



& Diritto Avanzato

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Magistrato della Corte dei Conti) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

L'EFFETTO BOOMERANG DELLA RIFORMA BONAFEDE IN MATERIA DI MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

Articolo di Barbara **COCOLA** e Giovanna Elisabetta **ZACCHEO**

Proprio in questi giorni è all'esame della Commissione Giustizia del Senato il disegno di legge Atto del Senato n. 1662 c.d. "Riforma Bonafede", avente ad oggetto la delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

Come si legge nella relazione illustrativa, *“Il disegno di legge contiene disposizioni destinate ad incidere profondamente, attraverso la successiva adozione di uno o più decreti legislativi da parte del Governo, sulla disciplina del processo civile e degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, in funzione di obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione, nel rispetto della garanzia del contraddittorio”*.

Si tratta indubbiamente di un disegno di legge alquanto ambizioso, di cui non si nega certo l'intento migliorativo degli strumenti processuali e stragiudiziali a tutela dei diritti dei cittadini, ma di cui vanno esaminate attentamente alcune criticità evidenti che potrebbero influire negativamente sull'impatto della riforma ed avere una ricaduta in senso radicalmente opposto a quelle che sono le intenzioni del legislatore.

Le criticità del disegno di legge appaiono quanto mai evidenti in materia di mediazione civile e commerciale, istituto che nonostante le difficoltà iniziali, ha dimostrato in questi ultimi anni non solo di assolvere ottimamente alla funzione deflattiva a cui è votato, grazie al numero insperato di accordi raggiunti, ma addirittura di vedere valorizzata la sua innegabile funzione sociale di sviluppo di una maggiore sensibilità dei cittadini all'utilizzo di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie in materia di diritti disponibili.

L'obbligatorietà del tentativo conciliativo nelle materie che il legislatore ha valutato già per natura e specificità "mediabili", elencate nell'art. 5 comma 1 bis del d.lgs. 28/2010, è stato certamente un volano formidabile per l'istituto, che ha potuto così esprimere tutta la sua forza anche in quelle materie per le quali pur non avendo previsto il legislatore il tentativo conciliativo quale passaggio obbligatorio, si sono dimostrate un ambito naturale di applicazione e successo per l'istituto.

Appare dunque senza dubbio interessante l'estensione del tentativo conciliativo obbligatorio anche alle controversie derivanti da contratti di mandato e da rapporti di mediazione previsto dall'art. 2 lettera c) comma 1 del d.d.l. 1662. Ma lo sforzo del legislatore appare assolutamente timido e non sufficiente a realizzare l'intento della riforma in tema di adr, soprattutto alla luce delle nuove linee programmatiche in tema di riforma della giustizia,

enunciate nel discorso che la neo Ministra Cartabia ha rivolto alla Commissione Giustizia, e tese alla valorizzazione delle soluzioni alternative alle controversie, quali *"complementari"* al sistema giustizia, più che *"alternative"*, non solo per l'effetto *"alleggerimento"* del carico giudiziario, ma anche perché *"tengono conto delle relazioni sociali coinvolte, risanano lacerazioni e stemperano le tensioni sociali"*.

La quasi totalità dei rapporti civili e commerciali è regolamentata dai contratti, e i contratti, specialmente se di durata, possono sfociare in una fase patologica per una serie di circostanze, endogene o eterogene al rapporto negoziale, che modificano gli interessi sottostanti all'accordo iniziale.

Se è vero che le parti di un contratto costituiscono, regolano, estinguono il loro rapporto contrattuale con la forza del consenso, che la legge tutela e riconosce, è altrettanto vero che le stesse, con l'ausilio dell'istituto della mediazione, possono definire qualsiasi controversia scaturita da quel rapporto contrattuale, con la stessa autonomia negoziale che lo ha generato.

Ed allora perché limitare l'estensione del tentativo conciliativo obbligatorio solo ai contratti di mandato e di mediazione. In un contesto sociale ed economico quale quello attuale, scosso e destabilizzato da una emergenza pandemica che ormai non è più qualificabile come tale, ma che si è trasformata purtroppo in *"condizione pandemica"*, le cui conseguenze sui rapporti economici e sociali sono sotto gli occhi di tutti, il legislatore dovrebbe essere più lungimirante e coraggioso, e forte dei risultati positivi che ormai l'istituto della mediazione ha raggiunto, estendere la *"condizione di procedibilità"* alla materia dei contratti in generale.

I tempi sono ormai maturi per una forte responsabilizzazione dei cittadini, che devono potersi approcciare ad una più matura, evoluta e consapevole *"giustizia consensuale"*, per soddisfare quegli interessi sottostanti alla lite che la giustizia aggiudicativa non riesce e non può più soddisfare.

Dove però la Riforma Bonafede rischia di andare in senso diametralmente opposto ai propositi e alle previsioni da essa stessa auspicati in tema di risoluzione alternativa delle controversie, è là dove contempla l'introduzione di uno speciale procedimento di mediazione integralmente sostitutivo del

procedimento di mediazione previsto dal d.lgs. 28/2010 in materia di scioglimento di comunione.

Il nuovo impianto normativo, così come previsto dall'art. 10 comma 1 lettera a) del d.d.l. 1662, stravolge la natura del tentativo conciliativo come oggi disciplinato, in quanto non si presenta semplicemente come una condizione di procedibilità, ma costringe le parti ad una onerosa attività istruttoria preliminare al tentativo conciliativo, innanzi a un notaio o a un avvocato, iscritti negli elenchi di cui all'articolo 179-ter delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, la cui attività si riduce ad un esclusivo vaglio tecnico documentale, senza alcun reale supporto facilitativo alle parti in conflitto. Senza che vi sia dunque, preliminarmente, l'analisi delle cause del conflitto e degli interessi sottostanti alle pretese dei soggetti in lite; senza che si circoscriva l'elemento patologico che impedisce lo scioglimento consensuale della comunione; senza che si individuino il problema e le circostanze, eventualmente anche tecniche, che hanno condotto le parti al conflitto. Tutte attività indispensabili a consentire alle parti di trattenersi al tavolo della mediazione e ad iniziare un dialogo tra loro.

Il procedimento di mediazione in materia di scioglimento di comunione, laddove questo scaturisca da una successione ereditaria, o dal fallimento di un matrimonio che inevitabilmente porta alla divisione del patrimonio, o da un rapporto professionale che si scioglie, non può e non deve ridursi ad una mera, fredda e distaccata verifica della regolarità catastale, urbanistica, energetica di un immobile. Dietro alla resistenza di una parte alla vendita di una bene, o alla divisione dello stesso se comodamente divisibile, o alla cessione delle proprie quote, c'è così spesso un universo personale ed emotivo che non può in alcun modo essere abbandonato alla elaborazione, spesso scarna ed insufficiente, che ogni parte sarebbe costretta a fare senza l'ausilio di un esperto nella gestione del conflitto.

Chi svolge da anni attività di mediazione sa che in mediazione emergono i bisogni reali delle parti, quegli interessi che non coincidono quasi mai con le posizioni giuridiche rappresentate nell'istanza che da avvio al procedimento o nell'atto di adesione allo stesso.

Ma perché le parti acquistino consapevolezza dei loro più intrinseci bisogni e dunque di come un accordo possa soddisfare i loro interessi, è necessaria un'analisi profonda della patologia dei rapporti personali dei soggetti coinvolti nel procedimento, che può avvenire solo con l'ausilio del mediatore, soggetto terzo imparziale che possa garantire quella terzietà e quella imparzialità anche quando si approfondisce la sfera non giuridica ma intima delle parti. Un'attività, quella del mediatore che richiede spesso lunghe sessioni con le parti, anche separatamente, anche senza la presenza degli avvocati, per sviscerare "insieme" quello che di più profondo giace sotto la sfera giuridica che, necessariamente, funge da presupposto all'avvio del procedimento di mediazione.

E' il rapporto di fiducia che un mediatore professionista riesce a costruire con le parti a portare a quella apertura mentale che permette la spersonalizzazione del problema, la rimozione dell'ostacolo che impedisce l'accordo. Il mediatore ascolta le parti, entra in empatia con loro, le aiuta a superare diffidenze e pregiudizi, le aiuta ad essere lucide, alternando l'ascolto agli sfoghi emotivi quando necessario, ponendo le giuste domande per capire e per far capire alle parti ciò di cui si sta discutendo.

Può capitare che, sul punto di raggiungere un accordo, una parte ritenga di prendere tempo e rimandi la definizione della lite, anche solo per ascoltare l'opinione di un familiare o di un amico, o di una persona che gode della sua fiducia, o anche solo perché per la realizzazione di quell'accordo ha bisogno del sostegno economico di un'altra parte che può anche non essere, direttamente o indirettamente, interessata o coinvolta nella procedura di mediazione. In situazioni di questo tipo, molto più frequenti di quanto si possa immaginare, appare fondamentale la caratteristica dell'informalità del procedimento di mediazione prevista dall'art. 3 del d. lgs. 28/2010, che permette al mediatore di non rimanere imbrigliato da sterili regole procedurali, permettendogli anche, nel rispetto della riservatezza e della segretezza del procedimento, di ascoltare altri soggetti che pur non essendo parte della mediazione, ne possono condizionare inevitabilmente l'esito. Tanti sono i modi

con i quali il mediatore può fornire un aiuto concreto alle parti, in termini di maggiore speditezza del procedimento ai fini del raggiungimento dell'accordo. Come può tutto ciò essere sostituito da un procedimento che viene superficialmente definito di mediazione, ma che mediazione non è, in quanto votato esclusivamente alla preliminare verifica formale della documentazione inerente all'immobile oggetto di comunione!

Nella relazione illustrativa al disegno di legge, il legislatore se da una parte riconosce che *"...i dati statistici in materia di mediazione (2016, 2017 e primo trimestre 2018) evidenziano come tale ultimo strumento si presenti alquanto efficace proprio nella materia dello scioglimento delle comunioni..."*, evidenziando dunque la bontà dell'istituto e il successo raggiunto in termini di accordi, e ravvisa dunque *"...l'opportunità di potenziare - al di là dell'ipotesi di cui all'articolo 791-bis del codice di procedura civile - lo strumento della mediazione, come efficace filtro idoneo ad assicurare alle parti una soluzione rapida del contenzioso..."*, dall'altra però individua la criticità errata sulla quale intervenire. E' infatti innegabile che, come si legge, *"...per effetto dell'elevata diffusione della proprietà di beni immobili tra la popolazione, i procedimenti di scioglimento delle comunioni presentano un'elevata complessità connessa alla disciplina articolata e composita del settore immobiliare (catasto, regolarità urbanistica, certificazione energetica)..."*.

Ma non è obbligando le parti a una miriade di adempimenti atti alle verifiche della documentazione attinente l'immobile, distogliendole da una serena e fondamentale preliminare disamina dei propri bisogni ed interessi nonché degli eventuali elementi patologici del rapporto su cui si fonda la comunione, e quindi portandole "fuori" dalla mediazione, che si rafforza l'istituto della mediazione.

Il legislatore, seppur pare indirizzare il tentativo di riforma all'implementazione dell'istituto della mediazione, in realtà pare molto più concentrato sull'utilità che la raccolta del materiale documentale in questa fase comporta per la successiva fase giudiziale. Infatti, sempre nella relazione illustrativa all'art. 10 si legge che *"...la frequente inadeguatezza della documentazione a disposizione delle parti nella fase introduttiva dei giudizi non solo conduce in un elevato numero di casi ad un rigetto radicale delle*

domande, ma anche impatta sia sulle possibilità di addivenire ad un accordo transattivo sia sulla stessa dinamica processuale, spesso paralizzata dalla necessità di procedere a regolarizzazioni di profili emersi solo nella fase avanzata dei giudizi".

Il legislatore riduce la complessità della mediazione in ambito di scioglimento della comunione all'alveo della tecnicità della materia, e sempre e comunque con un occhio alla successiva fase giudiziale ("*...L'elevata tecnicità della materia e il ruolo che lo stesso professionista mediatore potrebbe venire eventualmente a svolgere nella successiva fase contenziosa...*"), perdendo di vista ancora una volta la natura del procedimento di mediazione, l'attività e il ruolo del mediatore, ma ancora di più le parti e i loro bisogni. Riduce la competenza del mediatore ad una mera competenza tecnico-giuridica ("*...La presenza di marcati profili di tecnicità giuridica induce, tuttavia, a delimitare ulteriormente l'ambito dei professionisti ai soli notai e avvocati...*") ignorando che il mediatore è un facilitatore che aiuta le parti a trovare un accordo in linea con il soddisfacimento dei loro interessi, ruolo che richiede una professionalità precisa nella gestione del conflitto.

Anche a volersi focalizzare sulla tecnicità e sulla complessità della materia, peraltro già note ai mediatori, la riforma appare un inutile appesantimento della procedura esistente, che già garantisce tutte quelle verifiche che evidentemente il legislatore ignora essere già attuate nel procedimento di mediazione come disciplinato dal d. lgs. 28/2010

Appare necessario infatti evidenziare che quando si avvia un procedimento di mediazione ex D. Lgs. 28/2010 in materia di scioglimento di comunione, la procedura prevede necessariamente la produzione della documentazione tecnica di cui all'art. 10 del d.d.l. 1662, in quanto, come prescritto dall'art. 4 del d. lgs. 28/2010, "la domanda di mediazione deve indicare l'oggetto e le ragioni della pretesa" e che, perché sia soddisfatta la condizione di procedibilità, la domanda di mediazione deve coincidere con l'eventuale domanda giudiziale successiva al fallimento della mediazione, allegazioni comprese.

E dunque già nella fase di avvio del procedimento è previsto, a carico dell'istante assistito dall'avvocato, il recupero della documentazione indicata nell'art. 10.

Va inoltre considerato che ai sensi dell'art. 11 comma 3 d. lgs. 28/2010 *“se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”*.

Lo scioglimento della comunione rientra appunto tra gli atti di cui all'art. 2643 c.c. e dunque le parti per concludere la procedura di mediazione devono necessariamente rivolgersi ad un notaio, il quale è chiamato a svolgere tutte le verifiche necessarie affinché l'accordo di mediazione abbia tutti i requisiti per la trascrizione.

Se da un punto di vista tecnico il procedimento di mediazione ex d. lgs. 28/2010 senza dubbio garantisce alle parti che l'accordo concluso sia corretto e regolare dal punto di vista formale, è ancor più vero che senza l'intervento di un professionista terzo ed imparziale, specializzato nella gestione e risoluzione del conflitto, che svolga l'attività di mediazione, il raggiungimento dell'accordo è impossibile.

L'art. 10, così come formulato nel d.d.l. 1662 rischia di vanificare i brillanti risultati ottenuti sinora dai professionisti della mediazione. Di più, rischia di disperdere la competenza acquisita e maturata sul campo per più di dieci anni dai mediatori, che sono stati il vero motore trainante del successo della mediazione proprio in materia di scioglimento di comunione.

COORDINATORE Redazionale: Giulio SPINA

Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**L'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Cascella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Shana Del Latte (**Bari**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Iliaria Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foiadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni (**Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Posillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalò (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

SEGRETERIA del Comitato Scientifico: Valeria VASAPOLLO



Distribuzione commerciale: **Edizioni DuePuntoZero**

