale e di quelle inferiori di tali balconi, che si devono considerare beni comuni a tutti quando sono inseriti nel prospetto dell'edificio e contribuiscono a renderlo esteticamente gradevole. Così eventuali stucchi e decorazioni, come i pilastri, sono accessori dell'appartamento, con funzione ornamentale, perché riflettono anche l'aspetto architettonico della facciata, per cui non possono essere modificati o eliminati senza la volontà della maggioranza.

Lo stesso deve dirsi per i listelli, destinati a ingrossare lo spessore della copertina dei parapetti in modo da renderlo omogeneo al «marcapiano» che corre lungo la

facciata dell'edificio. Essi svolgono, unitamente alla funzione estetica, quella di «gocciolatoio»: sono cioè destinati a regolare lo smaltimento delle acque meteoriche impedendone lo scorrimento lungo la facciata. Trattandosi di elementi con funzione estetica, volti a rendere armoniche le copertine dell'edificio, ma anche al servizio della facciata, non v'è dubbio che si tratti di parti comuni, in ordine alle quali sussiste la legittimazione *ad causam* dell'amministrazione del condominio.

Va considerato bene comune tutto quanto afferisce ad elementi che costituiscono parte integrante della facciata dell'edificio e che si inquadrano nel suo aspetto estetico. In questa categoria vanno compresi i muretti di recinzione delle terrazze e delle balconate che, da una parte, rappresentano la proiezione della proprietà individuale consentendone godimento esclusivo e possibilità di affaccio e, dall'altra, si pongono come elementi esterni avendo un'attitudine funzionale legata al decoro dell'edificio che è bene di godimento collettivo. Pertanto la proprietà esclusiva della terrazza e dei balconi si estende a tutte le opere necessarie al godimento e all'utilizzazione, quali la pavimentazione, la parte interna e i davanzali dei parapetti, mentre sono di proprietà condominiale la parte esterna dei parapetti, la fascia di coronamento e quella dei bordi aggettante. Per i balconi muniti di ringhiera o parapetto in metallo, la verniciatura di dette opere farebbe carico al condomino proprietario del balcone e non al condominio.

CONQUISTE DI LIBERTÀ'

Lillo S. Bruccoleri

L'istituto della mediazione giudiziaria di recente introduzione sconta l'impulso emergenziale che ne condiziona tuttora la definizione. Non è casuale che sia ora esposto al duplice bersaglio della verifica di legittimità alla stregua del diritto interno e di quello europeo. La corte costituzionale e quella di Lussemburgo sono state investite dei relativi giudizi per quanto di rispettiva competenza, ma resta il fatto che una riforma del sistema processuale nel diritto civile avrebbe meritato ben più ampie e meditate prospettazioni innovative. Si controverte sul punto centrale della obbligatorietà ovvero volontarietà del ricorso all'istituto, propendendo in via di principio per la seconda opzione ma attuando in via di fatto la prima perché si ritiene che solo così potrà imprimersi una spinta generalizzata verso la scelta bonaria opposta a quella contenziosa.

Nel convegno a tema di cui si riferisce in altra parte di questo giornale tale posizione è stata espressa da Augusta Iannini, capo dell'ufficio legislativo del ministero della giustizia, che ha ipotizzato una sperimentazione quinquennale al precipuo fine di secondare l'affermazione della nuova cultura della mediazione. Ma su un piano più squisitamente giuridico Cesare Mira-

belli aveva richiamato il dilemma tra giustizia autoritativa e giustizia conciliativa, aprendo larghi spazi di riflessione sul concetto di libertà del quale è permeato l'intero ordinamento democratico. E invero un processo di degiurisdizionalizzazione dei conflitti avanza di pari passo con il progresso culturale della società, dove possa diffondersi e affermarsi la consapevolezza delle individuali capacità di risolvere le controversie attraverso l'approccio diretto interpersonale senza dover demandare le decisioni a un terzo estraneo per quanto altamente qualificato e autorevole.

Si tratta appunto di una riappropriazione degli spazi di libertà da parte dei singoli che tornano così protagonisti

attivi del loro destino. Varcare la soglia di un tribunale è per ciò solo una sconfitta in quanto rinuncia a soluzioni autonome: proprio qui la funzione del mediatore potrà essere quella di sensibilizzare e persino aiutare le parti nella ricerca di un accordo equo senza vincitori né vinti. Nel confronto appaiono prevalenti le ragioni di fatto su quelle di diritto, sulle quali è il giudice a doversi pronunciare quando si determinino situazioni di incertezza.

A questo punto non può ignorarsi la esistenza di un duplice campo giurisdizionale nella sfera pubblica e in quella privata con specifico riferimento alla figura arbitrale. Ma un concetto deve restare ben saldo e chiaro: si tratta di giustizia alternativa e non di alternativa alla giustizia. In ogni caso la garanzia del rispetto dei diritti fondamentali, a cominciare da quello di difesa, viene esaltata nel sicuro ancoraggio all'indelebile principio di legalità. □



Fondata nell'immediato dopoguerra dall'avvocato Giuseppe Stampacchia, l'Editoriale Emmeelle ha iniziato la propria attività con l'edizione del *Momento Legislativo*, una pubblicazione a fascicoli mensili, con raccolta di testi integrali di leggi e decreti pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale*, corredati di schemi illustrativi, note e richiami, nonché indici numerici e cronologici. Da oltre mezzo secolo pubblica agende legali, cui si sono aggiunte altre agende per architetto, commercialista, geometra, ingegnere, ragioniere e magistrato.

Tel. 06 44362737 - Fax 06 44703053 - E-mail: info@momentolegislativo.it
Via di Santa Ciriaca, 10 - 00162 Roma





SUPPLEMENTO

il MensilePeriodico nazionale di informazione, attualità e cultura
Direttore responsabile Eliana Croce
il Mensile
 Diario Giuridico

Diretto da Giovanni Viale

Redazione: Lillo S. Bruccoleri (*diritto pubblico*), Luciana Canonaco (*diritto civile*), Vania Cirese (*diritto sanitario*), Dario Costanzo (*diritto d'autore*), Michela Defflorian (*diritto di famiglia*), Marco Di Benedetto (*diritto amministrativo*), Laura Ferrari (*diritto della mediazione*), Mario Galdi (*giurisprudenza di legittimità*), Carmine Laurenzano (*diritto dei consumatori*), Cristina Mancini (*diritto penale*), Angelo Mandetta (*diritto pretorile*), Antonio Natale (*diritto societario*), Aurelia Panetta (*diritto bancario*), Umberto Perrella (*diritto tributario*), Simone Pili (*diritto umanitario*), Patrizia Profili (*diritto delle assicurazioni*), Rosalba Turco (*diritto ambientale*), Mauro Vanacore (*diritto commerciale*), Alfonso Visconti (*diritto condominiale*)

Segreteria di redazione Annamaria Baffa

Direzione e redazione: Via Giovanni Gentile, 22 - 00136 Roma, Tel. 06 39735052, fax 06 39735101

Amministrazione: Editoriale Roma srl, 00198 Roma Via G.B. Martini, 2 Tel. 06 8412698, fax 06 84242662

Gestione periodici: Via Giovanni Gentile 22, 00136 Roma Tel. 06 98874019 - 338 4733564

Internet:: www.ilmensile.it

E-mail: info@ilmensile.it - marketing@ilmensile.it

Stampa: Tipolitografia San Paolo srl, viale Enrico Ortolani, 154 - 00125 Roma Tel. 06 52169469, fax 06 52169462

Pubblicità: Editoriale Roma Srl, 00198 Roma, Via G.B. Martini, 2. Tel. 06 8412698, fax 06 84242662

La collaborazione, di norma, non è retribuita. Il materiale inviato, a prescindere dalla pubblicazione, non si restituisce.

Spedizione in abbonamento postale 45 per cento - Articolo 2, comma 20/b, legge n. 662 del 1996

Registrazione al tribunale di Roma n. 473 dell'11 novembre 2003

Registrazione al R.O.C. n. 16863


A.D.R. PROGEST ITALIA S.r.l.
 Sede di Roma
Indirizzo: Piazza Lorenzo Lotto, 11**Città:** Roma**Provincia:** Roma**C.A.P.:** 00147Responsabile Sede: **Avv. Giovanni Viale**

Tel. +39 06 51884269

fax +39 06 5133271

e-mail: roma@adrprogestitalia.com

Risoluzione alternativa delle controversie in tutti i settori previsti. Giustizia rapida ed economica ad opera di professionisti della mediazione
Appunti sulla conferenza internazionale nell'ambito del progetto «Judges in ADR»

GIURISDIZIONE E MEDIAZIONE PRIMA E DOPO LA DIRETTIVA EUROPEA

Laura Ferrari


Ernesto Lupo, primo presidente della suprema corte di cassazione italiana

Si è svolta venerdì 3 febbraio, nell'aula magna del palazzo di giustizia, la conferenza internazionale sul giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione, primo appuntamento nell'ambito del progetto biennale denominato «Judges in ADR»; progetto assegnato all'organismo ADR Center e finanziato dalla commissione europea per promuovere, tra i giudici dell'Unione, la conoscenza e l'attuazione della direttiva 2008/52/CE del parlamento europeo e del consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. In particolare il progetto punta: a incentivare l'utilizzo della mediazione rimuovendo gli ostacoli che ne impediscono la diffusione; a contribuire alla creazione di una cultura comune europea in materia di «con-

mediazione delegata». Sono state messe a confronto esperienze significative sul comune tavolo della mediazione vista come un'opportunità per il cittadino fruitore e uno strumento insostituibile di deflazione del carico giudiziario pendente, che ammonta, come è noto, a oltre cinque milioni di cause pendenti in Italia. Lo ha ribadito Ernesto Lupo, primo presidente della corte suprema di cassazione italiana, introducendo le relazioni dei suoi omologhi di Polonia e Bulgaria: Tadeusz Erecinski e Lazar Gruev. Si è parlato di competenza del mediatore, frutto di un sano equilibrio tra preparazione giuridica e preparazione umanistica, ed è emersa la comune esigenza di inquadrare la professione del mediatore in un modello a sé stante che non può essere fatto rientrare nel binomio avvocato-giudice. Si è parlato di mediazione obbligatoria e si è concordato sulla necessità di considerarla come una fase transitoria che duri il tempo ragionevolmente necessario per indurre un cambiamento nella direzione della diffusione di una cultura della mediazione. Ma soprattutto si è parlato del ruolo del magistrato che in questo cambiamento deve preservare il giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione.

durata non superiore a tre mesi. La soluzione adottata è stata quella di non contemplare la nascita di centri di mediazione privati: al contrario, il tribunale seleziona e forma propri mediatori che operano poi al suo interno. Dopo l'inizio della causa viene mandata alle parti una lettera di invito alla mediazione che le stesse sono libere di accettare o meno; se accettano sono obbligate a comparire, altrimenti è prevista la sanzione del rimborso dei costi giudiziari all'altra parte. Nel caso in cui le parti non accettino la mediazione o se questa ha un esito negativo la causa segue il suo canonico iter giudiziario. Stando ai dati aggiornati ad oggi, in un terzo dei casi demandati dal giudice entrambe le parti accettano di sedersi al tavolo di mediazione, con un tasso di successo che supera il cinquanta per cento.

PIERO LUIGI VIGNA

procuratore generale onorario della suprema corte di cassazione

L'uomo è un animale normativo e cooperativo, per cui bisogna insistere nel recuperare i valori a fondamento della mediazione, quali il ripristino della comunicazione e il mantenimento dei rapporti di convivenza. La deflazione del carico giudiziario sarà il naturale effetto di una pluralità di azioni che si muovano in questa direzione.

TADEUSZ ERECIŃSKI

presidente della suprema corte di cassazione polacca

Di una politica più incenti-
vante ma soprattutto di un maggiore favore tra i giudici ha bisogno l'istituto della mediazione in Polonia, dove si avverte oggi la necessità di un vero e proprio cambiamento culturale che porti magistrati e avvocati a prendere coscienza del proprio ruolo di centralità nella diffusione della mediazione. Il numero dei casi risolti non raggiunge nemmeno l'uno per cento in tribunale: nel 2010, su 2.196 casi di rinvio in mediazione, 148 si sono conclusi con un accordo. La mediazione è volontaria, la sua durata è di un mese, ma le parti possono chiedere che duri di più. I costi vengono divisi a metà e questo si rivela svantaggioso per la parte economicamente più debole. Il vero ostacolo da rimuovere è tuttavia il fatto che la mediazione non gode del favore degli avvocati, che preferiscono gestire le cause all'interno delle aule dei tribunali e attendere la soluzione dei giudici, i quali dal canto loro sono ancora riluttanti ad applicarla anche perché la vedono come un inutile allungamento dei tempi del processo. Per ovviare a tutto ciò sono al vaglio ipotesi modificative, tra cui quella di individuare materie nelle quali prevedere l'obbligatorietà della mediazione e quella di incentivare i mediatori aumentando salari e professionalità.



NINA BETETTO

vice presidente della suprema corte di cassazione slovena

Nina Betetto, vice presidente della cassazione slovena, ha riferito della esperienza della mediazione nel suo paese. Nel 2001 è stato introdotto nel distretto di Lubiana il primo programma pilota di *court annexed*, la mediazione demandata dal giudice, che è in costante aumento essendo passati dai 420 casi dei primi anni agli oltre quattromila del 2009, di cui 1.329 conclusi con l'accordo; nel 2010 si sono registrati 2.600 casi di successo in tutto il paese. L'obiettivo che ha ispirato sin da principio e poi guidato il progetto in Slovenia è stato duplice: incrementare il grado di soddisfazione delle parti e ridurre i costi. La mediazione aveva inizialmente carattere gratuito (gratuità rimasta ora solo in ambito familiare e lavoristico) e volontario e una



LAZAR GRUEV

presidente della suprema corte di cassazione bulgara

Grazie a politiche incentivanti si è registrato negli anni un costante aumento del numero di casi rinviati dal giudice, mediati e poi risolti in Bulgaria, paese in cui, in caso di successo della mediazione, l'istante riceve un rimborso del 50 per cento delle spese giudiziali. Il tasso di successo è del 40 per cento e tra il 2010 e il 2011 i rinvii da parte del giudice sono cresciuti di ben il 90 per cento. Il primo approccio in Bulgaria è stato teorico-scientifico negli anni novanta, quando i professori che lavoravano in campo giudiziario hanno cominciato a scrivere e a formare i primi mediatori; è nata in quell'epoca l'associazione professionale dei mediatori. Bisogna attendere però fino al 2004 per rintracciare la prima legge approvata dallo stato e nella quale viene stabilito il carattere volontario della mediazione. Nel 2008 le prime modifiche al codice di procedura civile: i giudici potevano rinviare le parti in mediazione essendovi addirittura obbligati in ambito familiare. Sono da far risalire a quegli anni le prime iniziative volte alla formazione dei giudici (che non possono essere mediatori) e alla diffusione in ambiente togato di una cultura della mediazione. Nel centro di mediazione di Sofia (esistente dal 2010) attualmente un quarto dei giudici ha ottenuto adeguata formazione. Dopo tanti anni, molto lavoro alle spalle e altrettanto in programma si può oggi affermare che la formula del successo della mediazione in Bulgaria è proprio nella collaborazione fattiva tra giudici, avvocati, amministrazione giudiziaria e mediatori.



Centro Servizi
Ius et Domus
 Servizi Legali e Professionali

Via Pietro Borsieri, 39 - 00195 Roma
 Tel. 06 96521434 - Fax 06 99701583
 www.iusetdomus.it
 e-mail: iusetdomus@hotmail.it



GIORGIO SANTACROCE

presidente della corte di appello di Roma

La previsione di un sistema generale di composizione delle liti rappresenta per l'Italia una novità di portata rivoluzionaria nell'amministrazione della giustizia civile, avendo il decreto legislativo n. 28 del 2010 esteso a una vasta gamma di controversie l'ambito di operatività della giustizia alternativa che era oggetto in precedenza di discipline settoriali e lacunose, anche se per due materie (che sono poi quelle

connotate da maggiore conflittualità: il condominio e il risarcimento dei danni da incidenti stradali) l'entrata in vigore, fissata in origine al 21 marzo 2011, è stata fatta slittare di un anno. Ad onta dei dubbi e delle incertezze sollevate dalla rimessione al giudizio della corte costituzionale dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità per la presentazione della domanda giudiziale e

Il ruolo del magistrato nella mediazione in Italia

dell'affidamento ad enti pubblici e privati della costituzione di organismi di conciliazione, le nuove norme che costituiscono il «cuore» del decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 e del decreto ministeriale n. 180 del 18 ottobre 2010 che ne detta la disciplina di dettaglio hanno il sapore di una rivoluzione di autentica qualità etica.

SEGUE A PAGINA 4

IVAN VEROUGSTRAETE

primo presidente emerito della suprema corte di cassazione belga

Parecchio c'è da fare in Belgio, dove i giudici sono riluttanti a invitare alla mediazione perché non si sentono abbastanza coinvolti, ma anzi indeboliti nel loro ruolo. Questo anche se la direttiva del 2008 ha segnato per questo paese un punto di svolta, perché ha fatto sì che si cominciasse a parlare di mediazione. Il risultato è che si tenta di trovare un accordo prima di andare in tribunale soprattutto nelle cause di lavoro. Il Belgio ha bisogno di iniziative volte a promuovere la diffusione di una cultura della mediazione sia a livello legislativo con misure incentivanti, sia a livello d'informazione dei cittadini e formazione dei giudici affinché diventino consapevoli del loro ruolo di assoluta centralità.



FRANCESCO SCUTELLARI

presidente del tribunale di Bologna



Il tribunale di Bologna, prima ancora del decreto legislativo sulla mediazione, si era attivato per coinvolgere le camere di commercio e gli ordini professionali nella elaborazione di un protocollo che permettesse di inserire tra le clausole contrattuali l'impegno a ricorrere alla mediazione: sottoscritto l'8 febbraio 2010, tale protocollo è divenuto immediatamente esecutivo. A ciò si sono affiancate iniziative volte a rendere disponibili locali del tribunale per svolgere le mediazioni e informare i cittadini, invitare i giudici a verbalizzare sin dalla prima udienza l'invito alla mediazione e la risposta degli avvocati con l'obbligo di riferire trimestralmente i risultati raggiunti. Sono state centinaia le cause avviate alla mediazione presso le camere di commercio.

I NUMERI DELLA MEDIAZIONE IN ITALIA

AUGUSTA IANNINI

capo ufficio legislativo del ministero della giustizia

Lo scopo ultimo della mediazione non è la obbligatorietà, però è necessario guardare alla realtà nella quale si è calato l'intervento del legislatore. E la realtà italiana è quella ben nota di un paese che boccheggia nella morsa di un sistema giustizia asfittico e che ha bisogno di interventi di carattere coercitivo che durino un tempo ragionevole. Può ipotizzarsi un periodo di cinque anni, trascorsi i quali si potrà passare a un sistema di incentivi e disincentivi di natura meramente processuale. Sotto questo profilo sono stati già anticipati alcuni provvedimenti: tra gli incentivi figura, in caso di accordo, l'agevolazione fiscale di un credito di imposta fino a un massimo di cinquecento euro, coperta dal fondo unico giustizia; tra i disincentivi si segnala, nel caso in cui la sentenza del giudice sia in tutto o in parte di contenuto uguale alla proposta di mediazione, la condanna della parte che non compare in mediazione al pagamento di una somma pari al contributo unificato, il cui obbligo è stato anticipato dal decreto legge n. 297 del 2011 alla prima udienza.

FABIO BARTOLOMEO

direttore generale di statistica del ministero della giustizia

Qual è la situazione della mediazione nel nostro paese? Quale oggi il ruolo dei magistrati in Italia? Dall'ultima rilevazione statistica del ministero della giustizia, aggiornata al 31 dicembre 2011, è emersa una diminuzione del 30 per cento delle iscrizioni delle cause a ruolo nei settori in cui la mediazione è obbligatoria su un campione di 43 tribunali. Il dato, pur prestandosi a diverse interpretazioni, evidenzia per la prima volta una capacità produttiva dei tribunali superiore all'input: risultato eccezionale che incide sul lamentato congestionamento delle cancellerie. Esso è senz'altro frutto anche della serie di interventi adottati: aumento del contributo unificato, semplificazione dei riti dei processi civili, introduzione dell'istituto della mediazione civile come condizione di procedibilità in molte materie. Nei mesi di novembre e dicembre si è registrato un trend crescente che ha portato le mediazioni a quota novemila e che vede la Campania e la Lombardia come le regioni con maggiore flusso di mediazioni. Altro dato di spicco: è cresciuto il tasso di partecipazione alla procedura di mediazione, salito negli ultimi tre mesi al 38 per cento, rispetto a un iniziale 25 per cento. Altrettanto importante è l'attestazione della celerità della procedura di mediazione che dura circa la metà dei quattro mesi massimi previsti dalla legge. I dati confermano una forte assistenza degli avvocati e questo avvalorata l'importanza di una classe forense consapevole e ben preparata. Bene gli organismi privati, mentre la percentuale più bassa, attestata sul due per cento, resta quella della mediazione delegata.

adrUnion unione europea conciliatori e arbitri

Organismo di mediazione accreditato presso il Ministero della giustizia al n. 229 del Registro degli organismi di mediazione ed iscritto al n. 157 del Registro degli enti di formazione per mediatori

Via Paolo Mercuri, 8 (adiacenze Piazza Cavour), 00193 Roma
Tel. 06 97606214 fax 06 97606063 e-mail: info@adrunion.it - adrunion@pec.it

Adr Union srl nasce dalla sinergia di professionisti, quali magistrati in quiescenza, avvocati, commercialisti e professori universitari con lo scopo di promuovere la cultura della risoluzione alternativa delle controversie mediante procedure di conciliazione e di arbitrato.

La società, inoltre, svolge la propria attività nell'ambito della formazione avanzata e dell'aggiornamento professionale in campo giuridico, giovandosi della collaborazione di docenti altamente specializzati provenienti dal mondo accademico, giudiziario, forense e della Pubblica Amministrazione.

Amministratore Unico dell'Adr Union è il Dr. Giovanni Francesco Lo Turco, già Presidente della Corte di Appello di Roma e Presidente Onorario Aggiunto della Corte di Cassazione. Adr Union valorizza le differenti esperienze e competenze professionali dei soci al fine di offrire alla propria utenza un servizio altamente specializzato.

Sede ADR Union





Il ruolo del magistrato nella mediazione in Italia

Giorgio Santacroce

(Segue dalla pagina 3)

La mediazione, come metodo negoziale di composizione delle controversie, non va vista solo e prevalentemente come uno strumento di *commodus discessus* dalla giustizia civile statale, cioè come un innegabile mezzo deflattivo atto a decongestionare il carico di lavoro dei giudici professionali, ma rappresenta anche uno strumento di accesso alla giustizia, in quanto espressione tangibile di «quel movimento mondiale per rendere i diritti effettivi» che è stato alla base del grande progetto di *access to justice* di matrice nordamericana promosso da Mauro Cappelletti alla fine degli anni settanta e ripreso più recentemente dal professor Varano. La flessibilità dello strumento, favorendo la composizione delle controversie in modo semplice, rapido e informale, svolge una funzione di rete di contenimento rispetto all'abuso del processo, ma opera anche di sponda per ampliare l'accesso a soluzioni del conflitto che dispongano di plurime vie d'uscita, non limitate all'arbitrato o all'innesco dei procedimenti giudiziari, consentendo alla mediazione di dimensionarsi rispetto a contrasti che la logica del processo potrebbe non riuscire a mettere completamente a fuoco. La stessa commissione europea non ha mancato di rilevare come i programmi di *alternative dispute resolutions* sono nati «per creare una forma di pacificazione sociale su base più consensuale e appropriata di un ricorso al giudice», spingendo le parti verso una soluzione amichevole e bonaria, per cui sembra estremamente riduttivo confinare le forti potenzialità di sviluppo sociale della mediazione al mero sfoltimento dei processi civili oppure fare i conti sul numero di liti che alleggeriranno i nostri tribunali, senza dare evidenza alla portata avanguardista della novità introdotta. Anche se forse è la meno valorizzata, la pacificazione è sicuramente la più importante funzione che la mediazione è chiamata ad assolvere dal punto di vista antropologico e culturale, perché essa guarda fondamentalmente avanti e agisce sul rapporto complessivo tra le parti, puntando a far riscoprire, attraverso un accordo, le virtù del consenso e della negoziazione paritaria.

Introducendo la mediazione, il legislatore ha istituito una sorta di «doppio binario», distinguendo le controversie civili per le quali il procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale riguardo a un gruppo predeterminato di controversie, e la cui esperibilità è dunque obbligatoria, e quelle per le quali la scelta di ricorrere a questa procedura è rimessa invece alla discrezionalità delle parti. Quanto al tipo di attività che il giudice è chiamato a esercitare sull'iter del procedimento di mediazione, bisogna distinguere la mediazione *ante causam* da quella che può essere svolta nel corso del giudizio. La prima, obbligatoria, è esperibile prima dell'inizio del giudizio di primo grado; la seconda, facoltativa, può avvenire nel corso del giudizio a iniziativa del giudice. In posizione più defilata è prevista una mediazione per così dire concordata, che ricorre quando la clausola di mediazione o di conciliazione sia contenuta in un contratto o nello statuto o nell'atto costitutivo di un ente, dove pure è previsto un intervento del

giudice (articolo 5, comma 5). Nei casi di mediazione *ante causam*, il giudice è tenuto a controllare innanzitutto se sia stato rispettato il dovere di informativa imposto al difensore all'atto del conferimento dell'incarico da parte del suo assistito (articolo 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2010, entrato in vigore per questa parte fin dal 20 marzo 2010). Il controllo consiste nel verificare se «il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito» ed è stato allegato «all'atto introduttivo del giudizio», secondo il modello di informativa proposto in via generale dall'ufficio studi del consiglio nazionale forense il 15 marzo 2010. Si tratta di un modello unico, distinto dall'atto di conferimento della procura alle liti, relativo sia alle controversie per le quali il ricorso alla mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, sia alle controversie in cui l'utilizzo della procedura è meramente facoltativo. In caso di mancata allegazione di questo documento il giudice procede d'ufficio, informando direttamente la parte dell'obbligo o della facoltà di chiedere la mediazione (articolo 4, comma 3, parte finale). L'importanza dell'adempimento dell'informativa – che ha uno scopo essenzialmente promozionale e pubblicitario del «prodotto conciliazione» (sicuramente più capillare e mirato di quello imposto al ministero della giustizia dall'articolo 21) – è tale che, se la parte non è presente, il giudice dovrà invitare il difensore a produrre l'informativa ovvero disporrà la comparizione delle parti davanti a sé ai sensi dell'articolo 117 del codice di procedura civile. È appena il caso di osservare che il controllo va fatto tutte le volte che la vertenza riguarda un contenzioso in cui il procedimento di mediazione può essere concretamente e potenzialmente utilizzato (articolo 5, comma 1) e non quando l'informativa non è necessaria perché si verte in materia di diritti indisponibili (argomento a contrario: ex articolo 2), ovvero quando l'istituto non trova applicazione, come nei casi elencati dall'articolo 5, comma 4 (procedimenti per ingiunzione, procedimenti possessori, procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, procedimenti in camera di consiglio, casi di azione civile esercitata nel processo penale). Il controllo va eseguito, inoltre, dal giudice all'inizio del processo di primo grado e non ogni volta che l'assistito rilasci un'altra procura nel corso del processo, nei vari gradi e fasi del giudizio (per mutamento del difensore, per limitazione della procura a una specifica attività eccetera).

La seconda indagine che il giudice deve svolgere è prevista dall'articolo 5, comma 1, e riguarda la verifica del rispetto dell'obbligatorietà in tutti quei casi in cui l'esperimento della mediazione è previsto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale (controversie in materia di dominio, diritti reali, divisione eccetera). L'improcedibilità, oltre a dover essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza, va rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Nella stessa norma, poi, sono previsti e regolati gli altri interventi che il giudice è tenuto a fare ove accerti che la mediazione non è stata esperita ovvero quando è iniziata ma non è stata conclusa. La mediazione finalizzata alla conciliazione può

svolgersi anche nel corso del giudizio, nelle ipotesi in cui il relativo procedimento debba essere obbligatoriamente espletato in via preliminare (cosiddetta mediazione delegata). Ai sensi dell'articolo 5, comma 2, il giudice, anche in sede di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare queste ultime – prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando questa udienza non è prevista, prima della discussione della causa – a procedere alla mediazione. Se le parti ignorano l'invito il processo prosegue senza che si producano conseguenze ulteriori rispetto a quella sancita dall'articolo 116, comma 2, del codice di procedura civile. Se, invece, l'invito viene accolto, le parti sono libere di individuare la sede e l'organismo presso il quale avviare il procedimento di mediazione, come pure di negoziare autonomamente, al di fuori dei meccanismi regolati dal decreto legislativo del 2010. L'unico aspetto su cui interviene l'organizzazione giudiziaria è quello dei tempi, perché il giudice è tenuto ad assegnare il termine di quindici giorni, entro il quale va instaurato il procedimento di mediazione. Calcolando, inoltre, che l'iter della mediazione non può superare i quattro mesi (articolo 6), il giudice deve fissare anche l'udienza in prosecuzione in una data successiva alla scadenza di tale termine, a conferma che l'arco di tempo che va dalla fissazione del termine iniziale alla scadenza di quello finale deve essere considerato un mero differimento e non un caso di sospensione del processo. Soluzione, questa, certamente da approvare, perché risparmia alle parti gli oneri relativi a un'eventuale riassunzione. Nella mediazione delegata, dunque, la valutazione relativa all'opportunità di seguire (o ripetere) la via conciliativa spetta in prima battuta al giudice, che invita a procedere alla mediazione, e in seconda battuta alle parti, che aderiscono all'invito: l'uno e le altre ritengono, rispettivamente, preferibile e conveniente che sia il mediatore – per le qualità e l'idoneità professionale che si presume e si spera che possiede – ad attivarsi per il raggiungimento di un accordo amichevole. Nella mediazione delegata il giudice si limita a prospettare l'opportunità di una composizione amichevole e negoziata da raggiungersi in via stragiudiziale, senza vincoli sull'*an* e sul *quomodo*. È bene precisare che la mediazione delegata non costituisce una vera e propria novità. Independentemente da quanto previsto dalla direttiva europea 2008/52/CE (articolo 5), già in virtù degli articoli 200 e 696 *bis* del codice di procedura civile il giudice può «delegare» un terzo (il consulente tecnico) a tentare la conciliazione. La funzione propulsiva del giudice di appello in questo tipo di mediazione è stata di recente confermata dallo schema di decreto legge recante «disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile», che, all'articolo 13, attribuisce al presidente della corte di appello il compito di adottare, «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... e ne riferisce, con frequenza annuale, al consiglio superiore della magistratura e al ministero della giustizia».

Accanto alla mediazione finalizzata alla conciliazione prima e durante il processo introdotta dal decreto legislativo n. 28 del 2010 continua ad aver vigore la mediazione cosiddetta endoprocessuale prevista dal codice di rito, che attribuisce al giudice la facoltà, nel giudizio di primo grado (articolo 185), e l'obbligo, nel giudizio di secondo grado (articolo 350), di esperire il tentativo di conciliazione. In questi casi, è evidente, la funzione di mediatore è svolta direttamente dal giudice, sulla base di una valutazione prettamente discrezionale. Finora la mediazione endoprocessuale del giudice non ha mai sortito effetti positivi, anche se è indubbio che nel corso del giudizio, stante il carattere disponibile dei diritti in contesa e lo stadio in cui si trova la causa, l'atteggiamento delle parti può lasciar intuire qualche margine di successo. Il fatto è che un conflitto radicato in sede giudiziaria difficilmente si può risolvere mediante un procedimento di mediazione, perché le parti, a causa del progressivo deterioramento dei loro rapporti, non sono emotivamente disposte ad accettare la mediazione di un terzo estraneo, che non conosce la causa e deve studiarsi gli atti ab initio, fidandosi di più dell'esperienza e della competenza del giudice. La novità della mediazione delegata però sta proprio in questo potere persuasivo del giudice, il quale, senza scoprire troppo le carte e senza quindi anticipare soluzioni, può svolgere, con l'ausilio degli



Una singolare immagine dell'ingresso di palazzo dei Marescialli, sede dell'organo di autogoverno della magistratura, che ha formulato il parere sul disegno di legge delega in tema di giustizia civile.

avvocati, un'efficace opera di valorizzazione del nuovo strumento della mediazione, illustrando i vantaggi che comporta: dalla flessibilità che permette di ricercare una pluralità di soluzioni conciliative, anche discostandosi dall'oggetto della lite, alla riservatezza in ordine alle dichiarazioni e alle informazioni comunque acquisite (articolo 9), ivi compresa la possibilità di sentire le parti separatamente. Esplicita sul punto è la relazione illustrativa secondo cui «il mediatore non è, come il giudice, vincolato strettamente al principio della domanda e può trovare soluzioni della controversia che guardano al complessivo rapporto tra le parti», aggiungendo che «il mediatore non si limita a regolare questioni passate, guardando piuttosto a una ridefinizione della relazione intersoggettiva in prospettiva futura». Per non parlare del risparmio di tempo e di denaro che la mediazione comporta rispetto al giudizio di cognizione ordinario e dei costi e delle agevolazioni fiscali che prevede (articolo 17). Non è un caso, quindi, che l'articolo 7 stabilisca che i periodi di tempo occorrenti per esperire la mediazione non si computano ai fini dell'indennizzo previsto dalla legge Pinto per l'eccessiva durata del processo.

Il ruolo del giudice nella mediazione non si esaurisce nella disciplina fin qui esaminata, perché il legislatore, deciso a incrementare in ogni modo il ricorso alla mediazione, persevera nel sanzionare economicamente la parte che voglia comunque essere tutelata in giudizio, in quanto insoddisfatta delle possibilità di vantaggio conseguibili in sede di mediazione. A parte l'omologazione del verbale da parte del presidente del tribunale del circondario dove ha sede l'organismo di conciliazione, prescritta dal primo comma dell'articolo 12, che si concreta nel mero accertamento della sua regolarità formale, particolare rilievo assume la disciplina dell'incidenza del procedimento di mediazione sulle spese processuali del giudizio intrapreso a seguito del mancato raggiungimento dell'accordo conciliativo: che fa scattare sanzioni pesanti e in automatico quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa. L'articolo 13, infatti, impone al giudice l'obbligo, nella liquidazione delle spese di giustizia, di tener conto dell'esito infausto della mediazione, condannando la parte vittoriosa a pagare le spese processuali sostenute dal soccombente nel periodo successivo alla proposta, oltre ad altre spese specificamente dettagliate. Disposizione che continua a destare non poche perplessità, specie se il procedimento è stato incentrato su questioni più ampie rispetto a quelle oggetto di giudizio, attesa la natura facilitativa della mediazione, tanto più che il giudice potrebbe non avere piena conoscenza degli elementi e delle ragioni che hanno condotto alla proposta di mediazione rifiutata, come maturate nel corso delle sessioni di incontro separate. Non senza ragione, quindi, il consiglio superiore della magistratura, nel parere espresso sul disegno di legge delega, proprio con riferimento alle spese del giudizio, aveva suggerito di consentire «al giudice di valutare, al termine della causa, la ragionevolezza e la giustificabilità del rifiuto da parte del vincitore della causa di procedere a un tentativo di risoluzione alternativa, con le necessarie conseguenze in termini di spese del giudizio», aggiungendo che «non si dovrà trattare di una conseguenza automatica ma di una conseguenza caso per caso, basata sul comportamento delle parti nella causa e sulla obiettiva incertezza del caso».



Roma2

Iscritto al n. 93 del Registro degli organismi di mediazione

Risoluzione alternativa delle controversie in tutti i settori previsti. Mediatori specializzati per una giustizia rapida ed economica

00147 Roma, piazza Lorenzo Lotto, 11 - Tel. 06 51884269, fax 06 5133271
Seconda sede: 00195 Roma, via Pietro Borsieri, 39 - Tel. 06 96521434

e-mail: roma2@adrprogestitalia.com

Orario: 8-18