



ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI AVVOCATI PER LA FAMIGLIA E PER I MINORI

DOCUMENTO SULLA MEDIAZIONE "OBBLIGATORIA" EX DLGS 28/2010

L'AIAF – Associazione Italiana Avvocati per la Famiglia e per i minori

PREMESSO

che dall'esame del Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali) emerge:

- che il legislatore delegato disegna la mediazione come procedimento di risoluzione delle controversie c.d. "autonomo" e facilitativo, poiché l'art.1 lett. a) definisce la mediazione quale *"attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"*;
- che il mediatore viene definito dall'art. 1 lett.b, come la persona che svolge la mediazione *"rimanendo priva, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio"*, e secondo l'art.8, comma terzo, *"il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole"*; il ruolo del mediatore così disegnato dal legislatore pare dunque essere quello di agevolare la emersione degli interessi delle parti, anche non immediatamente coinvolti nella controversia, in vista del raggiungimento di un accordo, e non di valutazione delle loro ragioni;
- che i requisiti di professionalità, indipendenza e imparzialità del mediatore non sono specificatamente disciplinati dal dlgs, che rinvia ad emanandi regolamenti ministeriali e ai regolamenti degli organismi, fonti di disciplina che diventano quindi essenziali (tale schema normativo può dar luogo a dubbi di costituzionalità in relazione alla riserva assoluta di legge ex artt. 101, 105 Cost. in materia di giurisdizione, l'accesso alla quale è condizionato dal dlgs all'esperimento di un procedimento non regolato compiutamente quanto alle caratteristiche del mediatore);

che rispetto a questo disegno e al modello di mediazione che è stato scelto dal legislatore delegato, **risulta contraddittoria la previsione di una "mediazione obbligatoria" (art.5), che contrasta con la struttura e la ratio di un procedimento volto all'accordo delle parti**, e risulta rispondere non a finalità di ampliamento di tutela ma solo a un mero intento deflattivo dell'accesso alla giurisdizione;

che peraltro la **obbligatorietà non è menzionata dalla legge delega, e la normativa comunitaria non indirizza verso ipotesi di tentativi obbligatori limitandosi a consentirne la previsione da parte del legislatore nazionale**;

che la **previsione di obbligatorietà è riferita a materie eterogenee, sì da potersi dubitare della sua ragionevolezza e quindi della sua conformità alla Costituzione in relazione sia all'art.3 Cost. ("al generale postulato di razionalità ed uguaglianza che esso presuppone") sia all'art.24 Cost.** (in riferimento all'orientamento della giurisprudenza costituzionale che considera la giurisdizione condizionata ammissibile solo ove l'eccezione al principio dell'accesso immediato alla giurisdizione si presenti appunto come ragionevole, cfr. Corte cost. n.296/2008);

che il modello di mediazione adottato nel dlgs 4 marzo 2010 n.28 prevede la possibilità che il mediatore, in difetto di raggiungimento di un accordo, possa formulare una proposta conciliativa destinata ad entrare nell'eventuale processo e ad avere degli effetti nello stesso, con conseguenze pregiudizievoli dei diritti delle parti;

che ciò rende **non accettabile l'esclusione dell'assistenza tecnica obbligatoria nel procedimento di mediazione;**

che la **proposta conciliativa** – anche in considerazione della potenziale idoneità a produrre tali effetti – **non può prescindere dalla ricognizione delle norme di diritto applicabili nella fattispecie**, come è confermato dalla scelta effettuata con il Decreto in questione, il cui art. 12 prevede che il contenuto dell'accordo non debba essere contrario all'ordine pubblico o a norme imperative;

ciò premesso,

RITIENE

che **debba essere adottato**, quale modello maggiormente compatibile con il nostro ordinamento e con la nostra tradizione, **un modello di mediazione che, nella ricerca della definizione conciliativa, operi nell'ambito della cornice giuridica;**

che **l'accesso agli organismi di mediazione senza l'assistenza di un avvocato sia inconcepibile** in un procedimento di mediazione che può concludersi con proposte conciliative che debbano fare riferimento ai parametri normativi che regolano il rapporto, quantomeno col riferimento al fatto che il contenuto dell'accordo non deve essere contrario all'ordine pubblico o a norme imperative;

che **in ogni caso senza assistenza del difensore diminuisce la tutela della parte**, favorendosi altresì possibili conciliazioni non eque o fondate su errori di diritto, e vanificherebbero l'attendibilità della formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

che la **previsione della obbligatorietà della mediazione in materie quali la divisione di beni tra coniugi sia contraria all'esigenza di definire i rapporti personali e patrimoniali dei coniugi in un unico e omogeneo contesto**, quale quello della separazione e del divorzio, avanti ad un unico giudice specializzato, e con un unico rito, richieste che da tempo l'AIAF avanza al Legislatore, sollecitando una riforma sostanziale e processuale del diritto di famiglia;

che la figura del mediatore del tutto priva di specializzazione nelle materie previste nel dlgs 28/2010 - soprattutto in materie quali la divisione dei beni conseguenti lo scioglimento di una comunione legale tra coniugi, il diritto delle successioni e i patti di famiglia - non consenta a questi neppure di comprendere i termini sostanziali della controversia e gli interessi delle parti in relazione a tali questioni,

CHIEDE

che, ove possibile già con la normativa attuativa, sull'elaborazione della quale domanda l'avvio di un costruttivo confronto:

- 1) s'introduca il principio che l'attività del mediatore non prescinda dalla cornice normativa che regola il rapporto;
- 2) s'introduca l'obbligo dell'assistenza del difensore nei limiti previsti dall'art. 82 C.P.C;
- 3) vengano previsti adeguati criteri di competenza e specializzazione che assicurino al cittadino la conoscenza da parte del mediatore, oltre che delle tecniche di conciliazione, della cornice normativa che regola il rapporto, ad esempio prevedendosi dei requisiti specifici, quali l'avere frequentato corsi di formazione nelle specifiche materie e trattato un determinato numero di vertenze nella materia oggetto della controversia;
- 4) venga eliminata la previsione della mediazione obbligatoria, in particolare per le materie relative alla divisione, al diritto delle successioni e dei patti di famiglia;
- 5) venga previsto che il mediatore formuli la proposta di conciliazione solo su richiesta delle parti;
- 6) siano previste regole procedurali che garantiscano il rispetto del diritto di difesa, e dei principi etici e deontologici;
- 7) siano individuati criteri chiari sulla competenza territoriale.

AUSPICA

da parte del Ministro della Giustizia un aperto e fattivo confronto con l'Avvocatura e le Associazioni forensi e un "ascolto" attivo di quanto viene portato alla sua attenzione, nell'interesse dei cittadini e della loro tutela, e per dare un futuro alla professione forense;

manifesta la disponibilità a collaborare, a livello nazionale come territoriale, con il Consiglio Nazionale Forense, gli Ordini e con gli organismi di mediazione che saranno da questi costituiti, in particolare per la formazione dei mediatori nelle specialistiche materie di divisione dei beni, diritto delle successioni e patti di famiglia.

Milano, 30 maggio 2010

il Presidente
Avv. Milena Pini