

ASSOCIAZIONE CULTURALE  
PER LO STUDIO DEL DIRITTO

# techne

*Direttore responsabile*

GLAUCO RIEM

*Redazione*

STEFANO CORSINI  
FRANCESCO MIRABELLI  
LUCA ZENAROLLA  
PAOLO VICENZOTTO

Vicolo Chiuso, 5 - 33170 Pordenone  
tel. 0434 522866 - fax 0434 246429  
associazione@e-curia.it  
www.rivistatechne.it

*Realizzazione editoriale*

Forum, Editrice Universitaria Udinese srl  
Via Palladio, 8 - 33100 Udine  
www.forumeditrice.it

*Stampa*

Lithostampa, Pasian di Prato (UD)

Reg. Trib. di Pordenone n. 514 del 27.07.2004

## **Direttore responsabile**

GLAUCO RIEM

## **Comitato scientifico**

**RENATO BORRUSO (direttore del comitato scientifico)**

Presidente onorario aggiunto della Corte di Cassazione; professore di Informatica giuridica

**MASSIMILIANO ATELLI**

Magistrato del TAR; già avvocato Ufficio del Garante per la protezione dei dati personali

**GIANLUIGI CIACCI**

Professore di Informatica giuridica, Università Luiss 'Guido Carli' di Roma; dottore di ricerca in

Diritto dell'informatica e Informatica giuridica, Università degli Studi 'La Sapienza' di Roma

**CRISTIANA COMPAGNO**

Magnifico Rettore, Università degli Studi di Udine

**GIAN LUCA FORESTI**

Professore di Informatica, Università degli Studi di Udine

**FURIO HONSELL**

Professore di Informatica, Università degli Studi di Udine

**DONATO LIMONE**

Professore di Informatica giuridica, Università degli Studi 'La Sapienza' di Roma e Università telematica 'Telma' di Roma

**PATRIZIO MENCHETTI**

Membro del Legal Advisory Board (comitato consultivo giuridico) della Direzione generale 'Società dell'Informazione' della Commissione Europea

**PIER LUCA MONTESSORO**

Professore di Sistemi di elaborazione e direttore del Dipartimento di Ingegneria Elettrica, Gestionale e Meccanica, Università degli Studi di Udine

**ROCCO PANETTA**

Avvocato; dirigente dell'Ufficio del Garante per la protezione dei dati personali; professore di Istituzioni di diritto privato, Università degli Studi 'Roma Tre' di Roma

**UMBERTO RAPETTO**

Comandante del Nucleo Speciale Anticrimine Tecnologico della Guardia di Finanza

**FLORETTA ROLLERI**

Direttore generale del Centro di Eccellenza del Ministro della Giustizia in Castel Capuano in Napoli

**PIEREMILIO SAMMARCO**

Professore di Diritto dell'informatica, Università degli Studi 'Roma Tre' di Roma; dottore di ricerca in Diritto dell'informatica e Informatica giuridica, Università degli Studi 'La Sapienza' di Roma

**ROBERTO SANTOLAMAZZA**

Direttore di 'Treviso Tecnologia', azienda speciale della CCIAA di Treviso

**ANDREA SIROTTI GAUDENZI**

Professore nel Master in Diritto della Rete, Università degli Studi di Padova

**MARZIO VAGLIO**

Professore nel Master in Diritto della Rete, Università degli Studi di Padova

**PAOLO VICENZOTTO**

Avvocato del Foro di Pordenone, autore di pubblicazioni di Diritto dell'informatica

## **Hanno collaborato a questo numero**

????????????????

## **SOMMARIO**

<b>EDITORIALE</b> GLAUCO RIEM	<b>5</b>
<b>LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO DI DEFLAZIONE DEL CONTENZIOSO</b> CARLO MOSCA	<b>11</b>
<b>ORGANISMI DI MEDIAZIONE: NON SERVE LA NOTIFICA PER IL TRATTAMENTO DI DATI GENETICI NELLE ATTIVITÀ DEI CONCILIATORI</b> GLAUCO RIEM	<b>17</b>
<b>MEDIAZIONE E TIROCINIO <i>ASSISTITO</i>: ALCUNE RIFLESSIONI FRA PRIVACY E RAGIONEVOLEZZA</b> GLAUCO RIEM	<b>20</b>
<b>ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E AFFERMAZIONE DELLA MEDIAZIONE</b> ANDREA SIROTTI GAUDENZI	<b>23</b>
<b>LA DECISIONE DELLA CONSULTA: LA MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE NON È CONTRARIA AI PRINCIPI FONDAMENTALI</b> ANDREA SIROTTI GAUDENZI	<b>27</b>
<b>LA PROMESSA DELLA MEDIAZIONE</b> ANTONIO NASCIMBEN	<b>29</b>
<b>Il comunicato stampa del Consiglio Nazionale forense sul tema della mediazione: «inopportuno reintrodurre l'obbligatorietà. Tutta la disciplina deve essere rivista per essere più funzionale a ridurre l'arretrato civile»</b>	<b>36</b>
<b>La vignetta</b> di FEDERICO CECCHIN	<b>38</b>



## EDITORIALE

**Giulio Riem**

«Techne» dedica questo numero alla 'conciliazione/mediazione' secondo i principi dettati dal decreto legislativo n. 28/2010 e dai successivi regolamenti in materia. Ricordiamo ai lettori che la missione della rivista «Techne» è quella di illustrare le innovazioni tecniche e dibattere problemi e soluzioni che riguardano anche 'nuovi modi di fare la stessa cosa'.

La Giustizia è stata recentemente già oggetto di una grande rivoluzione 'tecnica': si parla e si fa il processo telematico, le notifiche *on-line* a mezzo posta elettronica certificata (P.E.C.), la conservazione a norma dei documenti originali elettronici firmati digitalmente, sono stati creati punti di accesso di avvocatura e magistratura telematica e molto altro ancora.

Non si può certo dire però che, informatica a parte, la mediazione delle controversie nascenti non sia un'innovazione epocale; tale innovazione, avviata anche su regole di buon senso, postula una soluzione totalmente nuova rispetto al tradizionale sistema di 'attribuire torti e ragioni' che postula una pronuncia di un giudice ogni volta che un cittadino, un'impresa, un ente intenda ottenere 'giustizia' per i torti subiti.

La conciliazione/mediazione così come proposta dal su citato decreto legislativo è una novità 'rivoluzionaria' nel sistema giuridico italiano anche se il fenomeno è praticato con successo da decenni nei paesi anglosassoni.

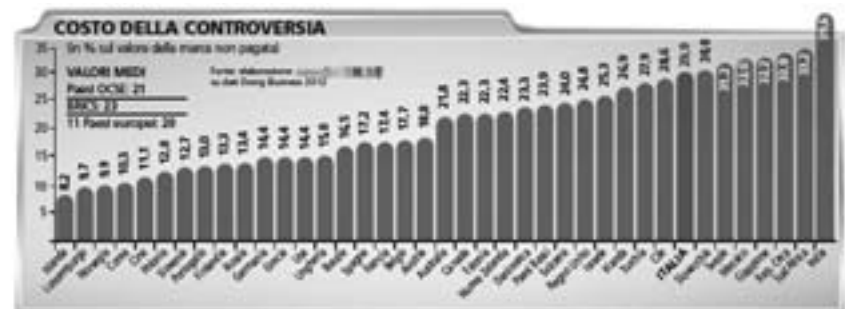
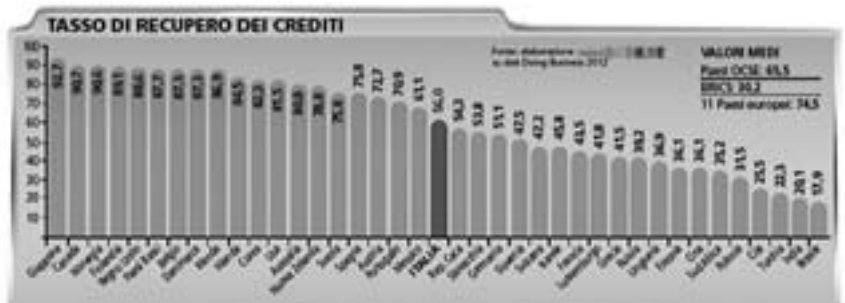
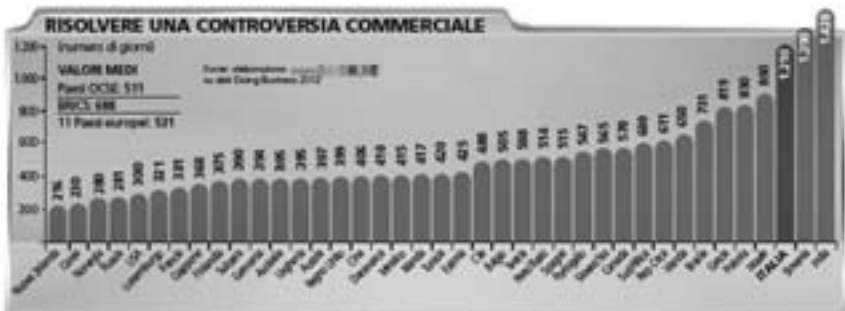
Con la conciliazione il Governo italiano intendeva deflettere la 'ponderosità' di gran parte del contenzioso che attualmente impedisce alla Giustizia un funzionamento celere e virtuoso nella tempistica ed in linea con i principi costituzionalmente affermati sul giusto processo ed in specie sul breve processo.

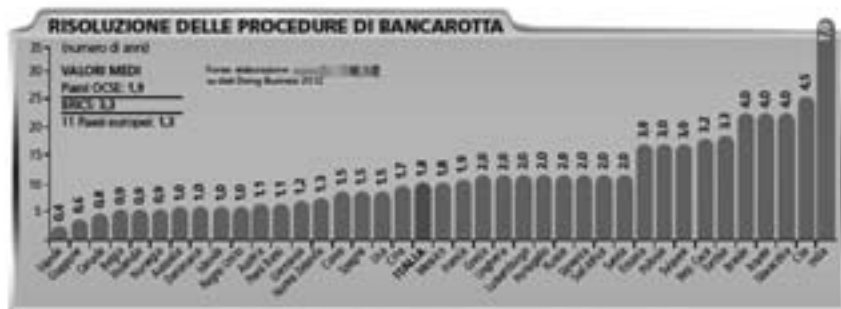
Molte delle materie relative al detto contenzioso erano obbligatoriamente inserite nella norma come submesse al preventivo esperimento della conciliazione; con divieto quindi di proporre direttamente un contenzioso avanti all'autorità giudiziaria come, prima della riforma, era giuridicamente ammesso.

Tale obbligatorietà è stata però recentemente bollata dalla Corte Costituzionale come un «eccesso di delega legislativa» rispetto appunto alle regole stabilite dal decreto legislativo n. 28/2010, così come era invece prevista dalla norma quadro indicato relativamente appunto alle dettande regole in punto conciliazione/mediazione di cui al su citato decreto.

In merito molto attese sono le motivazioni della Corte che, di fatto, sembrano far naufragare l'entusiasmo dei più sulla 'bontà' della soluzione legislativa che intendeva portare alla riduzione di un contenzioso che, di fatto, soprattutto nell'ultimo decennio, ha reso lentissimo l'apparato giudiziario italiano: milleduecentodieci giorni, di media, per risolvere una *controversia commerciale* e con costi altissimi, come afferma tra i molti, Francesco Grignetti sulla «Stampa» dell'8 ottobre 2012 scorso: «Le perdite - si legge - attribuibili ai difetti della giustizia avrebbero inoltre un costo sociale altissimo: *diciotto miliardi di euro all'anno, un punto di PIL*». L'articolo, raggiungibile al seguente link: <http://www.ilpost.it/2012/10/08/la-giustizia-italiana-in-4-grafici/>.

L'articolo è accompagnato da quattro grafici che spiegano tempi e costi della giustizia civile e mostrano la posizione dell'Italia che qui intendiamo riproporre senza alcun commento giacché i dati si commentano da sé.





In punto allora molte le perplessità sollevate da più parti che vedono nella pronuncia della Corte Costituzionale il fallimento della norma e dei suoi obiettivi di deflazione del contenzioso che, ricordiamo, all'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 rendeva appunto obbligatoria la preventiva conciliazione nelle seguenti materie: «controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari».

Mentre scriviamo si legge, in un comunicato, che «il Consiglio Nazionale Forense ha inoltrato una lettera al presidente della Commissione Industria del Senato, Cesare Cursi, per esprimere preoccupazione su due emendamenti alla legge di conversione del decreto legge crescita 2.0 (AS 3533, di conversione del D.L. n. 179/2012) all'esame della Commissione. Si tratta di emendamenti di identico tenore, volti a reintrodurre l'istituto dell'obbligatorietà della mediazione finalizzata alla conciliazione della lite con previsioni del tutto analoghe. Circostanza che fa propendere per la inopportunità di tali modifiche nella more della motivazione della Consulta».

Il presidente Guido Alpa ha rappresentato al Parlamento «come il sistema di



obbligatorietà disciplinato dal D.Lgs. 28/2010 presenta ulteriori profili di criticità di natura tecnico-giuridica in relazione al rapporto tra procedimento di mediazione e processo civile, che però mettono a rischio anche l'effettivo conseguimento dei giusti diritti dei cittadini».

«Si tratta - continua il comunicato - di una disciplina mal congegnata e poco funzionale allo scopo di deflazione del contenzioso civile che si prefiggeva». Nella lettera il presidente Alpa assicura che «l'Avvocatura è profondamente sensibile al tema del buon funzionamento e della ragionevole durata del processo civile - né potrebbe essere diversamente visto il rango costituzionale del Ministero della Difesa - e che, al fine di contribuire al miglioramento del sistema giustizia, sono allo studio ipotesi di impegno della categoria nella diffusione di meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie e segnatamente nella predisposizione di Camere arbitrali presso ciascun Ordine circondariale».

Naturalmente, al di là delle dichiarazioni e della pronuncia della Corte Costituzionale, ci preme qui sottolineare come l'obbligatorietà del preventivo esperimento di conciliazione, attraverso gli organismi di mediazione in dette materie, avrebbe sicuramente evitato l'ingresso in contenzioso, avanti all'Autorità giudiziarie, di una elevata percentuale di liti con l'evitare così alla Magistratura un considerevole carico di lavoro.

In questo numero su questi temi riportiamo allora i contributi di:

CARLO MOSCA, che delinea possibilità di *deflettere il contenzioso* attraverso la conciliazione/mediazione.

GLAUCO RIEM delinea un breve commento legato alla *tutela della riservatezza nel trattamento dei dati genetici* da parte dei conciliatori e, successivamente, affronta la problematica legata alla tutela della riservatezza nell'obbligatorietà c.d. *tirocino assistito* introdotto dal decreto inter-ministeriale relativo alle misure correttive in tema di mediazione n. 145/2011 e la successiva Circolare interpretativa del 20 dicembre 2011 in tema di formazione di mediatori.

ANDREA SIROTTI GAUDENZI affronta un'analisi **in punto diritto** sui temi dell'eccesso di delega e di casi analoghi precedentemente affrontati dalla Corte Costituzionale e rammenta una pronunzia della Corte Europea del 2010 in cui si afferma che «il principio della "tutela giurisdizionale effettiva" non si oppone ad una normativa nazionale che imponga il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale».

Ed ancora, sempre ANDREA SIROTTI GAUDENZI, vista la pubblicazione dell'attesissima sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012 depositata il 6 dicembre 2012, proprio mentre questo numero di «Techne» sta andando in stampa, svolge un breve, ma puntuale, commento 'a caldo' della decisione che ha cassato l'obbligatorietà della mediazione nelle materie già su indicate. Chi volesse reperire in Internet il testo della sentenza per intero potrà farlo al seguente link: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

ANTONIO NASCIBEN, reca la propria esperienza di mediatore e formatore analizzando alcuni degli aspetti pratici ed operativi della conciliazione/mediazione e dell'organizzazione degli Organismi di mediazione.

Pubblichiamo inoltre il testo del comunicato stampa della Corte Costituzionale ed il testo del comunicato stampa del Consiglio Nazionale Forense sui temi della conciliazione/mediazione.

Infine la vignetta di FEDERICO CECCHIN sinteticamente illustra, *suo modo*, gli effetti della decisione della Corte Costituzionale.

## LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO DI DEFLAZIONE DEL CONTENZIOSO

**Carlo Mosca**

La mediazione può esser definita, in termini generali, come un procedimento in cui un terzo esterno (il mediatore) aiuta due o più soggetti coinvolti in una situazione conflittuale a trovare soluzioni alla stessa.

Il fine di tale intervento può esser diverso e dipende essenzialmente dalla natura e dall'intensità del conflitto. Ad un livello minimo (ad esempio laddove il terzo viene chiamato per assistere le parti nella strutturazione di un contratto complesso), il mandato del mediatore si sostanzia nella facilitazione di un'intesa (c.d. *transactional mediation*). Simile, sotto tale aspetto è la mediazione utilizzata al fine di identificare politiche di comportamento per autorità pubbliche in contesti quali ambiente, sanità, traffico... che coinvolgono interessi collettivi (c.d. *policy-making mediation*).

Laddove invece il conflitto presenta livelli più elevati, e si è magari concretato nell'avvio di azioni giudiziarie o presa di vie di fatto - ed è il contesto in cui il mediatore è tipicamente atteso a svolgere un ruolo - il mandato al mediatore consiste nella gestione delle interazioni negative (c.d. *conflict containment mediation*) se non proprio nella ricerca di soluzioni che valgano a superare la situazione critica (c.d. *dispute resolution mediation*).

In ogni caso, i modi in cui si estrinseca l'intervento del mediatore possono - come vedremo nelle pagine che seguono - variare decisamente in ragione del contesto in cui si svolge detto intervento, nonché delle personali inclinazioni e convinzioni del mediatore. I caratteri essenziali, peraltro restano quelli sopra delineati e, sotto tale aspetto, la mediazione si colloca - ed ha anzi posizione preminente - fra i procedimenti volti alla gestione di situazio-

ni conflittuali, diversi dal classico ricorso al sistema giudiziale statale. Si usa, al riguardo, etichettare oggi questi procedimenti come 'metodi ADR' (dal fortunato acronimo di 'Alternative Dispute Resolution' diffusosi negli Stati Uniti e quindi nel resto del mondo, in epoca relativamente recente<sup>1</sup>). Si tratta invero di una gamma variegata di sistemi diversi di origine spesso antica (come l'arbitrato o le varie forme di negoziato assistito) e che spesso si possono riscontrare, nella loro struttura elementare, in contesti e paesi diversi<sup>2</sup>. Un dato comunemente accettato è che il ricorso ai metodi ADR sia in crescita - si parla al riguardo di 'movimento ADR' - nella gestione delle controversie domestiche e soprattutto internazionali; al fenomeno non è naturalmente fattore estraneo l'inadeguatezza che spesso (e certo non solo in Italia) caratterizza il sistema pubblico della giustizia, ma gioca un ruolo decisivo anche la possibilità, per le parti coinvolte, di trovare nei sistemi ADR un ambiente maggiormente favorevole per l'espressione delle rispettive istanze ed un maggior controllo del modo con il quale il conflitto viene gestito<sup>3</sup>.

A dispetto della sua relativa novità, l'acronimo ADR è contestato, sulla scorta delle ultime considerazioni sopra riportate. Viene infatti fatto notare che l'indicazione 'Alternative' (alternativo) sia fuorviante, trattandosi in realtà di un fenomeno prevalente rispetto al ricorso ad un tribunale (che, a dispetto delle apparenze, non è un modo 'normale' di gestire una controversia); al riguardo, si è proposto di usare in alternativa il termine 'Effective' (efficace). In secondo luogo, anche il concetto sotteso a 'Dispute' (controversia) pare troppo restrittivo e sembra piuttosto opportuno utilizzare il termine più ampio di 'Conflict' (conflitto). Infine, 'Resolution' apre prospettive pretenziose - si fa notare - laddove è decisamente più opportuno parlare di 'Management' (gestione). Il nuovo acronimo ECM così risultante, pare peraltro francamente aver poche *chances* di affermarsi; si continuerà così a parlare di ADR, anche se la discussione di cui s'è accennato può contribuire a valutarne criticamente i valori sottesi.

Abbiamo avuto modo di evidenziare in un precedente lavoro (Mosca, 2010, p. 21 ss.), come gli strumenti ADR (ma anche il ricorso al giudice) rientrino nel generale fenomeno di triangolarizzazione del conflitto, cioè nel coinvolgimento da parte dei soggetti coinvolti nello stesso, di uno o più soggetti

esterni che possano aiutarli ad evitare le *empasses* sino al momento sperimentate nel confronto diretto. La mediazione realizza appunto tale schema e, grazie alla sua flessibilità ed adattabilità alle più svariate situazioni, può annoverarsi fra gli strumenti ADR maggiormente suscettibili di utilizzo.

Quanto alle finalità della mediazione, Boulle e Nestic (2001, p. 6) parlano espressamente di mediazione come decision-making process, per evidenziare il contributo del mediatore non alla risoluzione di una lite, quanto al formarsi di decisioni (consapevoli) sulla stessa. L'osservazione è in linea con quella sopra fatta a proposito dell'acronimo ADR.

In realtà, sullo scopo ultimo della mediazione le opinioni divergono talora in modo deciso. Infatti, i modelli di intervento del mediatore ed i conseguenti approcci operativi vengono determinati in ultima istanza dall'impostazione ideologica adottata (in modo cosciente o meno). Interessanti, al proposito, le 'storie' sulla mediazione, richiamate da Folger e Bush nel loro *The Promise of Mediation* (Bush & Folger, 1994). Una prima di tali 'storie', o visioni di cosa è o dovrebbe esser la mediazione è la 'storia della soddisfazione':

Per questa storia, la mediazione è

un potente strumento volto a soddisfare genuini bisogni di parti in lite. Grazie alla sua flessibilità, informalità e consensualità la mediazione può spalancare le dimensioni del problema che le parti affrontano. Non subendo le limitazioni delle categorie giuridiche e delle norme, la mediazione può supportare la ridefinizione di una lite avversariale in un mutuo problema. Il mediatore, poi, grazie alle sue tecniche può ridurre il disequilibrio negoziale. Così, la mediazione può facilitare un approccio collaborativo volto alla soluzione dei problemi che superi il mero mercanteggiamento avversariale, e può portare a soluzioni creative e di mutuo vantaggio (*win-win*) che vadano oltre le posizioni giuridiche e soddisfino invece i reali interessi in gioco. Lo sviluppo della mediazione ha contribuito a sviluppare soluzioni qualitativamente idonee, in tutti i diversi campi, a soddisfare i bisogni di tutti i soggetti coinvolti.

Rispetto, poi, ad altri procedimenti più formali e avversariali, i caratteri di informalità e mutualità della mediazione può ridurre i costi e lo stress connessi solitamente alla gestione di una lite. Il ricorso alla mediazione genera così un deciso vantaggio, sia economico che psicologico, per le parti; e lo produce pure per il sistema pubblico, nella misura in cui riduce il carico giudiziario, liberando risorse

che possono soddisfare più celermente chi necessita realmente di veder affermato un diritto. In definitiva, l'affermazione della mediazione produce vantaggi sia a livello privato che pubblico; e così aumenta il grado di soddisfazione degli utenti del sistema giustizia. (Bush & Folger, 1994, p. 16).

Una narrativa alternativa è quella proposta dalla 'storia della giustizia'. Per questa storia, la mediazione è

un efficace strumento per ricondurre gli interessi individuali ad uno superiore e comune, rinforzando così i legami e le strutture sociali. Il dato è rilevante perché i singoli individui sono di per sé esposti a forme di sfruttamento e un'adeguata organizzazione sociale può contenere tale sfruttamento e realizzare maggiore giustizia sociale. La mediazione può contribuire al raggiungimento di tali obiettivi in modi diversi. Grazie alla capacità del mediatore di ristrutturare le questioni e focalizzare gli interessi comuni alle parti in lite, queste possono arrivare a concepire un contesto più ampio, in cui il nemico sia altro da loro; i deboli così possono unire le forze. Inoltre, grazie al fatto che le parti sono aiutate nel trovare un loro modo di affrontare i problemi, la mediazione diminuisce la loro dipendenza da centri d'autorità distanti, e favorisce la crescita di comunità di base. La mediazione infine conduce a considerare le norme legali come un componente fra altri del composito modo di trattare le questioni e valutarne le possibili soluzioni. Così le comunità possono aver più forza nel far valere le loro istanze, di quanto avverrebbe in un formale contesto legale. La mediazione ha di fatto facilitato, almeno in parte, il processo di aggregazione di individui relativamente deboli in più forti comunanze d'interessi, contribuendo alla loro affermazione, e incrementando il livello di giustizia sociale e coinvolgendo individui isolati in una vita sociale partecipativa. (Bush & Folger, 1994, p. 18).

Terza è la 'storia della trasformazione'. Per questa storia,

il fine ultimo della mediazione è quello di trasformare il carattere sia delle parti in lite che della società nel suo complesso. Grazie all'informalità e alla consensualità che la caratterizzano, la mediazione permette alle parti di definire propriamente i problemi ed i loro obiettivi, così valorizzando la loro rilevanza nel loro vissuto. La mediazione, inoltre, può supportare le parti nella loro autonoma determinazione di sé, ed eventualmente come, per fine ad una lite, oltre a stimolarle affinché fac-

ciano ricorso alle loro stesse forze per fronteggiare la situazione e raggiungere i loro obiettivi. L'affermazione della mediazione ha permesso, almeno in parte, di sfruttare il procedimento per rafforzare la capacità della parte di gestire situazioni difficili, non solo contingenti ma anche future, assicurando l'acquisizione di un senso di autostima e rispetto che realizza quella che è indicata come la dimensione dell'*empowerment*. [...] nonché di affinare la capacità di relazionarsi alla preoccupazione della controparte. In tal senso la mediazione ha generato, anche fra chi inizialmente vede l'altro come il suo più fiero avversario, un senso di umanità, ed è ciò che viene indicato come dimensione della *recognition* [...]. (Bush & Folger, 1994, p. 20).

Tale varietà di 'storie'<sup>4</sup> dipinge un quadro decisamente variegato e - stante l'incompatibilità delle promesse di ciascuna - invita a riflettere sul fatto che nessuna di esse, in realtà, offre una descrizione esauriente dell'intero fenomeno che va sotto il nome di mediazione.

La finalità della mediazione dipende in ultima istanza dagli obiettivi che (coscientemente o meno) gli operatori del settore ed i legislatori si prefiggono e, al riguardo, vale l'osservazione fatta da Baruch Bush ancora nel 1984 (Bush, 1984) che è difficile, se non impossibile, perseguire il soddisfacimento di tutti gli obiettivi, sia perché il successo di alcuni inevitabilmente comporta la svalutazione di altri, sia per l'inevitabile scelta imposta dalla scarsità di risorse disponibili. Ne consegue che l'identificazione della finalità della mediazione richiede una definizione chiara degli obiettivi che s'intende perseguire.

Certo la 'storia della soddisfazione' è quella che gode oggi di più ampia adesione, probabilmente perché meglio corrisponde ad un canone generalmente riconosciuto come 'naturale' nei rapporti civili ed ancor più in quelli commerciali: quello di massimizzare l'interesse del singolo, minimizzandone le conseguenze negative (l'ottica del *win-win*, sopra citata).

Se l'obiettivo cambia e diventa quello di prevenire l'ingiustizia fra parti aventi potere negoziale diseguale è la 'storia della giustizia' (e per converso, quella dell'oppressione) che va seguita. Una potente eco di tale narrativa è chiaramente percepibile nelle iniziative adottate in sede comunitaria (la

direttiva 2008/52 menziona esplicitamente la necessità di «garantire un miglior accesso alla giustizia» - v. considerandum 5). Ma se invece l'obiettivo della mediazione è la modificazione del modo stesso in cui il conflitto è vissuto dalle parti coinvolte è la 'storia della trasformazione' quella che merita attenzione. Questa ha minor diffusione delle precedenti, ma presuppone quello che appare l'obiettivo più coinvolgente, organico ed efficace.

#### NOTE

<sup>1</sup> «Nessuno usava il termine ADR negli anni '70» (Barrett 2004: 189).

<sup>2</sup> Si pensi, nel contesto nostrano, all'arbitrato irrituale o alla perizia contrattuale, oltre alle varie forme (formali ed informali) di conciliazione.

<sup>3</sup> Non a caso, per taluni, l'arbitrato nella sua forma classica non deve annoverarsi fra gli strumenti ADR, vista la sua sostanziale natura di giudizio, seppur affidato a privati anziché ad organi statali quali i giudici.

<sup>4</sup> Bush e Folger (1994, p. 22) ne aggiungono invero un'altra - che qui non rileva ai fini del discorso che stiamo facendo - la 'storia dell'oppressione' (cioè la mediazione come strumento per perpetuare lo *status quo* sociale ed evitare i progressi e l'affermazione dei diritti dei soggetti più deboli, che solo in sede giudiziaria può essere assicurata). È la narrazione questa che fa da sfondo a tanta ostilità ad esempio per l'introduzione della mediazione, come di altre formule negoziali, nel campo dei conflitti di lavoro.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

L. BOULLE, M. NESIC, *Mediation. Principles, Process, Practice*, UK: Butterworths, London, 2001.

R.A. BUSH, *Dispute Resolution Alternatives and Achieving the Goals of Civil Justice: Jurisdictional Principles for Process Choice*, Wisconsin Law Review, 4, 1984, 893-1034.

R.A. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation. Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, Jossey-Bass, San Francisco, CA, USA, 1994.

C. MOSCA, *La mediazione ex decreto 28/10. Sua contestualizzazione nell'ambito del movimento ADR e profili critici*, Tiaki Publ., Treviso, Italia, 2010.



## **ORGANISMI DI MEDIAZIONE: NON SERVE LA NOTIFICA PER IL TRATTAMENTO DI DATI GENETICI NELLE ATTIVITÀ DEI CONCILIATORI**

**Glauco Riem**

Il Garante della Privacy esonera gli organismi di mediazione previsti dal D.Lgs. 28/2010 dall'obbligo di notifica di cui all'art. 37 del D.Lgs. 196/2003 e successive modificazioni.

Il provvedimento n. 259 del 24 giugno 2011 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 161 del 13 luglio scorso.

L'autorizzazione - che si aggiunge alle altre autorizzazioni generali dopo le premesse - afferma che:

I trattamenti di dati genetici effettuati da organismi di mediazione nell'esercizio e con le modalità proprie dell'attività di mediazione di cui al d.lg. 4 marzo 2010, n. 28 e successive modificazioni e integrazioni sono posti in essere con modalità che permettono, allo stato, di sottrarli all'obbligo di notificazione, ferma restando l'osservanza degli ulteriori principi ed obblighi previsti dal Codice in materia di protezione dei dati personali; ciò tenuto conto che gli organismi di mediazione possono venire a conoscenza di dati genetici in modo saltuario, non assumendo l'attività di trattamento di **tali dati carattere** di costanza e prevalenza rispetto a quella avente ad oggetto ogni altro tipo di dati personali; considerati, altresì, le puntuali indicazioni sul trattamento dei dati personali contenute nelle citate deliberazioni nn. 160, 161, 162 emanate dal Garante il 21 aprile 2011 e il regime di pubblicità dell'elenco dei soggetti abilitati all'attività di mediazione, tenuto e costantemente aggiornato dal Ministero della Giustizia.

Il provvedimento delibera conseguentemente: A) di sottrarre all'obbligo di notificazione al Garante i trattamenti di dati genetici, rientranti nei casi previsti dall'art. 37, comma 1, lett. a) del Codice, che siano effettuati da organi-

smi di mediazione nell'esercizio e con le modalità proprie dell'attività di mediazione di cui al D.Lg. 4 marzo 2010, n. 28 e successive modificazioni e integrazioni; B) di inviare copia della presente deliberazione all'Ufficio pubblicazione leggi e decreti del Ministero della Giustizia ai fini della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

L'autorizzazione prende l'avvio dalla considerazione che nell'attività di mediazione, come normativamente prevista, gli organismi di mediazione ed i conciliatori possono incidentalmente venire a conoscenza di dati genetici dei soggetti che chiedono la conciliazione/mediazione.

Detta attività naturalmente viene considerata dall'Authority come marginale, non prevalente e saltuaria, rispetto all'attività svolta dagli organismi di mediazione e dai conciliatori. In punto l'Authority detta poi una serie di precise indicazioni in merito all'eventuale trattamento di dati genetici in mediazione nelle sue delibere 160, 161 e 162 emanate il 21 aprile 2011.

In merito alla mediazione segnaliamo che il Garante Privacy ha inteso rilasciare anche una seconda autorizzazione generale *ad hoc* rivolte a tutti gli organismi di mediazione e formazione, costituiti secondo i principi dettati dal D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 e del successivo DM n. 180/2010.

Detta seconda autorizzazione riguarda il trattamento di dati a carattere giudiziario tesi a verificare, da parte del Ministero di Giustizia, degli organismi di mediazione e di quelli di formazione, l'onorabilità dei mediatori; le norme citate infatti non indicavano espressamente il tipo di dati e le operazioni eseguibili che devono sicuramente invece trovare una puntuale disciplina in un regolamento in cui si indichino le informazioni personali utilizzabili e le finalità di trattamento perseguite; detto regolamento avrebbe dovuto subire il vaglio e l'approvazione da parte del Garante Privacy prima di esplicitare i propri effetti, di qui la decisione dell'Authority di provvedere espressamente. Il Garante ha quindi predisposto in collaborazione con il Ministero della Giustizia un regolamento per il trattamento dei dati sensibili (autorizzazione n. 161) così come previsto dagli articoli 26 e 27 del Codice della privacy che autorizza gli organismi di mediazione privati al trattamento dei dati sensibili.

Le autorizzazioni del Garante, come tutte le autorizzazioni generali, sono soggette a scadenza: quelle in tema di mediazione sopra citate scadranno per la prima volta il 30 giugno 2012.

#### LINK DI APPROFONDIMENTO

Autorizzazione al trattamento dei dati a carattere giudiziario correlato all'attività di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali - 21 aprile 2011 (Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 101 del 21 aprile 2011).

<http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1808676>.

Esonero dall'obbligo di notificazione del trattamento di dati genetici effettuato da organismi di mediazione - 24 giugno 2011(Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n.161 del 13 luglio 2011).

<http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1823225>.

## **MEDIAZIONE E TIROCINIO ASSISTITO: ALCUNE RIFLESSIONI FRA PRIVACY E RAGIONEVOLEZZA**

**Giulio Riem**

Il decreto interministeriale relativo alle misure correttive in tema di mediazione n. 145/2011 e la successiva Circolare interpretativa del 20 dicembre 2011 pongono lo spunto per alcune riflessioni sulla portata operativa del così detto  *tirocinio assistito*  introdotto dal D.I. 145/2011 che modifica l'art. 4, comma 3, del D.I. 180/2011 in tema di formazione di mediatori. Il  *tirocinio assistito*  si aggiunge alle previsioni normative che abilitano i mediatori all'attività di mediazione così come normativamente prevista e che comportavano, dopo il superamento del corso abilitante, una successiva ulteriore formazione di diciotto ore da effettuarsi ogni biennio successivo.

**Il tirocinio assistito - da effettuarsi** gratuitamente presso ciascun organismo che «è obbligato a consentire, gratuitamente, disciplinandolo nel proprio regolamento, il tirocinio assistito di cui all'art. 4, comma 3, lettera b) della su citata normativa». Detto tirocinio andrebbe quindi a completare ed integrare la formazione 'permanente' del mediatore che, allo scopo, deve dimostrare di aver presenziato ad almeno venti casi di mediazione nel biennio. Ciò sembra essere una discrasia sistemica in quanto il cosiddetto tirocinio assistito segue e non, come invece dovrebbe logicamente essere, precede l'acquisizione della prescritta abilitazione alla mediazione.

Il primo problema che ci preme evidenziare è **che atteso** il numero di mediatori che devono 'mantenere' l'*abilitazione* mediante appunto al cosiddetto tirocinio assistito verrà in un certo senso vanificata proprio **la** tutela della riservatezza su cui il procedimento di conciliazione si fonda.

Da una stima percentualistica dei mediatori (attualmente oltre cinquantamila distribuiti in settecentosettanta organismi iscritti al Registro tenuto dal

Ministero della Giustizia), rispetto ai casi portati in mediazione, si ritiene che veramente **molti/moltissimi** siano i mediatori che dovrebbero semplicemente assistere al procedimento anzidetto ai fini del mantenimento dell'abilitazione.

Una sorta di *silenzioso uditorio* sui problemi altrui: una presenza sicuramente ingombrante da giustificare alle parti che diventa anche un serio deterrente a raccontare, cuore in mano, i fatti propri avanti a tante persone: il mediatore, le parti, gli avvocati, i consulenti ed una pletera di tirocinanti (silenziosi). Il solo fatto comunque di esserci e per motivi strettamente egoistici, non sembra infatti al legislatore di per sé un comportamento vero e proprio: come se il comportamento fosse solo basato sull'esternazione dell'essere e non dell'esistere o dell'essere semplicemente presente per scopi meramente 'privatistici' e personali.

Difficile credere poi che la presenza dei tirocinanti sia sempre 'inespressiva': il linguaggio gestuale/corporeo, il telefonino dimenticato acceso, la pausa caffè... pur se la regola vuole che ci si «deve limitare ad assistere alla mediazione **compita** dal *mediatore vigilante* senza compiere ulteriori attività». Il *mediatore vigilante* poi diventa una nuova figura resa 'tipica' è **chiaro**, come sempre più spesso leggiamo nelle norme, **che doveva essere previsto** che qualcuno svolgesse una attività di vigilanza sul comportamento dei mediatori tirocinanti. Una vigilanza, per adesso, ancora senza espressi poteri sanzionatori.

La trattazione dei casi più delicati attinenti per esempio alla diffamazione a mezzo stampa o alla responsabilità medica, ma anche i più semplici 'affari di famiglia' in una divisione, in una successione ereditaria dovranno essere raccontati a tanti tirocinanti quanti sono e saranno quelli che hanno il *dovere/diritto* di assistere (per conservare la possibilità di continuare ad essere mediatori) e ciò finché esisterà l'istituto della conciliazione/mediazione obbligatoria.

La norma riteniamo si commenta da sé.

Come spesso accade, proprio quella sensibilità e tatto che i formatori in mediazione sottolineano debba essere un *leit motive* che accompagna l'attività del mediatore viene vanificata da una norma che potrebbe affossare

indirettamente ed a posteriori la mediazione così come prevista dalla norma.

Il mediatore poi, **così come** condannato ad un eterno tirocinio assistito, sembra essere considerato dal legislatore una sorta di inaffidabile alunno. Assistiamo poi a quella che potrebbe essere definita una contraddizione normativa: obbligare al tirocinio un soggetto che ha già ottenuto una 'abilitazione' e che già la deve 'richiamare' con corsi obbligatori biennali.

*Ad abundantiam* leggiamo che il tirocinio darà modo «a ciascun mediatore iscritto di poter verificare e sperimentare l'altrui esperienza ora in sede di prima sessione, ora in un momento successivo, ora nel momento in cui il mediatore ritiene di dovere formulare alle parti la proposta di mediazione, senza porre alcuna ulteriore preclusione».

*Sic et ultra!*

La presenza ad almeno venti casi di mediazione implica poi una pletera di problematiche che qui di seguito ci preme elencare anche se non in modo esaustivo:

- la difficoltà da parte degli organismi di mediazione di organizzare il gratuito tirocinio;
- il vorticoso giro di attestazioni/certificazioni/presenze/registri da gestire;
- l'appesantire - senza ricompensa - il lavoro dei singoli organismi di conciliazione e l'attività dei mediatori già abili;
- l'utilizzo di strutture più ampie del necessario e quindi più costose per permettere il gratuito tirocinio;
- l'aggravio e le spese dei conciliatori che per frequentare le sessioni di tirocinio dovranno tenere impegnate almeno una trentina di giornate senza possibilità di remunerazione alcuna.

Riteniamo allora che la soluzione debba essere quella di ricondurre ad una necessaria ragionevolezza il tema del tirocinio assistito che potrebbe trovare ingresso prima del rilascio dell'abilitazione e cioè la frequentazione del corso abilitante congiuntamente ad un tirocinio breve.

## ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E AFFERMAZIONE DELLA MEDIAZIONE

**Andrea Sirotti Gaudenzi**

La recente parziale 'bocciatura' ad opera della Corte costituzionale dell'istituto della mediazione delle controversie imporrebbe di effettuare l'analisi del provvedimento della Consulta.

Tuttavia, nel momento in cui si scrivono queste considerazioni, ancora non si dispone delle motivazioni della decisione resa dalla Corte, la quale si è limitata a diffondere un breve comunicato stampa in cui si fa presente che l'illegittimità costituzionale è stata dichiarata «per eccesso di delega legislativa del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione»<sup>1</sup>.

Francamente, a chi scrive sembra che il presunto eccesso fosse stato «sanato» dagli interventi legislativi sul D.Lgs. n. 28/2010<sup>2</sup>. Tuttavia, rigore e serietà impongono di non poter commentare un provvedimento di cui è stata diffusa solo una sintesi estrema.

In questa sede, ci si limita ad evidenziare sommessamente che un «vizio procedurale» nell'adozione di una norma non dovrebbe essere ritenuto sufficiente per cancellare quanto di positivo possa rappresentare l'istituto, peraltro recentemente oggetto di pareri favorevoli da parte delle Istituzioni dell'Unione europea e sicuramente in grado di rappresentare uno strumento deflattivo del contenzioso<sup>3</sup>.

Come noto, i principali problemi legati all'introduzione di un tentativo obbligatorio di conciliazione (o, *rectius*, procedimento di mediazione) «diffuso» come quello dettato dal D.Lgs. n. 28/2010 (se non altro, prima della recente decisione della Consulta) sono sempre stati rappresentati dai dubbi legati alla compatibilità della previsione normativa con il precetto espresso dal

primo comma dell'art. 24 della Carta costituzionale, secondo cui «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»<sup>4</sup>.

A tal proposito, comunque, si deve ricordare che la Consulta ha in passato affermato il principio secondo cui il rigore con cui è tutelato il diritto di azione non comporta affatto l'assoluta immediatezza del suo esperimento<sup>5</sup>. Si è peraltro ricordato che «evitare l'abuso, o ancor meglio l'eccesso della giurisdizione, in vista di un interesse della stessa funzione giurisdizionale, è stato sovente la *ratio* espressa della *giurisdizione condizionata*»<sup>6</sup>. In effetti, «il principio di economia processuale, inteso come più efficace e pronta soluzione dei conflitti, ha solitamente fondato la rispondenza dei condizionamenti censurati alla previsione costituzionale del diritto di azione»<sup>7</sup>.

Ad ogni modo, la norma espressa dall'art. 24 della Suprema Carta repubblicana dev'essere sicuramente letta alla luce dei principi espressi dalle istituzioni sovranazionali (e, in particolare, da quelle europee).

A tal proposito appare utile ricordare un recente *dictum* emesso dalla Corte di Giustizia nel marzo del 2010<sup>8</sup>. Nell'occasione, i Giudici del Lussemburgo hanno affermato che il principio della «tutela giurisdizionale effettiva» non si oppone ad una normativa nazionale che imponga il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale.

Peraltro, con riferimento al presunto «eccesso di delega», si deve segnalare un precedente significativo emesso dalla Consulta nazionale con riferimento ad una ipotesi di soluzione alternativa delle liti.

Nel 2000, a proposito delle norme che stabilivano il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro<sup>9</sup>, la Corte costituzionale, superando i dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina<sup>10</sup>, ha affermato che

l'esame della legge di delega - al fine di valutare la conformità ad essa della normativa delegata - deve essere condotto procedendo anzitutto all'interpretazione delle norme della legge di delegazione che determinano i principi e i criteri direttivi, da ricostruire tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che ispirano la delega<sup>11</sup>.



È ben vero che la legge n. 69/2009 non autorizzava espressamente l'Esecutivo all'introduzione della «condizione di procedibilità», ma è altrettanto vero che le finalità del Legislatore erano legate alla necessità di prevedere efficaci strumenti deflattivi del contenzioso. E, come si sa, nel nostro Paese ogni misura che non venga imposta come obbligatoria viene disattesa.

Appare originale, quindi, che il provvedimento della Consulta, di cui il 24 ottobre 2012 è stato diffuso il comunicato, abbia 'ribaltato' questa impostazione. Eppure, lo si ribadisce, la decisione della Corte costituzionale non potrà eliminare gli effetti positivi di una disciplina come quella della mediazione, sicuramente in grado di migliorare il sistema della giustizia italiana.

#### NOTE

<sup>1</sup> Si veda il comunicato pubblicato su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>2</sup> In particolare, non si deve dimenticare il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, con le modifiche apportate dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148 (che ha modificato l'ultimo comma dell'art. 8 del D.Lgs. n. 29/2010). Inoltre, il d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10, aveva disposto il rinvio dell'entrata in vigore della norma relativa alla condizione di procedibilità in riferimento alle controversie in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

<sup>3</sup> Si rinvia ai dati resi noti dal Ministero della Giustizia.

<sup>4</sup> Art. 24, comma primo, Cost.

<sup>5</sup> Cfr.: Corte cost., 16 giugno 1964, n. 47, in *Dir. lav.*, 1964, II, pag. 277 (secondo cui «la tutela giurisdizionale è garantita dalla Costituzione "sempre", ma non è necessario che sussista una relazione di immediatezza tra la tutela stessa e il sorgere del diritto: da ciò la costante giurisprudenza della Corte relativa alla legittimità costituzionale di disposizioni che impongono oneri diretti ad evitare l'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale o, come nella specie l'eccesso di tale diritto»). In tema di esercizio del diritto d'azione nel sistema della tutela giurisdizionale, si vedano altresì: Corte cost., 3 maggio 1963, n. 56, in *Giur. cost.*, 1963, pag. 498; Corte cost., 8 giugno 1963, n. 83, in *Giust. civ.*, 1963, III, pag. 184; Corte cost., 3 luglio 1963, n. 113, *ivi*, 1963, III, pag. 219; Corte cost., 3 maggio 1963, n. 56, in *Giur. cost.*, 1963, pag. 498.

<sup>6</sup> Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, in *Foro it.*, 1992, I, col. 1023 con nota di G. Costantino; in *Giur. it.*, 1992, I, pag. 1843; in *Mass. Giur. lav.*, 1992, pag. 135, con nota di G. MANNACIO.

<sup>7</sup> *Ibidem*. Nell'occasione era stata sollevata, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 11 maggio 1990, n. 108, nella

parte in cui prevedeva il tentativo obbligatorio di conciliazione (secondo le procedure stabilite dai contratti e accordi collettivi ovvero dagli artt. 410 e 411 c.p.c.) come condizione di procedibilità dell'azione.

<sup>8</sup> Corte Giust., 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, 318/08, 319/08, 320/08, Alassini e altri contro Telecom e Wind, in *Corr. giur.*, 2010, fasc. 10, pag. 1289.

<sup>9</sup> Come noto, il tentativo di conciliazione era stato reso obbligatorio dal D.Lgs. n. 80 del 1998.

<sup>10</sup> In dottrina, sul tema: R. Tiscini, *Brevi note su un dubbio di incostituzionalità del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, pag. 270.

<sup>11</sup> Corte cost., 13 luglio 2000, n. 367, in *Riv. critica dir. lav.*, 2000, pag. 884, con nota di G. Paganuzzi.

## **LA DECISIONE DELLA CONSULTA: LA MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE NON È CONTRARIA AI PRINCIPI FONDAMENTALI**

**Andrea Sirotti Gaudenzi**

Dopo settimane dal surreale 'comunicato stampa' del 24 ottobre, la Consulta ha depositato il testo della sentenza relativa alla mediazione delle controversie. Il primo dato che risulta chiaramente è legato alla conferma di quanto già letto nel comunicato: l'unico 'vizio' presentato dal D.Lgs. n. 28/2010 è rappresentato dall'eccesso di delega in cui l'Esecutivo è incorso nel prevedere una forma di mediazione 'obbligatoria'.

Purtroppo, bisogna riconoscere che il testo del provvedimento è sotto certi aspetti sorprendente, dato che il vizio formale rilevato dalla Corte ha - di fatto - abbattuto gran parte dell'impianto del D.Lgs. n. 28/2010, travolgendo alcune disposizioni che non sono necessariamente connesse all'"obbligatorietà".

Basti pensare che viene eliminato in un sol colpo l'ultimo comma dell'art. 8 del decreto (oggetto, peraltro, di recente rivisitazione da parte del legislatore), che prevedeva che dalla mancata partecipazione al procedimento di mediazione il giudice potesse desumere argomenti di prova nel successivo giudizio, disponendo altresì specifiche sanzioni per chi non avesse preso parte al procedimento di mediazione «senza giustificato motivo».

L'art. 13 (dedicato alle ripercussioni della mancata accettazione della 'proposta conciliativa' sulle spese processuali) viene quasi completamente cancellato, dato che si mantiene in vita solo un segmento incolore e privo di reale significato. Tuttavia, al di là di questi rilievi, appare evidente che l'unica censura mossa alla disciplina da parte della Consulta è proprio il vizio formale. E la Corte non avrebbe potuto fare altrimenti.

Qualche improvvisata Cassandra sosteneva che la Consulta avrebbe censurato i costi del procedimento di mediazione e il fatto che la disciplina nazionale consenta anche ai non giuristi di svolgere l'attività di mediatore.

Altri ancora, dopo la diffusione del comunicato stampa, hanno affermato pubblicamente che la previsione della 'mediazione obbligatoria' fosse in contrasto con il diritto fondamentale di accesso alla giustizia. Eppure, nei suoi precedenti la Corte costituzionale ha sempre ritenuto che l'art. 24 della Suprema Carta non possa essere violato dalla previsione di una 'condizione di procedibilità'. In buona sostanza, il diritto di accesso alla giustizia non viene cancellato dalla presenza di disposizioni che impongano strumenti alternativi di soluzione delle liti, in assoluta conformità a quanto già previsto dalle fonti europee e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria. In altre occasioni ho affermato che la disciplina nazionale non è affatto incompatibile con i principi europei. E sembra che i Giudici costituzionali si siano mossi nella consapevolezza della *primauté* del diritto europeo sul diritto nazionale. In questo senso, appare assai significativo che la Consulta tenga in debita considerazione il provvedimento emesso il 18 marzo 2010 dalla Corte di giustizia, in cui si afferma che «non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace (...)». Nell'occasione la Corte del Lussemburgo ha chiarito che non sussiste una sproporzione manifesta tra l'obiettivo di affermare uno strumento efficace di ADR e «gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale» (Corte Giust., 18 marzo 2010, cause da C-317/08 a C-320/08). Anche la Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo è giunta a conclusioni simili, affermando che i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono essere sottoposti a talune restrizioni, a condizione che queste ultime rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale (C.E.D.U., 21 novembre 2001, Fogarty contro Regno Unito). E, come rilevato dal Consiglio d'Europa e dalle istituzioni dell'Unione europea, la situazione della giustizia italiana è un problema che oramai investe non solo il nostro Paese, ma rischia di avere ripercussioni sull'intero sistema continentale. Ebbene, queste sono le considerazioni da cui ripartire, auspicando che le istituzioni nazionali tengano conto degli effetti positivi di una disciplina come quella della mediazione, in grado di migliorare il sistema della giustizia italiana, non solo come misura deflattiva del contenzioso, ma anche come strumento realmente utile a cittadini ed imprese.

## LA PROMESSA DELLA MEDIAZIONE

**Antonio Nascimben**

La Corte Costituzionale, con uno stringato comunicato stampa, ha messo fine alla mediazione obbligatoria, dichiarando incostituzionale decreto legislativo n. 28/2010 nella parte in cui, all'articolo 5, aveva introdotto come condizione di procedibilità il tentativo di mediazione obbligatoria prima di intraprendere successive azioni giudiziarie in un'ampia fetta del contenzioso civile e commerciale, dalle liti successorie, ai diritti reali, ai contratti bancari e assicurativi, per passare nel mondo delle liti condominiali; il motivo: l'eccesso di delega ove si introduceva, nell'ordinamento giuridico, l'obbligo di mediazione.

In attesa di leggere la motivazione della sentenza è crollata la principale riforma della mediazione civile e commerciale degli ultimi 15 anni che, pur con tutti i limiti, cominciava a dare i frutti che il Governo si aspettava per diminuire le cause civili avanti **alla Curie**.

Molti, come era prevedibile, erano i punti controversi, dal registro dei mediatori, agli enti formatori ed a quelli di gestione delle controversie ed alle garanzie richieste per poter svolgere tali compiti ed altro.

Il decreto legislativo 28 marzo 2010 ha introdotto, per una serie di materie di contenzioso, l'obbligatorietà del preventivo tentativo di conciliazione e ciò nell'evidente volontà di sgravare il lavoro dei magistrati e del sistema Giustizia.

Le motivazioni naturalmente vanno anche oltre il piano strettamente giuridico, abbracciando ambiti di metodo con concrete ricadute sull'operatività e quindi l'efficacia della mediazione quale strumento di componimento di una controversia.

L'obbligatorietà della mediazione è vista dai più, ritengo giustamente, come una stortura: principalmente ed in estrema sintesi perché quando si litiga si dovrebbe avere la possibilità di scegliere liberamente ed autonomamente di accordarsi o di radicare un contenzioso. La questione però non è semplice e pone più spunti di analisi.

Per il legislatore vi era senza dubbio l'esigenza di ridurre il numero delle liti nei Tribunali civili per permettere agli uffici giudiziari di lavorare meglio e ciò onde favorire del lavoro di tutti gli operatori del diritto, dei cittadini e delle imprese.

La giustizia, la salute, l'istruzione, la sicurezza rappresentano per i cittadini diritti costituzionalmente garantiti. Ogni Comunità organizzata dovrebbe garantirli, gestendo al meglio le risorse a disposizione.

Il D.Lgs. n. 28/2010, introducendo l'obbligatorietà del tentativo prima dell'inizio di una causa civile in materie quali i rapporti di condominio, piuttosto che il settore assicurativo o i diritti reali, si è posto l'obiettivo di permettere alle parti di discutere le proprie questioni, con l'aiuto di un terzo mediatore abilitato; ciò prima di intraprendere un percorso lungo, costoso e talvolta inutile.

La legge prevedeva infatti **che le parti l'obbligo dimostrassero** concretamente il tentativo di mediare presentandosi davanti ad un mediatore individuato da un organismo accreditato presso il Ministero della Giustizia. Va da sé che l'eventuale accordo rimane sempre e comunque una libera scelta per le parti, vincolante per le stesse *ex lege*, e magari rispondente a convenienze ed interessi che l'incontro di mediazione normalmente fa emergere con maggior efficacia rispetto al mero contenzioso.

L'esperienza, confermata dalle statistiche ufficiali, ha dimostrato comunque alcune conseguenze interessanti alla premessa di cui sopra. In taluni casi e presso alcuni organismi, ha preso l'avvio di una mediazione fittizia e meramente vista come un filtro preliminare prima di intraprendere la causa; ciò similmente a quello che era avvenuto nel processo del lavoro o in materia di separazione tra coniugi e comunque laddove il tentativo precede l'instaurarsi di una successiva azione giudiziaria.

Nella maggior parte dei casi comunque **è di affermata una attività** di mediazione vera, concreta, fattiva ed efficace e di aiuto alle parti in lite e ciò è dovuto alla qualità dei mediatori e di moltissimi centri di mediazione. La qualità dei mediatori e degli organismi è allora la vera chiave di volta del successo di un procedimento di mediazione nel panorama degli strumenti di risoluzione dei conflitti e ciò è confermato dai dati del Ministero della Giustizia.

Viene allora da chiedersi quali siano le caratteristiche che debba avere un mediatore efficace. Affrontare tale questione in poche righe è certamente riduttivo, certo è che una buona formazione, unita all'esperienza e ad innate doti attitudinali rappresentano i punti di partenza e d'altronde la stessa normativa di riferimento insistevano proprio sull'obbligo formativo e su un costante aggiornamento e tirocinio - anche se quest'ultimo ha prestato il fianco a critiche comprensibili, soprattutto per quel che riguarda le modalità del suo svolgimento.

L'esperienza comunque ha dimostrato (e chi scrive lo auspicava già a metà degli anni '90) la necessità che la mediazione non si riduca però solo all'incontro tra le parti, i consulenti ed il mediatore fissato dall'organismo, ma parta prima e cioè sin da quando le parti ne presentino domanda.

Mi riferisco alla fase chiamata preliminare all'incontro di mediazione che spesso viene gestita con automatismi burocratico-organizzativi che inficiano l'incontro stesso e non permettono appieno alla parte invitata di comprenderne i meccanismi di funzionamento e quindi le potenzialità.

Ciò è, anche in questo caso, confermato dalle statistiche su scala nazionale che testimoniano il fatto che a dieci richieste corrisponda un'adesione in 2,3 per cento dei casi.

Le statistiche fotografano una realtà ampia, vi sono però organismi dove il tasso di adesione è sensibilmente più alto e ciò, quasi sempre, implica una maggiore attività di *case management* da parte dello *staff* di segreteria. Molti sono i motivi del fallimento della costruzione dell'incontro di mediazione con evidenti ripercussioni pratiche che hanno portato a critiche radicali sull'effettività della mediazione stessa e sul reale plus che possa dare ad

una trattativa difficile già svolta tra le stesse parti.

Possiamo analizzare alcuni dei motivi ricorrenti che portano a gestire in modo poco efficace la fase preliminare:

1) spesso gli organismi che ricevono molte richieste - con l'affermarsi del D.Lgs n. 28/2010 - alcune realtà hanno aumentato sensibilmente il numero delle richieste - si giustificano affermando che la struttura non è in grado di gestire la fase preliminare in modo fattivo proprio per l'elevato numero di pratiche in relazione all'organico presente, alla logistica ed alla calendarizzazione degli incontri. Certo ciò rappresenta un limite; ma per la mia esperienza, un maggior coordinamento del personale ed eventualmente, a monte, una cernita delle pratiche più meritevoli di essere seguite rispetto ad altre rappresenterebbe già un segnale diverso di rendere il servizio. I risultati dovrebbero essere oggetto di analisi. Ritengo che nel medio periodo si riuscirebbe ad aumentare il numero degli incontri di mediazione. L'attività di *case management* richiede una predisposizione al dialogo, spesso non facile con parti refrattarie all'ascolto, ma l'allenamento porta ad affinare le tecniche ed anche a comprendere i casi in cui si stia perdendo tempo, rispetto ad altri degni di essere seguiti;

2) alcuni organismi per aumentare il numero delle adesioni all'incontro di mediazione, considerati anche alcuni dei limiti di cui al primo punto su esposto stanno pensando di delegare ad alcuni dei propri mediatori, con più esperienza, l'attività di *case management*. L'idea può essere premiante per più ragioni: da un lato il mediatore ha in questo modo la possibilità di esercitarsi in una fase preliminare all'incontro che ha già tutte le caratteristiche dell'incontro. Ciò, inoltre, può comportare per gli eventuali assistenti un *tirocinio effettivo* che si esplica nel vedere come si svolgono i contatti preliminari, molto più utile dei verbali di mancata mediazione ai quali molti di noi mediatori partecipano per adempiere alle disposizioni in materia di tirocinio, previsti dalla normativa vigente. Vi è poi un altro aspetto positivo in tale attività: quello di permettere a ciascun mediatore di lavorare a contatto con lo staff di segreteria ed interagire con la stessa. I mediatori rappresentano una delle principali risorse dell'organismo ed in questo modo possono testa-



re l'attività dello stesso e sentirsi a loro volta più sicuri nel potersi rivolgere per mediazioni, anche volontarie, di loro clienti.

Quali possono essere definite, indipendentemente da chi se ne occupi, le principali caratteristiche dell'attività preliminare all'incontro di mediazione? Certamente l'invio di una lettera di invito all'incontro che oltre a fissare gli aspetti operativi (costi, tempi, benefici fiscali, valore dell'accordo) espliciti in modo sintetico e chiaro cos'è la mediazione e come si svolge.

Si crede che ciò possa essere superfluo: non è così ed ho potuto testarlo durante gli incontri, quando le parti mi hanno chiesto delle informazioni che se avessero ricevuto nella fase preliminare sarebbero stati di contributo per la formazione di un loro più libero convincimento nel prendere decisioni utili e nel farsi chiarezza.

Spesso la lettera non è sufficiente ed è opportuno il contatto: può avvenire *de visu* o telefonicamente. Questa fase è più delicata: è necessario accertarsi che la parte istante sia d'accordo con questo *modus operandi*, ed è necessario essere chiari e trasmettere la chiarezza su cosa avverrà in mediazione. Solo così la parte invitata potrà valutare appieno se partecipare o rinunciare. In entrambi i casi si sarà chiarita circa i termini e ciò potrà essere comunque utile nella prosecuzione della sua storia. Appare chiaro che solo un mediatore esperto o staff adeguati possano svolgere questo compito: forte può essere la tentazione di forzare la parte, ritenendo ciò efficace al fine di aumentare il numero degli incontri, ma può risultare poi inefficace e controproducente in quanto genera aspettative che riemergono, spesso, durante la mediazione.

Ci sarebbero molti ulteriori argomenti su cui focalizzare l'analisi e che possono stimolare un dibattito, ne accenno alcuni: la scelta tra una mediazione libera e quella amministrata, il ruolo dei consulenti delle parti, in particolare dei legali, la profonda differenza tra la transazione e l'accordo di mediazione, i doveri deontologici del mediatore, dei responsabili dei servizi.

Tutti argomenti interessanti e concreti, ma, senza perdere di vista l'introduzione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione ed il comunicato stampa sopra citato, in attesa di leggerne più compiutamente le motivazioni della

Corte Costituzionale, credo che il D.Lgs. n. 28/2010 ed i successivi interventi normativi abbiano introdotto su larga scala uno strumento che, allo stato, poco si presta ad una massiccia diffusione; bensì esso deve essere visto come un supporto, in particolare ai consulenti legali per gestire non solo la lite, ma soprattutto la fase di analisi e di approccio della stessa con i clienti.



Corte Costituzionale  
Ufficio Stampa

*Mediazione civile*

La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

*dal Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2012*

**Il comunicato stampa del Consiglio Nazionale forense sul tema della mediazione: «Inopportuno reintrodurre l'obbligatorietà. Tutta la disciplina deve essere rivista per essere più funzionale a ridurre l'arretrato civile»**

Roma 17/11/2012 - Il presidente del Cnf Guido Alpa ha inviato una lettera al presidente della commissione industria del Senato, Cesare Cursi. «È obiettivo primario dell'avvocatura il buon funzionamento della giustizia civile, anche attraverso meccanismi di risoluzione alternativa come le camere arbitrali presso gli Ordini forensi».

*Roma.* In attesa delle motivazioni con le quali la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale la obbligatorietà della mediazione, è inopportuno reintrodurre la medesima soluzione normativa.

Nello stesso senso, d'altronde, si è espresso il Guardasigilli Severino all'indomani della notizia della sentenza sollevando seri dubbi sull'eventualità di una reintroduzione, con diverso strumento normativo, di un meccanismo appena dichiarato non conforme a Costituzione.

Il presidente del Cnf Guido Alpa ha inoltrato una lettera al presidente della Commissione Industria del Senato, Cesare Cursi, per esprimere preoccupazione su due emendamenti alla legge di conversione del decreto legge crescita 2.0 (AS 3533, di conversione del d.l. n. 179/2012), all'esame della Commissione. Si tratta di emendamenti di identico tenore, volti a reintrodurre l'istituto dell'obbligatorietà della mediazione finalizzata alla conciliazione della lite con previsioni del tutto analoghe. Circostanza che fa propendere per la inopportunità di tali modifiche nella more della motivazione della Consulta. Il presidente Alpa ha rappresentato al Parlamento come il sistema dell'obbligatorietà disciplinato dal D.Lgs. n. 28/2010 presenta ulteriori profili di criticità di natura tecnico-giuridica in relazione al rapporto tra procedimento mediazione e processo civile, che però mettono a rischio anche l'effettivo conseguimento dei giusti diritti dei cittadini. «Si tratta, in buona sostanza, di una disciplina mal congegnata e poco funzionale allo scopo di

deflazione del contenzioso civile che si prefiggeva». Nella lettera il presidente Alpa assicura che

l'Avvocatura è profondamente sensibile al tema del buon funzionamento e della ragionevole durata del processo civile - né potrebbe essere diversamente visto il rango costituzionale del Ministero della Difesa - e che, al fine di contribuire al miglioramento del sistema giustizia, sono allo studio ipotesi di impegno della categoria nella diffusione di meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie e segnatamente nella predisposizione di Camere arbitrali presso ciascun Ordine circondariale.

**La vignetta di Federico Cecchin**



**Condizioni di abbonamento**

Abbonamento annuale (3 numeri): € 15,00 IVA inclusa.

L'abbonamento decorre dal 1 gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata. Il pagamento può avvenire con versamento sul conto corrente n. 62833595 - Banco Posta, Via S. Caterina, 8/10 - 33170 Pordenone - ABI 07601, CAB 12500, intestato a: Associazione Culturale per lo Studio del Diritto. Causale: *Abbonamento rivista Techne 2010*.

L'abbonamento si intende rinnovato per l'anno successivo se non disdetto entro 1 mese dalla scadenza. I fascicoli non pervenuti devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Le variazioni di indirizzo vanno comunicate all'editore.

**Pubblicità**

Per le inserzioni pubblicitarie contattare: Associazione Culturale per lo Studio del Diritto - Ufficio Pubblicità - Vicolo Chiuso, 5 - 33170 Pordenone, tel. 0434 522866 - fax 0434 246429.







# COPIA OMAGGIO

Non soggetto dpr 633/72, art. 12 lettera d

---

## *PROMOZIONE ABBONAMENTI 2011*

Condizioni di abbonamento

Abbonamento annuale (3 numeri): € 15,00 IVA inclusa.

L'abbonamento decorre dal 1 gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata. Il pagamento può avvenire con versamento sul conto corrente n. 62833595 - Banco Posta, Via S. Caterina, 8/10 - 33170 Pordenone

ABI 07601, CAB 12500, intestato a: Associazione Culturale per lo Studio del Diritto.

Causale: Abbonamento rivista Techne 2010.