

La mediazione civile e commerciale nell'interesse degli organismi o delle parti?

Nella sessione straordinaria del congresso nazionale forense, tenutasi a Roma il 5 ed il 6 aprile del 2019, è stata approvata la mozione n.7 elaborata dall'O.C.F. - Organismo Congressuale Forense dal titolo "*Per la effettività della tutela dei diritti e della salvaguardia della Costituzione*", in cui è stato denunciato il lento ma progressivo deterioramento della giurisdizione sia con riferimento alla capacità di offrire tempestiva e concreta tutela ai diritti violati sia con riguardo alla perdita di credibilità e legittimazione nei confronti della società civile italiana.

L'O.C.F. ha ribadito che la efficienza della giurisdizione statale non può essere valutata con riferimento a criteri "*economicistici*" ed "*aziendalistici*" sottolineando che la stessa giurisdizione è in difficoltà nello svolgere il ruolo di composizione dei conflitti economici e sociali ed evidenziando la necessità di stanziare adeguate risorse per garantire il ruolo essenziale della funzione giurisdizionale.

Il congresso forense ha approvato anche la mozione n.11, che appare anacronistica ed incomprensibile poiché si propone di rafforzare la mediazione come condizione di procedibilità nell'evidente intento deflattivo alla base del D.Lgs. n.28/2010.

L'Avvocatura, quindi, da un lato tende a scongiurare il rischio dell'incidenza dell'interesse deflattivo sull'esigenza primaria della tutela dei diritti dei cittadini, dall'altro continua a propinare strumenti alternativi che derogano, anche in maniera oltremodo coercitiva, alla giurisdizione.

A supporto dell'intento evidentemente deflattivo della giurisdizione ordinaria perpetrato del legislatore, si era messa anche una parte della giurisprudenza di merito rivisitando la mediazione obbligatoria e snaturandone l'originario assetto con l'introduzione di ulteriori oneri e vincoli incidenti sul diritto di difesa e sulla libertà di autodeterminazione delle parti in violazione del principio costituzionale del diritto di difesa (art. 24 della Costituzione) e del principio del giudice naturale precostituito per legge (art.25 della Costituzione), letteralmente inventando la nozione di "*mediazione effettiva*".

Invero la direttiva comunitaria n.2008/52 da cui fundamentalmente trae origine la normativa che ha introdotto in Italia la mediazione, all'art.5, paragrafo 2, lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende obbligatorio il ricorso alla mediazione oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

Anche la Corte di Giustizia di Lussemburgo, nella sentenza C75/16 del 14 giugno 2017, seppur in materia di diritti dei consumatori, ha ritenuto che l'adozione da parte degli Stati Membri di una normativa interna che preveda, nelle controversie B2C (Business to Consumer), il ricorso alla mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale possa ritenersi compatibile con il diritto dell'Unione Europea soltanto a condizione che non venga imposta l'assistenza necessaria di un legale e il consumatore possa ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento, senza dover addurre alcuna giustificazione a fondamento della propria scelta.

Infine, anche la Corte di Cassazione, con la recentissima sentenza n.8473 del 28.03.2019, ha affrontato alcune questioni in materia di mediazione obbligatoria censurando quegli orientamenti minoritari della giurisprudenza di merito che aveva

dato origine ad una interpretazione estensiva dubbia, in quanto non in linea con il dato normativo, rimuovendo il concetto di “*mediazione effettiva*”.

La tutela giurisdizionale è sempre meno percepita come una funzione primaria dello Stato di Diritto e si sta assistendo a forme di giurisdizione privata ritenuta alternativa rispetto a quella statale ed eccessivamente amplificata da enti ed organismi privati, che tendono a sopravvalutare gli esiti statistici pur di occupare sempre maggiori spazi di gestione in forma economica della risoluzione alternativa dei conflitti in materia civile e commerciale, sollecitando addirittura strumenti che impongano alle parti di andare oltre il primo incontro informativo sopportando ulteriori costi oltre a quello delle spese di avvio.

Non può essere sottaciuto che, con il decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, nella legge 21 giugno 2017, n. 96, recante *Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*, è stata prevista, tra l'altro, una disposizione in tema di mediazione (art. 11-ter) che ha modificato l'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 ed ha stabilizzato nell'ordinamento l'efficacia della disciplina della mediazione obbligatoria che aveva invece natura transitoria e sperimentale.

Lo strumento della mediazione è sicuramente valido ed efficace e costituisce una risorsa per le parti se sono queste ultime a manifestare liberamente la volontà di avvalersene.

Le statistiche ed i risultati sulla mediazione civile e commerciale sono falsati proprio dalla obbligatorietà e dalle interpretazioni unilaterali ed interessate degli organismi.

L'Avvocatura, che assume al ruolo di soggetto protagonista della giurisdizione, deve scongiurare ogni intento deflattivo indiscriminato e riconsiderare il ruolo preminente e determinante della giurisdizione cui le parti possono derogare solo in maniera libera e consapevole.

Occorre rimettere nella libera disponibilità delle parti la scelta dello strumento della mediazione che non può essere considerata obbligatoria e, quindi, condizione di procedibilità ai fini della tutela giurisdizionale, attraverso la interpretazione estensiva delle norme del d.lgs. n.28/2010.

Il diritto di difesa va tutelato evitando di interferire sulla volontà delle parti e sulle strategie concordate con i difensori per la tutela dei diritti soggettivi in materia civile e commerciale, ferma restando ogni disposizione riguardo agli obblighi di natura informativa anche di carattere deontologico sulla mediazione.

L'art.8 comma 2 del d.lgs. n.28/2010 prevede che il procedimento debba svolgersi “*senza formalità*” e che la volontà delle parti di non comparire ovvero di non accordarsi amichevolmente non può essere sanzionata oltremodo.

Ogni abuso dello strumento della mediazione attraverso interpretazioni ultra legem nel dichiarato intento di deflazionare il carico giudiziario dovrebbe essere avvertito dall'Avvocatura, così come ogni tentativo di coinvolgere oltremodo le parti oltre il primo incontro preliminare facendo lievitare indennità e costi aggiuntivi.

Il legislatore dovrebbe intervenire per modificare e/o integrare le norme del decreto legislativo 04.03.2010 n.28 e ss.ii.mm., inerenti la mediazione quale condizione di procedibilità, nella parte in cui non ritengono assoluta tale condizione mediante la semplice manifestazione di volontà delle parti con la assistenza dei difensori anche prima e fuori dell'organismo di mediazione, come d'altronde avviene nella negoziazione assistita.

Ciò in pratica già avviene quando la parte è costretta ad eseguire, a propria cura e spese, la comunicazione della istanza di mediazione con la relativa data di primo incontro per evitare che maturino scadenze nel caso di termini ristretti.

L'organismo di mediazione, quindi, verrebbe adito una volta assolto il preliminare ed obbligatorio tentativo mediante l'opera delle parti e dei rispettivi difensori.

Si eviterebbero, in tal modo, false statistiche e si agevolerebbe il lavoro degli organismi.

L'Avvocatura, per il ruolo che intende assumere nella giurisdizione e nella costituzione, come sancito nella sessione straordinaria del congresso nazionale forense, dovrebbe censurare le eccessive invasioni e manifestazioni degli organismi di mediazione, soprattutto di natura privata, tendenti ad esaltare lo strumento della mediazione sulla base di criteri "deflattivi", "economistici" ed "aziendalistic" ed inutilmente allarmistici.

Il rischio paventato anche da docenti illustri intervenuti al congresso nazionale forense è quello che i principi costituzionali, sanciti dagli artt. 24 Cost. (diritto di difesa) e 25 Cost. (diritto al giudice naturale precostituito per legge), a garanzia dei diritti dei cittadini, lascino spazio a quelli di cui all'art.81 Cost. (pareggio di bilancio dello Stato) e all'art.41 (iniziativa economica privata), con conseguente involuzione delle aspettative della giustizia e della giurisdizione.

Avv. Alessandro Moscatelli
Delegato Congressuale del Foro di Trani