

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile

È bene premettere che la mediazione civile è disciplinata, in Italia, dal D.lgs. 28/2010, il quale, tuttavia, può applicarsi, in quanto sovraordinate, solo nell'ambito delle direttive 2008/52/CE e 2013/11/UE, che modifica il Regolamento (CE) 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE.

Il D.lgs. 28/2010 dispone che il servizio essenziale dell'amministrazione della giustizia civile, di competenza statale, possa, in casi e con modalità ben definite dalla legge, essere affidato dal competente organo di governo a "enti pubblici o privati" detti "organismi di mediazione" (O.d.M.), i quali devono essere accreditati, sotto il controllo del Responsabile del registro degli organismi di mediazione, dal Ministero della giustizia, che dunque ne rimane titolare.

Applicabilità delle norme sulla trasparenza amministrativa

In ragione delle funzioni pubblicistiche assunte dall'organismo in questione, che, quindi, si caratterizza come incaricato di pubblico servizio, è d'uopo rilevare che esso, oltre agli obblighi specifici del caso, è soggetto anche a quelli previsti dalla Legge 241/90, tra cui i doveri di trasparenza, imparzialità, collaborazione e buon governo, nonché quello di rispondere alle richieste di accesso agli atti.

Tale obbligo, infatti, è confermato dall'art. 7, comma 6, del D.M. 180/2010: "*Fermo quanto previsto dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo, il regolamento garantisce il diritto di accesso delle parti agli atti del procedimento di mediazione, che il responsabile dell'organismo è tenuto a custodire in apposito fascicolo debitamente registrato e numerato nell'ambito del registro degli affari di mediazione.*"

Al momento della ricezione di una istanza di accesso agli atti o di intervento in autotutela, l'organismo è quindi tenuto a inviare, il giorno stesso della ricezione della richiesta, la comunicazione del protocollo di cui agli artt. 8 e 18-bis della L- 241/90, i quali impongono che l'ente fornisca i dati sottoelencati (riparlerò nel seguito dell'assoluta e innegabile importanza di tale comunicazione):

- a) ***l'amministrazione competente;***
- b) ***l'oggetto del procedimento promosso;***
- c) ***l'ufficio, il domicilio digitale dell'amministrazione e la persona responsabile del procedimento;***
- c-bis) ***la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione;***
- c-ter) ***nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza;***
- d) ***le modalità con le quali, attraverso il punto di accesso telematico di cui all'articolo 64-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 o con altre modalità telematiche, è possibile prendere visione degli atti, accedere al fascicolo informatico di cui all'articolo 41 dello stesso decreto legislativo n. 82 del 2005 ed esercitare in via telematica i diritti previsti dalla presente legge;***
- d-bis) ***l'ufficio dove è possibile prendere visione degli atti che non sono disponibili o accessibili con le modalità di cui alla lettera d).***

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

Al lettore attento non sfuggirà come la lettera d) implichi, tra l'altro, l'obbligo di organizzare un punto di accesso telematico o avvalersi di altre modalità che consentano la presa visione degli atti tramite consultazione del fascicolo telematico di cui al suddetto art. 7 del DM 180/2010.

In alcuni casi, se non in tutti, ritengo si applichino anche le disposizioni del D.lgs. 33/2013, tra cui quella prevista dall'art. 9, comma 1, di istituire "un'apposita sezione denominata «Amministrazione trasparente», al cui interno sono contenuti i dati, le informazioni e i documenti pubblicati ai sensi della normativa vigente..."

È evidente, insomma, che, sebbene il procedimento di mediazione (una volta instaurato) e i relativi atti non siano soggetti a formalità, ciò non può assolutamente estendersi all'operato di un ente privato incaricato di pubblico servizio né agli atti da questo emesso.

Accettazione dell'istanza e avvio del procedimento di mediazione

Sembra quasi superfluo rilevare che, ove la legge preveda che l'istanza specifichi l'oggetto della pretesa, deve esservi una pretesa, ovvero la chiara indicazione di quello che gli istanti desiderano o chiedono al convocato.

Ricevere una istanza il cui oggetto è: "Diffamazione aggravata a mezzo stampa art. 595 c. 3 c.p. avvenuta tramite social" fa quasi tenerezza; gli istanti stanno chiedendo di essere diffamati? Sorvolando sulla palese illegittimità di tale ipotesi, risulta assolutamente necessario indicare se quello che si desidera è un risarcimento, una smentita pubblica, un'ammissione di colpevolezza in privato o, magari dei semplici chiarimenti. In assenza di tale specificazione, non è, a rigor di logica, neanche definibile se l'esperimento della mediazione costituisca o meno presupposto per la procedibilità in tribunale!

Trattandosi di dichiarazioni rese a un organismo incaricato di pubblico servizio, credo sia legittimo ritenerla un'accusa formale, di cui l'organismo, con l'emissione dell'atto di convocazione, si fa automaticamente testimone a nome del Ministero della giustizia.

Mentre il verbale redatto dal mediatore è mera documentazione degli incontri e, eventualmente, del patto conciliatorio, l'atto di convocazione in mediazione proveniente da un Organismo accreditato non può che costituire atto pubblico fidefacente (il quale, infatti, può essere utilizzato in tribunale per dimostrare l'avvenuto invito a partecipare alla mediazione quando la parte non si sia presentata al primo incontro).

Ecco allora che la notifica della convocazione da parte di un O.d.M. si pone alla stregua di una citazione in tribunale civile, ben potendo essa, se non adeguatamente contestata, avere effetti sulla sfera giuridica del convocato.

È evidente, quindi, che l'Organismo, per il solo fatto di aver accettato l'istanza e attivato la procedura di mediazione per un fatto costituente reato, è tenuto a garantire la legittimità dei propri atti, giacché essi fanno prova in legge fino a querela di falso.

Istanza, protocollo e responsabilità dell'incaricato di pubblico servizio

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

D'altro canto, la delega di funzioni pubbliche operata dal D.lgs 28/2010 prevede ben precisi requisiti affinché l'Organismo accetti l'istanza e affinché la convocazione abbia luogo, tanto più che essa può avere rilievo in tribunale e che la mancata partecipazione in mediazione può determinare non solo l'irrogazione di una sanzione da versare allo Stato ma persino, eventualmente, la condanna alle spese di tribunale anche senza soccombenza!

Si colloca in tale ottica la previsione che l'invito a partecipare al procedimento di mediazione debba essere dettagliato e non generico, la domanda di mediazione rispettare i requisiti indicati all'art. 4, c. 2 del d.lgs. 28/2010, il cui contenuto è praticamente equivalente a quello dell'art. 125 c.p.c., circa il contenuto degli atti processuali, ovvero, in sostanza, deve contenere le informazioni di cui all'art. 163 c.p.c. con la sola esclusione degli "elementi di diritto" (vedi sentenza depositata il 28.09.2016, n. 5820/2016 del GdP di Torre Annunziata, Dott. Raffaele Ranieri).

La responsabilità di verificare che l'istanza presenti tutti i contenuti necessari attiene all'organismo, il quale avrebbe il preciso obbligo di rifiutarla qualora carente degli elementi essenziali, ovvero di non darle alcun seguito. Una lettera di convocazione mancante, ad esempio, della descrizione dei fatti posti alla base della pretesa o dell'indicazione della pretesa stessa, deve quindi considerarsi semplicemente inefficace o, persino, sopruso da parte della pubblica amministrazione?

Il dovere dell'Organismo di verificare la legittimazione di ogni istante prima di avviare atti con potenziali conseguenze sulla sfera giuridica della persona convocata, peraltro, è documentato in giurisprudenza (vedi Sentenza 6172/2016 del Tribunale di Palermo, che accerta inadempimento da parte del mediatore e anche dell'Organismo di mediazione legato alla inclusione nel procedimento di un istante non legittimato a parteciparvi).

Ciò vale a maggior ragione nei casi attinenti a questioni di rilevanza penale: una lettera di convocazione, con conseguente verbale del primo incontro, basata su generica accusa formulata dagli istanti senza descrizione o documentazione dei fatti, non rischia di rivelarsi gravemente illegittima e pregiudizievole per il convocato, se non reato essa stessa?

È, quindi, importantissimo che l'istanza sia dettagliata e che l'organismo collabori con il convocato in caso di dubbi, inviando al più presto gli atti richiesti o revocando l'invito non legittimo. Perché come potrebbe mai, un cittadino, avventurarsi a depositare querela di falso contro un atto la cui responsabilità ricade sostanzialmente sul Ministero della giustizia, senza avere la certezza che quel falso esista?

Anche quando la lettera di convocazione si rivelasse nulla, la sua stessa emissione non estinguerebbe né le obbligazioni dell'incaricato di pubblico servizio, né le eventuali violazioni da questi commesse. Da profana del diritto, arrivo a chiedermi se non possa addirittura essere considerata tentativo di estorsione o truffa aggravata, giacché il pagamento delle cd. "spese di avvio" viene preteso anticipatamente.

L'Organismo di mediazione ha diversi obblighi, tra cui imparzialità, trasparenza, collaborazione, riservatezza, onorabilità e buon governo, tuttavia, quando il mediatore o il responsabile sia avvocato, egli ha anche specificamente l'obbligo deontologico di "svolgere la propria attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa" anche "al di fuori dell'attività professionale".

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

Tuttavia, alcuni O.d.M. inviano lettere di convocazione carenti dei requisiti di legge o, addirittura, con indicazioni (volutamente?) non corrette, consistenti ad esempio in affermazioni quali "Per avere una copia integrale dell'istanza di mediazione può contattarci ai nostri recapiti" (ma la legge impone l'invio della domanda, senza possibilità che questa sia parziale!) oppure "La invitiamo a partecipare personalmente insieme al Suo avvocato. La presenza di entrambi è obbligatoria", o anche contenenti la richiesta di compilazione e sottoscrizione di moduli prestampati senza tuttavia indicare che il loro utilizzo non è obbligatorio e che si ha facoltà di rispondere anche su carta libera. A volte tali moduli contengono clausole come la seguente: "in caso di impossibilità a partecipare all'incontro per giustificato motivo, **dovrò darne tempestiva comunicazione all'organismo (7 gg prima) allegando obbligatoriamente copia del documento giustificativo. Sarà, comunque, presente il mio avvocato o, in caso di suo impedimento, il suo sostituto avv. ____**"...

Analizziamo dunque, uno per uno, gli argomenti utilizzati nella lettera e la relativa legittimità.

Onere di comunicazione dell'istanza e validità della notifica

Premesso che il Regolamento unitario per gli organismi di mediazione forense all'art. 3, comma 4, precisa che "La Segreteria comunica nel più breve tempo possibile e in una forma comprovante l'avvenuta ricezione...", mentre le disposizioni di cui al D.lgs. 28/2010 sono decisamente più stringenti, esplicitandosi nella locuzione "...con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione" e che, per consolidata giurisprudenza ma anche semplice logica, tale mezzo può consistere unicamente in una notifica vera e propria o nell'invio di raccomandata in plico aperto (non essendo, in effetti, la raccomandata in plico chiuso atta a dimostrare il reale contenuto della busta), la giurisprudenza ha più volte chiarito che la prova (non solo dell'idoneità del mezzo ma anche dell'avvenuta ricezione) di tale notifica spetta al mittente.

L'art. 8, c. 1 del D.lgs. 28/2010, prevedeva, prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 149/2022, di cui parlerò in seguito, che ... *La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.*", senza specificare condizioni o eccezioni: la norma non prevedeva, ad esempio, che qualora l'avesse già fatto l'Organismo, gli istanti fossero sollevati da tale onere. Non era previsto, insomma, che avessero mera facoltà di farlo, ma che lo facessero. Sebbene la giurisprudenza sia discordante, il nostro ordinamento è di diritto positivo e, quindi (come peraltro confermato dall'articolo 12 delle Preleggi), non può prescindere dalla legge scritta.

Risulta peraltro intuitiva la differenza fra la comunicazione della domanda, atto di parte, e la convocazione al primo incontro, atto pubblico formato da un incaricato di pubblico servizio. L'obbligo di comunicare il deposito dell'istanza, dunque, atteneva anche alle parti istanti (ognuno per la propria istanza), mentre la facoltà e responsabilità della convocazione, la quale può determinare conseguenze sulla sfera giuridica ed economica del convocato, è giustamente demandata all'ente, che agisce su delega dell'organo di governo a cui la legge attribuisce il servizio essenziale di amministrare la giustizia.

Il Regolamento UE 2016/679 (GDPR), il D.lgs. 196/2003 e lo stesso D.lgs. 28/2010, anzi, sembrerebbero escludere che l'organismo sia automaticamente autorizzato a inviare l'istanza, giacché questa contiene necessariamente i dati personali e le firme degli istanti.

1° luglio 2023 - Laura Carosi, traduttrice EN, ES, DE, FR > IT, prestata al diritto

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

Vero è che la legge non prevedeva sanzioni di sorta per gli istanti che non comunicassero la domanda all'altra parte, tuttavia, mi chiedo se quest'ultima possa, in tal caso, eccepire l'improcedibilità della mediazione.

Con la riforma, quel periodo dell'art. 8 è stato così modificato: "*La domanda di mediazione, la designazione del mediatore, la sede e l'orario dell'incontro, le modalità di svolgimento della procedura, la data del primo incontro e ogni altra informazione utile sono comunicate alle parti, a cura dell'organismo, con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione.*"

Ciò, si può ipotizzare, in accettazione della prassi corrente, ovvero della costante omissione da parte degli attori di trasmettere all'invitato l'istanza depositata. L'onere della comunicazione, dunque, attiene ora interamente all'organismo, per il quale è diventato ormai di assoluta importanza garantire in tutto e per tutto la liceità e sicurezza del trattamento dati (considerando appunto l'istanza contiene non solo i dati personali degli istanti, ma anche la narrazione di fatti riguardante terzi).

Nel rispetto del GDPR dovrà munirsi di nomina formale a Responsabile del trattamento dati rilasciata dal competente organo di governo (il quale è l'unico autorizzato per legge a detenere i dati riservati in ambito di giustizia), ricevere adeguata formazione da parte del titolare del trattamento dati, rendere bene evidenti sul proprio sito e su qualunque comunicazione rivolta a terzi il nome del Responsabile della protezione dati e tutte le altre informazioni a pubblicazione obbligatoria richieste dalla legge, nonché garantire la sicurezza dei dati e richiedere ufficialmente la sottoscrizione del consenso alla loro trasmissione, previa divulgazione della informativa privacy.

Come accenno introduttivo agli obblighi in questione, riporto qualche estratto del GDPR:

"Considerando (145) Nelle azioni contro un titolare del trattamento o responsabile del trattamento, il ricorrente dovrebbe poter avviare un'azione legale dinanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato membro in cui il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento ha uno stabilimento o in cui risiede l'interessato, salvo che il titolare del trattamento sia un'autorità pubblica di uno Stato membro che agisce nell'esercizio dei suoi poteri pubblici.

art. 4, comma 8) «responsabile del trattamento»: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento

art. 37, comma 1. Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento designano sistematicamente un responsabile della protezione dei dati ogniqualvolta:

a) il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali;"

Nel merito dell'indicazione dell'obbligatorietà di tutela legale

È diffusa a vari livelli l'idea che, se non in tutti, almeno in caso di mediazione obbligatoria, la parte convocata sia tenuta a farsi rappresentare da un avvocato.

Tuttavia, da una lettura attenta dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, degli articoli 8 e 12 (che prevede implicitamente che le parti possano presentarsi senza

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

avvocato) del d. lgs. n. 28/2010 e, soprattutto, della Direttiva 11/2013/UE, ciò non appare corretto. Anzi, dalla sentenza emessa dalla Corte di Giustizia in data 14/6/2017, n. 475, risulta inequivocabilmente che nelle procedure ADR riguardanti i consumatori la presenza e l'assistenza dell'avvocato **non possono essere prescritte come obbligatorie**.

Risulta evidente che la necessità di un esborso per l'assistenza legale sembri confliggere con la ratio legis delle norme Europee, le quali prevedono che la procedura non generi costi, ovvero che questi siano non ingenti per le parti (vedi Tribunale di Verona, ordinanza 15.12.2016 – Est. Vaccari).

D'altro canto, la Direttiva (UE) 2019/771, al considerando 22, chiarisce che *"la definizione di consumatore dovrebbe includere le persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività commerciale, industriale o professionale."*

Se ne deduce che qualunque cittadino chiamato in mediazione per questioni personali, ovvero non ascrivibili alla professione svolta, viene considerato "consumatore" (e su tale dettaglio si potrebbero scrivere interi trattati di argomento sociale, psicologico e giuridico, a mio avviso). Ciò è applicabile, per analogia, in ogni caso, in particolare poiché la legge italiana ha esteso il procedimento di mediazione a situazioni non previste dalla Direttiva 11/2013, ma ricomprese dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La sentenza emessa dal Giudice Onorario Carmela Reale del Tribunale di Padova, sez. II Civile, in data 19 ottobre 2017, infatti, conferma innanzitutto che il verbale di mediazione *"non (...) impugnato per falsità (...) costituisce prova nel presente giudizio sullo svolgimento dei fatti"* e asserisce come sia *"necessario... distinguere tra validità della mediazione ai fini della causa nella quale costituisce condizione di procedibilità (in cui deve essere accertata la sussistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge, compresa la necessità o meno dell'assistenza della parte ad opera di un avvocato e dove è pronunciata la eventuale conseguente improcedibilità della domanda) e procedimento di mediazione"*, precisando inoltre: *"si osserva che in verità il legislatore non ha previsto alcuna conseguenza in caso di mancata assistenza legale delle parti, relativamente alla regolarità dell'esperienza del tentativo di conciliazione, posto che all'art. 12 si legge "Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato", con ciò prevedendo casi di svolgimento della mediazione senza l'assistenza legale. La "conseguenza" parrebbe, infatti, solo quella di un eventuale raggiunto accordo di mediazione che non costituirebbe titolo esecutivo e che necessiterebbe dell'omologa del Presidente del Tribunale"*.

Il giudice Reale si occupa anche di un'altra questione sulla quale tornerò nel seguito: *"esclude infine possa applicarsi ai convenuti in mediazione l'indennità come se essi costituissero una sola parte, non rappresentando essi un "unico centro di interessi". Ed invero, la controversia riguarda una divisione ereditaria nella quale ciascun erede costituisce una diversa parte con propri interessi, anche se talvolta essi possano coincidere"*.

Anche alla luce del solo D. lgs 28/2010, statuire su atto pubblico fidefacente l'obbligo per il convocato di avvalersi di un rappresentante legale sembra dunque illegittimo; tuttavia, le interpretazioni dottrinali sono, ad oggi, molto dibattute e tale obbligo sarebbe stabilito dall'art. 8 (se non dovesse quella parte essere disapplicata in quanto contrastante con la normativa eurounitaria) solo nei casi previsti dall'art. 5, comma 1-bis, il quale, a sua volta, stabilirebbe che l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione atterrebbe a chi *"intende esercitare in giudizio un'azione relativa a... risarcimento del danno derivante da"* specifiche materie.

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

Da una lettura testuale della legge (imposta dall'art. 12 delle Preleggi), dunque, l'obbligo di essere assistiti da un avvocato si concretizzerebbe solo ai fini della procedibilità in tribunale, solo in caso di mediazione demandata dal giudice e solo per chi intenda esercitare in giudizio un'azione relativa a specifiche materie, ovvero per gli istanti, non necessariamente anche per i convocati!¹

La formulazione dell'art. 8 vigente fino a prima della riforma, peraltro, potrebbe interpretarsi come segue: "al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti [NdR: ovvero, specificamente, quelle parti che abbiano necessità di averne uno ai fini della procedibilità in tribunale] devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato". Tale interpretazione restringerebbe l'obbligo di assistenza legale ai soli casi di mediazione demandata dal giudice e solo per chi abbia iniziato l'azione in tribunale. Ciò sarebbe in accordo sia con il diritto Europeo in quanto, da un lato le spese di mediazione non sarebbero superiori a quelle del giudizio, dall'altro esse non sarebbero ingenti per il convocato, non tenuto a pagare un avvocato per la mediazione ma solo per il procedimento giudiziario (e che, quindi, avrebbe tutto l'interesse a trovare un accordo per risparmiare le spese di giudizio e difesa legale). Si spiegherebbe, allora, anche il campo d'applicazione dell'art. 5, comma 1-bis, in quanto l'obbligo di assistenza legale non riguarderebbe affatto la procedura di mediazione in sé, ma l'oggetto della rubrica di tale articolo: "condizione di procedibilità e rapporti con il processo".

Il D.lgs. 149/2022, peraltro, modifica quel periodo eliminando del tutto il concetto di obbligatorietà, infatti dispone che esso attualmente reciti: "Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse." È facile rilevare che l'unico obbligo implicito in questa formulazione è quello di cooperare in buona fede e lealmente e che tale obbligo, **se presenti**, vincola anche gli avvocati.

Da traduttrice, mi chiedo a volte se non sarebbe utile includere alcuni esami di analisi logica, lettura critica comparativa e comprensione del testo nel corso di Laurea in giurisprudenza...

Della procedibilità e obbligatorietà dell'esperimento- un accenno alla cd. "riforma Cartabia"

Come riportato da normattiva.it, "La Corte Costituzionale, con sentenza 24 ottobre 2012 - 6 dicembre 2012, n. 272 (in G.U. 1a s.s. 12/12/2012, n. 49), ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali)".

Ha inoltre dichiarato "*in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87*" (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità

¹ Art. 8, comma 5: Nei casi previsti dall'articolo 5, comma 1, e quando la mediazione è demandata dal giudice, le parti sono assistite dai rispettivi avvocati.

Art. 5, comma 1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente capo.

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

costituzionale: "a) dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2010, limitatamente al secondo periodo («L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale») e al sesto periodo, limitatamente alla frase «se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1»; b) dell'art. 5, comma 2, primo periodo, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; c) dell'art. 5, comma 4, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «I commi 1 e»; d) dell'art. 5, comma 5 del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; e) dell'art. 6, comma 2, del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo cinque,»; f) dell'art. 7 del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1»; g) dello stesso articolo 7 nella parte in cui usa il verbo «computano» anziché «computa»; h) dell'art. 8, comma 5, del detto decreto legislativo; i) dell'art. 11, comma 1, del detto decreto legislativo, limitatamente al periodo «Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13»; l) dell'intero art. 13 del detto decreto legislativo, escluso il periodo «resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile»; m) dell'art. 17, comma 4, lettera d), del detto decreto legislativo; n) dell'art. 17, comma 5, del detto decreto legislativo; o), dell'art. 24 del detto decreto legislativo".

Non solo! La Suprema Corte, nelle motivazioni di merito, stabilisce un chiaro principio di diritto:

"Pertanto, la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. Ne deriva che l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento nella citata disciplina. Infatti, una volta raggiunta tale conclusione, si deve per conseguenza escludere che il contenuto della legge delega, richiamando la direttiva comunitaria, possa essere interpretato come scelta a favore del modello di mediazione obbligatoria."

La Corte, insomma, nel rispetto dell'art. 10, comma 1, della Costituzione, ha conformato il diritto interno alle norme internazionali, andando ben oltre la semplice valutazione dello specifico atto normativo oggetto della domanda e stabilendo in maniera monolitica l'illegittimità della mediazione obbligatoria alla luce delle superiori norme eurounitarie.

Quel giudizio di legittimità costituzionale era stato richiesto dal TAR Lazio, che dovendo valutare la legittimità del DM 180/2010, si era trovato nella necessità di avere, prima di emettere sentenza, la valutazione della Suprema Corte. La sentenza del TAR Lazio, n. 1351/2015, è piuttosto significativa, in quanto offre una accurata disamina non solo della sentenza della Corte Costituzionale, ma anche della direttiva 2008/52/CE. Per linearità espositiva, rimando la trattazione degli effetti di tale sentenza a un successivo capitolo e mi limito, in questa sede, a citarne uno stralcio d'interesse:

"Successivamente alla ridetta pronuncia della Corte Costituzionale n. 272 del 2012, la materia della mediazione obbligatoria è stata ridisciplinata dall'art. 84 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. "decreto del fare"), convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che, mediante

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

l'inserimento del comma 1-bis e varie modifiche apportate sia all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 che ad altre disposizioni della legge, ha nuovamente regolamentato l'esperimento della conciliazione quale condizione di procedibilità per la domanda giudiziale in alcune materie."

Ora, il decreto-legge 69/2013, poi convertito in legge e tuttora vigente, aveva reintrodotta l'obbligatorietà di esperire il tentativo di mediazione all'interno del Capo VIII "Misure in materia di mediazione civile e commerciale", con l'art. 84, comma 2, lettera b, che modifica l'art. 5, c. 1-bis del D.lgs. 28/2010: "la presente disposizione **ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore**. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale **sperimentazione**", mentre alla lettera i, che modifica l'art. 12, c. 1: "ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo... Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. In tutti gli altri casi, l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del Presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico" (NdR: che secondo me avrebbe dovuto essere automaticamente disapplicato in quanto contrario al principio stabilito dalla Corte Costituzionale, ovvero al superiore diritto eurounitario).

Che applicazione può dunque avere, il D.lgs. 149/2022, nella misura in cui all'art. 7 rubricato "Modifiche al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28", modifica o fa riferimento a un articolo già abrogato nel 2012 o avente perso efficacia da anni (e quindi non più sostituibile e non più modificabile in quanto inesistente)?

Riporto qualche esempio:

"d) l'articolo 5 è sostituito (NdR: di cui restavano vigenti i commi 2, 3, 4 e 5, rigorosamente epurati di qualunque riferimento al comma 1) dal seguente: «Art. 5 (Condizione di procedibilità e rapporti con il processo). - 1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di Persone e subfornitura, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente capo (NdR: può mai essere applicabile una norma contraria a Costituzione e norme UE?).

2. Nelle controversie di cui al comma 1 (NdR: cioè nessuna, visto che il comma 1 è illegittimo) l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità è eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Il giudice, quando rileva che la mediazione non è stata esperita o è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. A tale udienza, il giudice accerta se la condizione di procedibilità è stata soddisfatta e, in mancanza, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale.

1° luglio 2023 - Laura Carosi, traduttrice EN, ES, DE, FR > IT, prestata al diritto

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

3. Per assolvere alla **condizione di procedibilità** (NdR: **stabilita da quale articolo?**) le parti possono anche esperire, per le materie e nei limiti ivi regolamentati, le procedure previste:

- a) dall'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;
- b) dall'articolo 32-ter del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58;
- c) dall'articolo 187.1 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209;
- d) dall'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481.

4. **Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità** (NdR: **ovverosia MAI!**) della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione.

e) dopo l'articolo 5 sono inseriti i seguenti:

«Art. 5-bis (Procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo).

- 1. Quando l'azione **di cui all'articolo 5, comma 1**, è stata introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo, nel procedimento di opposizione l'onere di presentare la domanda di mediazione grava sulla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo. Il giudice alla prima udienza provvede sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione se formulate e, accertato il mancato esperimento del **tentativo obbligatorio di mediazione** (NdR: **quale?**), fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. A tale udienza, se la mediazione non è stata esperita, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, revoca il decreto opposto e provvede sulle spese.»

Oppure ancora; "5. **Nei casi previsti dall'articolo 5, comma 1** (NdR: **cioè nessuno, giacché va rigorosamente disapplicata la prescrizione di obbligatorietà**), e quando la mediazione è demandata dal giudice, le parti sono assistite dai rispettivi avvocati."

Non solo! Il legislatore, nel D. lgs. 149/2022, non pago di aver del tutto ignorato una sentenza (e relative motivazioni nel merito) a cui ha collaborato la stessa Marta Cartabia, agisce anche sull'art. 8 (NdR: sì, quello in parte contrario alla normativa eurounitaria e proprio nella misura in cui prescrive la presenza obbligatoria dell'avvocato!), ad esempio così:

"5. **Nei casi previsti dall'articolo 5, comma 1**, e quando la mediazione è demandata dal giudice, le parti sono assistite dai rispettivi avvocati."

In parole semplici, gran parte della "riforma", almeno per quanto attiene alla mediazione, sembrerebbe essere in contrasto con la normativa europea, già cassata dalla Corte Costituzionale o dal TAR

...La signora Cartabia ha forse dimenticato una sentenza emessa dal collegio di cui lei stessa faceva parte?? (vedi screenshot)

Non credo. Infatti viene introdotta anche la seguente modifica: "2. **La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6.**" È evidente come manchi qualunque riferimento al comma 1, quello che presuntamente

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

introdurrebbe l'obbligo di esperire la mediazione per tutta una serie di materie e la condizione di procedibilità riguarda solo ed esclusivamente l'eventualità in cui sia il giudice a ordinarla alle parti (quindi a processo già istruito!). Ma... non essendovi alcuna materia in cui tale procedimento possa mai essere obbligatorio, sulla base di quali presupposti legali potrebbe mai, il giudice, demandare la mediazione??

Avendo la Corte Costituzionale dichiarato, con sentenza n. 272 del 2012, l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, e avendo il comma 1-bis esaurito la sua efficacia nel 2017, con il diritto UE, ritengo, magari erroneamente, che qualunque modifica, richiamo o aggiunta di commi o articoli "bis" si risolva in una ridicola nullità o inapplicabilità che complica inutilmente le norme appartenenti al nostro ordinamento giuridico e viola palesemente non solo il diritto UE, ma anche quello del popolo di conoscere la legge (rectius obbligo di rendere la legge chiara e comprensibile a tutti).

Inoltre, nella permanenza dell'incompatibilità dell'art. 8 con le direttive e i regolamenti europei, imporre al convocato di presentarsi assieme al proprio avvocato costituisce, di fatto, una discriminazione che non solo può provocare al cittadino un danno ingiusto, ma, stante la confusione che regna in materia (mi riferisco in particolare ad alcune correnti di pensiero che vedono nell'assenza dell'avvocato del convocato una condizione di inammissibilità del ricorso), rappresenta un vantaggio per gli istanti ai fini della procedibilità in un eventuale giudizio, che stante l'assistenza legale di entrambe le parti, non rischia di venire messa in dubbio alcuno.

Qui si sta giocando sulla ignoranza non solo del popolo ma anche dei giuristi, ovvero sulla impossibilità pratica, da parte dell'essere umano, di tenere a mente tutte le norme, modifiche, contromodifiche, motivi di inapplicabilità, abrogazione o inefficacia dei singoli commi, periodi, enunciati o perifrasi, di cui il legislatore sembra approfittare ignorando apertamente i principi fondanti dell'ordinamento giuridico italiano!

Interessi delle parti

Tornando ora alla questione lasciata in sospenso circa i diversi interessi degli istanti, enucleata dal giudice di Padova: quando i diversi istanti costituirebbero una sola parte e quando, invece, parti diverse ognuna con i propri interessi, sebbene talvolta coincidenti?

Restando sull'esempio della diffamazione, a me sembra vi sia enorme differenza fra accusare una persona dello stesso reato ripetuto più volte nei confronti di soggetti diversi e accusarla di aver commesso reato una singola volta nei confronti di più persone!

In quanto incaricato di pubblico servizio, un O.d.M. dovrebbe accertarsi che, nel primo caso, vengano depositate più istanze diverse anziché una sola congiunta? E, laddove gli istanti si avvalessero dello stesso legale, ciò sarebbe lecito, stante il divieto da Codice di deontologia forense, di assistere parti con interessi diversi? Penso a una nota decisione del CNF che consente al professionista di assistere due coniugi che tentino una separazione consensuale (e il cui interesse comune, dunque, era quello della conciliazione stragiudiziale) ma gli proibisce, una volta fallito tale tentativo, di assistere anche uno solo dei due (pare evidente che, a quel punto, ogni parte agisce per interesse proprio).

Richiesta di pagamento anticipato

Un altro argomento che vale la pena approfondire è la pretesa, da parte degli O.d.M., che il convocato, come condizione per poter partecipare al primo incontro orientativo, esegua il pagamento delle cd. "spese di avvio". Alcuni addirittura pretendono il pagamento di una ulteriore somma a titolo di "spese di rinvio" qualora la persona invitata non fosse disponibile per il giorno stabilito unilateralmente dall'organismo stesso!

È lecita tale pretesa di pagamento anticipato? Parrebbe proprio di no!

Il 23 gennaio del 2015, infatti, il TAR Lazio, con sentenza n. 1351/2015, immediatamente esecutiva, ha disposto l'annullamento degli artt. 16, commi 2 e 9, e 4, comma 3, lett. b) del decreto ministeriale n. 180 del 18 ottobre 2010, così motivando la propria decisione: "*L'art. 5-ter in parola prescrive che "Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, **nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione**". (...) È evidente che entrambe le disposizioni regolamentari si pongono in contrasto con la gratuità del primo incontro del procedimento di conciliazione, previsto dalla legge laddove le parti non dichiarino la loro disponibilità ad aderire al tentativo.*"

Il DM 180/2010, in seguito a questa sentenza, è stato modificato e l'art. 16, comma 2 attualmente vigente (così come riportato su normattiva.it) dispone quanto segue:

*"Per le spese di avvio, **a valere sull'indennità complessiva**, è dovuto da ciascuna parte ((per lo svolgimento del primo incontro)) un importo di euro 40,00 ((per le liti di valore fino a 250.000,00 euro e di euro 80,00 per quelle di valore superiore, oltre alle spese vive documentate)) che è versato dall'istante al momento del deposito della domanda di mediazione e **dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento.**((l'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo))."*

Tale modifica, peraltro, conforma l'istituto della mediazione ai precetti delle direttive 2008/52/CE e 2013/11/UE, dando piena applicazione all'art. 2, comma 1 del D.lgs. 28/2010 ("*Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia,...*") e raccordandosi anche con l'orientamento stabilito dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 2012.

È lampante che, essendo l'onere di pagare le spese di avvio a valere sull'indennità complessiva (locuzione che implica l'esigibilità dell'indennità in questione, non delle mere spese, evidentemente peraltro già coperte dall'istante al momento del deposito della domanda) e insorgendo tale credito nei confronti della parte chiamata solo qualora questa decidesse di aderire al procedimento di mediazione, condizionare la sua presenza al primo incontro al pagamento, a qualunque titolo, di una somma di denaro è illegittimo.

Lascio ai giuristi la valutazione delle conseguenze di tale pretesa laddove si trattasse di mediazione obbligatoria (sempre che ne esista tale obbligo...), in particolare viste le già citate conseguenze dell'eventuale mancata partecipazione.

Responsabilità dell'organo di governo

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

Il diritto alla difesa è costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.) in quanto volto a esercitare tutte le necessarie difese in condizioni di uguaglianza con le altre parti del giudizio e appartiene ad ogni cittadino anche a prescindere dall'instaurazione di un vero e proprio processo. Nel procedimento penale, ad esempio, seppur sia vero che un qualunque cittadino può denunciare un altro anche senza prove, esiste pur sempre la figura del Procuratore, incaricato dalle autorità e pagato dal popolo per valutare la credibilità e la liceità delle accuse... chi valuta tali questioni nella mediazione? Dovesse mai venir fuori che anche solo uno degli istanti non avesse alcuna ragione di pretendere alcunché o che, addirittura, abbia agito con la precisa intenzione di creare un danno all'altra parte e l'O.d.M. abbia attivato il procedimento senza verificare che tale istanza fosse legalmente valida, di chi sarebbe la responsabilità amministrativa?

Ritengo che tale responsabilità attenga, in quanto delegante, al Ministero della Giustizia, esattamente come avviene quando a commettere violazione è un MMG, il cui incarico non modifica la delega di funzioni operata per legge, che conferisce alla ASL l'onere dei servizi sanitari sul territorio.

Il controllo sulle attività degli organismi, infatti, compete al Responsabile del relativo registro, *"tenuto presso il Ministero nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già esistenti presso il Dipartimento per gli affari di giustizia; ne è responsabile il direttore generale della giustizia civile, ovvero persona da lui delegata con qualifica dirigenziale o con qualifica di magistrato nell'ambito della direzione generale. Il direttore generale della giustizia civile, al fine di esercitare la vigilanza, si può avvalere dell'Ispettorato generale del Ministero della giustizia."* (DM180/2010, art. 3, c. 2)

Cosa può fare un cittadino in casi simili?

Certamente può inviare una comunicazione all'organismo, eccependo l'inefficacia della convocazione stessa e chiedendone, casomai, la revoca in via di autotutela. L'organismo sarebbe allora tenuto a inviare, il giorno stesso della ricezione della richiesta, la comunicazione dell'apertura del relativo procedimento amministrativo, compreso il numero di protocollo e tutte le informazioni di cui agli artt. 8 e 18-bis della L. 241/90 già precedentemente elencati.

La tempestività di tale comunicazione è fondamentale, giacché per la chiusura di tale procedimento, invece, la legge concede alle amministrazioni 30 giorni più eventualmente altri 15 concessi al soggetto detentore del potere sostitutivo "perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario". È evidente che il mancato invio della comunicazione di cui si tratta lede, tra gli altri, il diritto del cittadino di rivolgersi al soggetto detentore del potere sostitutivo e costituisce, di per sé, inadempienza.

Il passo immediatamente successivo, dunque, sarebbe quello di chiedere l'intervento del Ministero della Giustizia, nella persona del Responsabile del registro degli O.d.M. (peccato che il suo nome, cognome e indirizzo pec non siano indicati sul sito ufficiale del Ministero... ma non fa niente! a sanzionare la mancanza di trasparenza potrà pensarci il relativo garante, mentre l'ufficio Protocollo avrà comunque l'obbligo di inoltrare il messaggio a chi di competenza), al quale è dovuto un rapporto trimestrale delle pratiche svolte e che l'obbligo di vigilare e sospendere o cancellare dal registro qualunque ente che violi il D.M. 180/2010.

1° luglio 2023 - Laura Carosi, traduttrice EN, ES, DE, FR > IT, prestata al diritto

Una interpretazione linguistico-comparativa delle norme relative alla mediazione civile
Laura Carosi - blog: lauracarosi.com - canale Telegram: <https://t.me/leggiamoLeLeggi>

È altresì evidente che, qualora l'ente pubblico o privato non rispondesse neanche dopo ufficiale sollecito e messa in mora, esso lederebbe un diritto costituzionalmente garantito, impedendo, di fatto, al cittadino di agire avverso un'accusa su atto fidefacente che non ha, eventualmente, mai neanche potuto leggere. Stante l'obbligo di aprire un procedimento amministrativo e chiuderlo con un' emissione di un atto secondario contenente il link ipertestuale al sito di pubblicazione o a cui siano allegati gli atti richiesti, oppure in cui si statuisca chiaramente che gli atti richiesti non sono esistenti, e stante l'obbligo di indennizzo per il mero ritardo, non è da escludere che il persistente inadempimento da parte di un O.d.M. o, persino, del Ministero, possa generare danno erariale.

Infine, l'invio di un'istanza non interrompendo i termini di prescrizione, qualora l'organismo non rispondesse in tempi brevi o rispondesse senza tuttavia ottemperare alle disposizioni della Legge 241/90 (emissione di un atto secondario che annulli, modifichi o confermi quello primario), l'unica difesa del cittadino sarebbe l'azione giudiziaria (con l'aberrante risultato che un istituto pensato per ridurre il carico dei tribunali finirebbe invece per aumentarlo).