EFFETTI ECONOMICI DELLA LUNGA DURATA DEI PROCESSI IN ITALIA

DATI STATISTICI RELATIVI ALLA INTRODUZIONE DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA E CORRELAZIONE CON I MISURATORI DELLO SVILUPPO ECONOMICO

(Dicembre - 2016)

AUTORE DEL DOCUMENTO

A cura

dei componenti della Commissione Arbitrato e Conciliazione
Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma

Anna Rosa Auditori
Marco Belfiori
Pasqua D'Arienzo
Anna Dimasi
Giulio Renato Fiorimanti
Edoardo Merlino
Pieroni Stefania

e della Dott.ssa Laura Merlino (membro esterno)

Approvato dalla

Commissione Arbitrato e Conciliazione
Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma

Edoardo Merlino – *Presidente*
Giuseppe Marsoner - *Vicepresidente*
Stefania Pieroni - *Vicepresidente*
Anna Dimasi - *Segretario*

Componenti:
Anna Rosa Auditori
Marco Belfiori
Pasqua D'Arienzo
Giancarlo di Raimondo
Giulio Renato Fiorimanti
Andrea Giornetti
Giuseppina Madonna
Vincenza Perrella
Maria Grazia Strazzulla
Giovanni Vigoriti

Membri esterni:
Dott.ssa Giovanna Carla De Virgiliis
Dott.ssa Laura Merlino

EFFETTI ECONOMICI DELLA LUNGA DURATA DEI PROCESSI IN ITALIA
DATI STATISTICI RELATIVI ALLA INTRODUZIONE DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA E CORRELAZIONE CON I MISURATORI DELLO SVILUPPO ECONOMICO

INDICE ARGOMENTI TRATTATI NELLO STUDIO

INTRODUZIONE AL LAVORO DELLA COMMISSIONE ARBITRATO E CONCILIAZIONE

- IL QUADRO NORMATIVO DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA
- LO SVILUPPO DELLA MEDIAZIONE NEI NUMERI DEGLI ORGANISMI E DEI MEDIATORI
- LO SVILUPPO DELLA MEDIAZIONE NEI CASI TRATTATI - DATI STATISTICI-
- CONFRONTO TRA I DATI STATISTICI PRIMA E DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE DEL 24/10/2012
- CORRELAZIONE TRA DATI SULLA MEDIAZIONE E DATI ECONOMICI
- LE CONSIDERAZIONI DI INFOCAMERE
- LA RICERCA DI CONFINDUSTRIA
- I PUNTI DI CRITICITA' DELLA RIFORMA
- CONCLUSIONI

APPROFONDIMENTI IN APPENDICE

- IL COSIDDETTO “INCONTRO PRELIMINARE”
- LA NUOVA MEDIAZIONE DELEGATA DOPO IL “DECRETO DEL FARE”
- IL QUADRO INTERNAZIONALE (EUROPA E STATI UNITI)

MATERIALE

- EUROPEAN CODE OF CONDUCT FOR MEDIATORS
- INDICAZIONI NORMATIVE REGOLAMENTARI E GIURISPRUDENZIALI
- SUMMARY RESPONSES GREEN PAPER
- DIRETTIVA U.E. 2008/52/CE
- THE COST OF NON ADR -ADR CENTER
- SCENARI ECONOMICI UFFICIO STUDI CONFINDUSTRIA
- COMUNICATO STAMPA UNIONCAMERE
- LIBRO VERDE-COMMISSIONE EUROPEA
- OSSERVAZIONI UNIONCAMERE
- RACCOMANDAZIONE CONSIGLIO D'EUROPA
- UNCITRAL MODEL LAW CONCILIATION
- RILEVAZIONI STATISTICHE SULLA MEDIAZIONE DELLA DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA ISTITUITA AL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Introduzione

L'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, con questo studio prodotto dalla Commissione Arbitrato e Conciliazione, ha sentito la necessità di riflettere, a otto anni circa dal recepimento in Italia della direttiva comunitaria 2008/52/CE, sullo stato dell'attuazione della stessa.

Lo studio per maggior chiarezza espositiva è stato diviso in tre parti.

La prima parte in cui viene approfonditamente descritta la Mediazione Civile e Commerciale esaminandone le caratteristiche normative alla luce del Diritto Comunitario e del Diritto Nazionale.

E' stata trattata la materia vagliando i seguenti argomenti:

- La mediazione facoltativa.
- La mediazione obbligatoria: la sentenza della Corte Costituzionale 272/2012 e il D.L. n. 69/2013 (c.d. Decreto del Fare).
- La mediazione demandata o per ordine del giudice.
- I vantaggi e i costi della mediazione civile.
- Il ruolo del mediatore civile: responsabilità e compiti.
- Gli organismi di mediazione.
- Il procedimento di mediazione.

La seconda parte in cui si esamina da un punto di vista statistico l'utilizzo che della mediazione è stato fatto in Italia dal 2010 ad oggi.

L'esposizione è stata approfondita secondo i seguenti capitoli:

- Le statistiche di utilizzo della mediazione dall'introduzione del D.lgs. 28/2010 alla sentenza della Corte Costituzionale del 06/12/2012 n° 272, G.U. 12/12/2012.
- La mediazione civile e commerciale ex D.Lgs. 28/2010 in numeri nel primo periodo di obbligatorietà (2011-2012).
- Rilevazioni statistiche susseguenti alla reintroduzione della obbligatorietà del tentativo di svolgere un primo incontro "informativo" posto dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 cosiddetto "decreto del fare".

- Le cosiddette ODR (on line dispute resolution).
- L'esperienza dell'autorità per l'energia elettrica luce gas e il sistema idrico.
- Il Regolamento europeo n. 524/2013, il Regolamento di esecuzione n. 2015/1051, la Piattaforma Europea delle O.D.R.

La Terza parte in cui si sono correlati i principali indicatori economici e quelli sulla mediazione al fine di esaminare come l'efficienza di questa ha dei positivi effetti specialmente sul Pil nazionale, sviluppando l'analisi secondo i seguenti argomenti:

Correlazione tra dati sulla mediazione e dati economici.

Ufficio Parlamentare di Bilancio.

Le considerazioni della Banca D'Italia.

Le considerazioni di Infocamere tratto dal sito Infocamere.it.

La ricerca di Confindustria.

L'Analisi dell'ISDACI.

Banca Mondiale.

La giustizia italiana - numeri fonte Ministero della Giustizia.

Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo.

Obiettivi dello Studio

Per deflazionare il contenzioso civile e commerciale, intervenendo sulla domanda di giustizia, si deve puntare anche sugli strumenti di soluzione delle liti alternativi al giudizio, con l'obiettivo di aumentare le conciliazioni stragiudiziali e ampliare il ricorso alle soluzioni bonarie, gestite direttamente dal giudice o dai consulenti tecnici nominati dal giudice. Allo stesso tempo, deve essere chiaro che questi sistemi funzionano e costituiscono quindi un fattore di riduzione della domanda di giustizia, solo se il sistema giudiziario è efficiente, perché altrimenti la parte in torto continuerà ad evitare la composizione amichevole della controversia per approfittare dei tempi lunghi dei processi.

A questo proposito alcuni dati statistici che verranno esaminati nel corso della trattazione forniscono un dato rappresentativo nella sequenza storica dal 2011 a marzo 2016, quale effetto della sentenza della Corte Costituzionale che ha eliminato l'obbligatorietà in alcune materie del tentativo di mediazione (fino alla sua ormai famosa reintroduzione ad opera del decreto del fare), evidenziando come successivamente alla reintroduzione della obbligatorietà il numero delle istanze è molto consistente ed il suo paragone ad altre procedure stragiudiziali non regge il confronto, nel senso che questo strumento, di derivazione anglosassone, ha dimostrato di poter adempiere all'effetto deflattivo sul contenzioso pendente.

Da uno studio della Confindustria, come meglio si vedrà in seguito, anche una modesta riduzione della lunghezza dei processi ha un effetto positivo sul Pil, in quanto ha un forte impatto sulla riduzione delle spese dello Stato e, se ben utilizzata, presenterà notevoli vantaggi per la Giustizia e per l'Economia Italiana sia in termini di costi sia in termini di efficienza.

I tempi medi di definizione di un processo civile infatti sono circa dieci volte maggiori dei tempi di una mediazione, utilizzando la quale i costi rispetto a quelli del 2012 che riportiamo in tabella con una media del 5% circa, si riducono in modo molto rilevante come documentato da uno studio della Banca Mondiale, il cui esito è riportato nel presente elaborato1.

Si esaminerà nel corso dell'elaborato il tasso minimo di successo affinché la procedura generi risparmi di tempo e denaro, che, nel caso di esito positivo della singola mediazione, sono molto maggiori dell'incremento dei costi che si avrebbero se si proseguisse in sede giurisdizionale.

L'obiettivo dello studio è quindi quello di dimostrare che la cultura negoziale potrà dimezzare il numero delle liti giudiziarie, trasformandole in occasioni di pacificazione sociale, con un miglioramento del benessere collettivo sia sotto il profilo economico sia sotto quello psicologico.

[1] Vedasi lo Studio della Banca Mondiale (infra pag. 90 e seg.)

LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La mediazione facoltativa – 3. La mediazione obbligatoria: la sentenza della Corte Costituzionale 272/2012 e il D.L. n. 69/2013 (c.d. Decreto del Fare) – 4. La mediazione demandata o per ordine del giudice – 5. I vantaggi e i costi della mediazione civile – 6. Il ruolo del mediatore civile: responsabilità e compiti – 7. Gli organismi di mediazione – 8. Il procedimento di mediazione – 9. Conclusioni

1. Premessa

La normativa sulla mediazione civile e commerciale introdotta nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 28/2010, attuativo dell'art.60 della Legge Delega n. 69/2009, rappresenta il tentativo di incentivare la ricerca di risoluzioni alternative alla causa civile per le controversie relative a diritti disponibili.

L'impianto di questa normativa trova fondamento nella direttiva comunitaria 2008/52/CE con la quale si raccomandavano i paesi aderenti alla U.E. di incentivare i procedimenti a.d.r.[2] per favorire la pace sociale e dare strumenti sussidiari per la risoluzione delle controversie civili e commerciali ai cittadini europei rispetto ai tradizionali rimedi previsti dai rispettivi sistemi giudiziari. Le finalità sottese erano quelle di concorrere con un più ampio e strutturato utilizzo dei sistemi di a.d.r. alla riduzione del carico di controversie presentate presso i tribunali e, per tale via, rendere o, comunque, concorrere a rendere più efficienti i rispettivi sistemi giudiziari.

L'Italia, è stato il paese che prima di altri si è adeguato alla direttiva utilizzando e modificando un impianto normativo già esistente, vale a dire quello allora vigente in materia di contenzioso societario di cui al D.lgs. n. 5/03 e successivi decreti ministeriali attuativi D.M. nn. 222/04 e 223/04. L'utilizzo ampio delle cosiddette a.d.r. era stato inoltre fortemente raccomandato già in sede ONU[3] con l'invito rivolto a tutti i paesi membri di favorire la pace sociale attraverso metodi di risoluzione dei conflitti di tipo compositivo piuttosto che avversariale.

La mediazione d'altra parte risulta già ampiamente utilizzata nei sistemi di Common Law in primis in Gran Bretagna e Stati Uniti dove, anzi, rappresenta da molto tempo uno strumento largamente utilizzato ed è parte integrante della formazione universitaria in materia giuridica. In questi sistemi la ricerca di una soluzione compositiva della controversia è quasi sempre praticata prima del giudizio ordinario e, soprattutto negli U.S.A., esiste una congerie di riti alternativi alla giurisdizione ordinaria ritagliati a misura delle varie tipologie di controversie[4] ed esistono moltissimi organismi deputati a gestire queste procedure e sistemi

---

[2] A.D.R. è l'acronimo del termine Alternative Dispute Resolution con il quale vengono indicati tutti i metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

[3] Regole Uncitral sulla conciliazione del 1983 ed il Model Uncitral Law on International Commercial 2002.

[4] A titolo esemplificativo e non esaustivo, possono citarsi: il private judging (o Rent a judge), i Court Annexe Programs, le Convening, i Partnering.

integrati con la giustizia ordinaria , nonché, regole atte a migliorare nel tempo sia la qualità dei professionisti sia la qualità degli organismi.

Sulla base, quindi, di queste normative e di questi orientamenti culturali, è stata introdotta in Italia la normativa sulla mediazione civile e commerciale con l'intento di promuovere anche nel nostro paese questo istituto al fine di incentivare la risoluzione alternativa delle controversie e di deflazionare il contenzioso esistente nei tribunali civili gravati da un sovrannumero di cause, sovrannumero che costituisce la principale patologia del nostro sistema giudiziario, concorrendo in maniera determinante a comprimere ed a disincentivare gli investimenti esteri nel nostro paese[5]. La riforma sulla mediazione civile e commerciale ex D.lgs. n. 28/2010, quindi, tenta di favorire una maggiore pace sociale attraverso l'indicazione di una possibile strada compositiva della controversia rispetto a quella tradizionale rappresentata dalla causa civile.

A tal fine introduce anche il principio della condizione di procedibilità rispetto al giudizio ordinario (cosiddetta obbligatorietà) del tentativo di mediazione in alcune materie, nella consapevolezza che, sebbene a regime, la mediazione, diverrà espressione di atteggiamenti più maturi rispetto al conflitto intesi alla soluzione più rapida ed economica delle controversie, la maturazione di questo atteggiamento richiederà tempi non brevi e può essere favorita, almeno nella fase iniziale, dalla ricerca obbligatoria in alcuni casi della composizione bonaria.

Questo orientamento culturale, ancor prima che legislativo, si è scontrato con orientamenti atavici basati sulla supremazia del sistema giudiziario nella tutela dei diritti, sistema che, sebbene garantisca la terzietà e l'autonomia del giudizio, non sempre è riuscito a garantire il giusto processo e la ragionevole durata dello stesso.

Questo scontro di orientamenti ha prodotto modifiche alla normativa del D.lgs. n. 28/2010 non sempre in linea con l'idea ispiratrice dell'impianto originario, si pensi all'introduzione del patrocinio obbligatorio[6] o all'eliminazione della obbligatorietà per le cause in materia di danni da incidenti stradali che pure rappresentano un numero rilevante di controversie che affluiscono presso i Tribunali, od ancora all'automatico riconoscimento della qualifica di mediatori agli avvocati.

In ogni caso, pur con le modifiche introdotte dal cosiddetto "decreto del fare"[7], la riforma attuata in Italia rappresenta, anche per riconoscimento delle autorità comunitarie, il tentativo più concreto di dare attuazione ai principi ispiratori della direttiva europea.

Venendo brevemente a delineare il procedimento di mediazione introdotto dal D.lgs. n. 28/2010 possiamo dire che lo stesso si prefigge, come noto, lo scopo di ricercare un accordo amichevole tra due o più soggetti per la risoluzione di una controversia tramite l'intervento di un mediatore professionale, qualificato,

---

[5] Dati statistici fonte Ministero di Giustizia: 4.500.000 circa i processi pendenti in Italia laddove la media di processi pendenti negli altri paesi si aggira al massimo intorno ad 1.000.000.

[6] Appare, peraltro, singolare che sia stato stabilito il patrocinio obbligatorio in materia di mediazione civile e commerciale mentre non sussiste tale obbligatorietà in tema di arbitrato.

[7] D.L. n. 69/2013 convertito in L. n. 98/2013.

terzo e imparziale. Il mediatore, dunque, assiste le parti nella ricerca di una risoluzione del conflitto, tentando, ove possibile, il raggiungimento di un accordo amichevole tra le stesse e, ove ciò non sia possibile o le parti gliene facciano congiunta richiesta, formulando una proposta conciliativa, rimanendo, in ogni caso, privo del potere di emettere un giudizio o di prendere decisioni vincolanti per i destinatari del servizio.

In pratica, dunque, con la mediazione due o più parti, assistite o meno dai rispettivi avvocati[8], si incontrano presso un Organismo di Mediazione accreditato dal Ministero della Giustizia per cercare un accordo attraverso il fondamentale intervento del Mediatore Professionista, che, in quanto tale, deve aver svolto un corso teorico - pratico volto ad interpretare e razionalizzare le esigenze delle parti in conflitto tentando di favorire una composizione volto alla reciproca soddisfazione.

Per una disamina delle varie tipologie di mediazione possiamo, al fine di sistematizzare la materia indicare tre diverse tipologie di mediazione: a) mediazione facoltativa, quando viene avviata dalle parti su base volontaria, sia prima, sia durante il processo; b) mediazione obbligatoria (mediaconciliazione), quando, per poter agire in giudizio le parti devono preventivamente tentare una conciliazione; c) demandata, quando il giudice, incaricato di dirimere la controversia, inviti le parti ad effettuarne il tentativo;

2. La mediazione facoltativa

L'assetto normativo, così come si è andato delineando, prevede una mediazione civile e commerciale basata sulla libera scelta delle parti in lite che può essere attuata per ogni tipo di controversia purché relativa a diritti disponibili, tale mediazione, che potremmo definire facoltativa, può essere incardinata su base volontaria dalle Parti in qualunque fase.

La mediazione facoltativa può essere incardinata qualunque stato si trovi la controversia e può anche essere scelta successivamente all'avvio del giudizio ordinario, essendo espressione della libera volontà delle parti di pervenire ad una definizione in via bonaria.

Per questo tipo di mediazione non è obbligatoria la presenza dell'avvocato, in quanto costituisce principio di carattere generale presente nel nostro ordinamento quello che consente di definire in via amichevole e liberamente qualunque controversia. La presenza dell'avvocato, pur non essendo obbligatoria, è tuttavia consigliabile anche nell'ambito della mediazione facoltativa in quanto consente, nel caso si addivenga ad un accordo, di conferire allo stesso valore di titolo esecutivo, non essendo in tal caso neppure necessaria la omologa del presidente del tribunale.

Poiché l'assistenza legale si pone, in questo caso, come mera possibilità atta a dare pieno valore giuridico all'accordo, è condivisibile l'opinione manifestata da più parti secondo la quale gli avvocati possano intervenire anche solo nella fase finale della mediazione ed al solo scopo di rendere esecutivo l'accordo raggiunto.

---

[8] Con la riforma della mediazione portata dal D.L. n. 69/2013 (convertito in L. n. 98/2013) è stata resa obbligatoria l'assistenza degli avvocati in tutti i casi in cui la mediazione costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziale ex art. 5, co. 1-bis, D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii.

Peraltro, al fine di rendere edotte le Parti sull'opportunità di risolvere la controversia in via bonaria, è previsto l'obbligo da parte degli avvocati di dare adeguata informativa ai propri assistiti attraverso una esplicita informazione che deve esser sottoscritta dalle Parti per presa visione.

L'informativa deve essere fornita chiaramente e per iscritto e l'avvocato deve altresì informare il proprio assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In caso di violazione degli obblighi informativi, il contratto è annullabile.

In tal modo si è cercato di indirizzare le Parti verso una scelta conciliativa ancor prima di promuovere il giudizio in sede civile, responsabilizzando gli avvocati, i quali, in caso di omessa informativa, potrebbero vedersi annullare il mandato ricevuto dai propri assistiti con le relative conseguenze anche in termini di mancata riscossione dei propri onorari.

Da un punto di vista concettuale, comunque, potremmo dire che, essendo la mediazione facoltativa espressione della volontà delle parti, la sua giurisdizionalizzazione, attraverso la presenza degli avvocati, non sembrerebbe necessaria se non nei limiti di fortificare l'accordo rendendolo eseguibile.

D'altra parte la cultura della mediazione si colloca in una visione dei rapporti interpersonali non avversariali ed è tesa a ricercare, ove possibile, l'accordo, fondandosi su valutazioni non solo di ordine economico ma anche di ordine sociale e di civile convivenza.

Questo orientamento che, come indicato, è stato espresso anche dal consesso internazionale più elevato (ONU) richiede una evoluzione della cultura giuridica dei cittadini soprattutto nei paesi di Civil Law, un cambiamento che può essere promosso attraverso una adeguata formazione ed informazione e con l'ausilio di mediatori adeguatamente formati attraverso l'approfondimento delle tecniche di mediazione e degli aspetti di carattere psicologico che condizionano i comportamenti e la percezione del conflitto.

In tal senso per lo sviluppo della mediazione facoltativa ciò che risulterà davvero necessario è rafforzare ed incentivare, più che la tutela giuridica/legale (necessaria al solo fine di dare esecutività all'accordo in caso di sua mancata esecuzione), l'affermazione di un tavolo conciliativo/negoziale valido ed efficace in quanto realizzato da organismi seri e da mediatori qualificati.

A tal proposito, infatti, non si può fare a meno di rilevare come un accordo sia tanto più suscettibile di esecuzione spontanea quanto più rifletta l'intima convinzione delle Parti di avere realizzato un accordo valido e soddisfacente per entrambe.

3. La mediazione obbligatoria: la sentenza della Corte Costituzionale 272/2012 e il D.L. n. 69/2013 (c.d. Decreto del Fare)

Con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 28/2010 e con il decreto ministeriale attuativo n. 180/2010, la riforma sulla mediazione civile e commerciale ha preso corpo ed ha iniziato a funzionare pur tra le inevitabili difficoltà legate ad una novità normativa fortemente osteggiata dalla classe forense.

Il sistema, come già in precedenza evidenziato, ricalca fondamentalmente quello già in atto per le controversie in materia societaria e normato dal D.lgs. n. 5/03 e dai decreti ministeriali n. 222/04 e 223/04, oggi non più in vigore.

In sostanza un sistema basato su Organismi accreditati presso il Ministero di Giustizia e mediatori qualificati sulla base di corsi di formazione specifici.

Detto sistema ebbe, tuttavia, in ambito societario scarsa applicazione poiché fondato unicamente su base volontaria e, dunque, demandato alla mera facoltà delle Parti, le quali, non conoscendo adeguatamente l'istituto, se ne guardarono bene dall'adottarlo e praticarlo.

Per tale motivo con l'entrata in vigore del D.lgs.n. 28/2010, attuativo dell'art. 60 della Legge Delega n. 69/2009, si era pensato di incentivare questo istituto attraverso la previsione, in alcuni ambiti, della obbligatorietà del tentativo di conciliazione[9], facendola diventare in tali casi condizione di procedibilità del ricorso giudiziario.

Lo sviluppo dell'istituto sembrava, anche per effetto dell'introdotta obbligatorietà in alcune materie, promettente poiché in quegli anni è aumentato il numero di mediatori e di organismi e le mediazioni sono incominciate ad incardinarsi, dapprima in misura modesta, ma già nel 2012 in misura più sostenuta[10].

Tuttavia l'ostracismo di una parte dell'avvocatura nei confronti dell'istituto della mediazione ed, in particolare nei confronti della mediazione obbligatoria, si è fatto in quegli anni sempre più forte sino a sfociare nel ricorso presentato dall'OUA (Organismo Unitario dell'Avvocatura) al TAR del Lazio[11] con conseguente rimessione della causa alla Corte Costituzionale, culminata con sentenza n. 272/2012 che sanciva l'eccesso di delega in riferimento all' art. 5, co. 1, d.lgs. n. 28/2010, stabilendo che né la Direttiva

---

[9] L'art. 5, co.1, D.lgs. n. 28/2010 prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale sancita con sentenza n., 272/12, prevedeva l'obbligatorietà della mediazione nelle seguenti materie: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, responsabilità medica, diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, , contratti assicurativi, bancari e finanziari.

[10] Dalle rilevazioni statistiche del Ministero della Giustizia si è registrato un aumento del 150% nel ricorso alla mediazione tra l'anno 2012 e l'anno 2011 (60.810 mediazioni incardinate nel 2011 a confronto delle 154.879 incardinate nel 2012 prima della sospensione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione disposta dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012).

[11] Con ordinanza del 12.04.2011 il TAR del Lazio ha rinviato la causa promossa dall'OUA e dall' UNCC contro il Ministro di Giustizia e il Ministro dello sviluppo economico alla Corte Costituzionale, sollevando, in riferimento agli artt. 24 e 77 Costituz. questione di legittimità costituzionale dell' art. 5, co.1 primo, secondo e terzo periodo e art. 16, co.1, D.lgs. n. 28/2010.

comunitaria né l'art.60 della legge delega n. 69/2009 autorizzavano il Governo ad introdurre l'obbligatorietà della mediazione.

La Corte, peraltro, con tale sentenza, rilevava solo un difetto formale, derivando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del D.lgs. n. 28/2010 solo da un eccesso di delega del Governo in violazione degli artt. 76 e 77 Costituz.; la Corte stessa, per converso, non dichiarava tout court l'illegittimità della mediazione obbligatoria, affermando, anzi, in alcuni passaggi, come fosse la stessa Direttiva Comunitaria 2008/52/CE a prevedere la facoltà per gli Stati membri di dotarsi di una mediazione obbligatoria.

In ogni caso, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale, si verificò un arresto nel ricorso all'istituto della mediazione[12] e ciò principalmente a causa del venir meno della sua obbligatorietà, che (come dimostrato dai primi anni di entrata in vigore del D.lgs. n. 28/2010) aveva rappresentato il volano per lo sviluppo effettivo di tale istituto, il quale, finché era puramente volontario, non aveva invece dato i frutti sperati.

Tuttavia se, da un lato, la decisione della Consulta determinò l'arresto dello sviluppo della mediazione, la stessa, dall'altro lato, ebbe il merito di riaccendere il dibattito sulla necessità di reintrodurre la mediazione obbligatoria epurandola dagli aspetti incostituzionali, proprio perché, comunque, nel breve periodo di vigenza dell'istituto, ci si era resi conto delle potenzialità insite in tale sistema di risoluzione alternativa delle controversie.

Per tale motivo, con il D.L. n. 69/2013 (altrimenti noto come "decreto del fare"), convertito con modificazioni in L. n. 98/2013, è stata nuovamente introdotta la mediazione obbligatoria all'interno del D.lgs. n. 28/2010, sostituendo l'art.5, co.1 (dichiarato affetto da incostituzionalità) con l'art. 5 co. 1 bis[13] contenente una serie di materie in cui il tentativo di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale ed aggiungendo, altresì, sempre all'art.5, il comma 2-bis il quale prevede che, nei casi in cui la mediazione sia obbligatoria prima di adire il giudizio ordinario, l'obbligatorietà stessa si consideri avverata se il primo incontro di mediazione si conclude con esito negativo.

Non si può, peraltro, non rilevare come la reintroduzione della obbligatorietà sia anche frutto di un'inevitabile compromesso; a tale conclusione si perviene agevolmente anche solo soffermandosi rapidamente ad osservare le diverse modifiche apportate in sede di riforma al D.lgs. n. 28/2010: dalla previsione, ex art. 5 co. 1-bis, dell'assistenza legale obbligatoria in tutti i casi in cui la mediazione sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale all'esclusione dalle materie di mediazione obbligatoria

---

[12] Esemplificativo, in tal senso, il dato statistico del Ministero di Giustizia registrato nell'anno 2013 con una riduzione percentuale del ricorso alla mediazione pari ad oltre il 70% al rispetto al 2012 (a tal proposito si ricordi che la mediazione obbligatoria è stata sospesa dal 13.12.2012 al 30.09.2013)

[13] L'art. 5, co.1-bis, D.lgs. n. 28/2010, come riformato dal D.L. n. 69/2013 convertito in L. n. 98/2013, prevede l'obbligatorietà della mediazione nelle seguenti materie: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

delle controversie derivanti da sinistri stradali (oggi ricadenti nella sfera di competenza della negoziazione assistita) fino al riconoscimento di efficacia esecutiva dell'accordo, senza necessità dell'omologa del tribunale, in tutti i casi in cui le Parti siano assistite da avvocati.

Pur con l'inevitabile compromesso suindicato e con il riconoscimento della sostanziale gratuità della mediazione obbligatoria[14], la reintroduzione dell'obbligatorietà ha permesso comunque all'istituto della mediazione di riprendere vigore, sebbene favorendo in gran parte, anche per i motivi suindicati, gli organismi facenti capo all'ambito forense e con la rinuncia di tanti organismi che, anche a causa delle nuove norme sulla sostanziale gratuità della mediazione obbligatoria, hanno visto ridursi drasticamente la possibilità di autofinanziarsi con le mediazioni.

Questo punto appare di rilevante interesse poiché, se giustamente si richiede che la mediazione esprima una elevata qualità (capacità funzionale e gestionale dell'organismo e di chi ci lavora, capacità e qualità dei mediatori, garanzia di standard elevati, sia, per quanto attiene le segreterie degli organismi, sia, per quanto attiene la professionalità dei mediatori), occorrerebbe anche consentire agli Organismi di Mediazione di poter acquisire i necessari mezzi economici attraverso la giusta remunerazione per lo svolgimento delle loro attività, cosa che, invece, appare preclusa istituendo per legge la sostanziale gratuità di gran parte delle mediazioni.

D'altra parte, se si ritiene che una parte non irrilevante della giustizia ordinaria possa essere gestita attraverso gli Organismi di mediazione con conseguente minore carico per i tribunali e minor costo delle relative strutture, sarebbe anche logico che a tali Organismi, pur con i necessari criteri selettivi, fosse consentito di acquisire adeguate e necessarie risorse.

Occorrerebbe, cioè, delineare un percorso che, garantendo una accurata selezione degli Organismi e dei mediatori, consentisse agli stessi di raggiungere e mantenere questi elevati livelli.

Possiamo immaginare che in futuro gli organismi deputati a gestire la mediazione possano essere esclusivamente o prevalentemente di matrice pubblica ma, in tal caso, le relative risorse graverebbero comunque sul contributo pubblico e, sul tema, andrebbe condotta una accurata analisi al fine di verificare se poi questa sottrazione alla giustizia ordinaria sia meno costosa e più rispondente a criteri di giustizia e di equità.

Oppure possiamo immaginare che la mediazione, come espressione di autonomia privata, possa essere affidata in futuro ad organismi pubblici e privati demandando poi al mercato di riferimento il compito di fare le dovute selezioni, ma, anche in tal caso, occorrerà riflettere sulla scarsa opportunità data dall'attuale

[14] A tal proposito si ricordi che, nell'ambito della mediazione obbligatoria, se le Parti, ad esito del primo incontro, non raggiungano l'accordo, le stesse non sono tenute al pagamento di alcun compenso in favore dell'organismo di mediazione (vd. art. 17, co.5-ter, d.lgs. n. 28/2010) ad esclusione delle spese di avvio della procedura e che, in ogni caso, nell'ambito della mediazione obbligatoria si operano le riduzioni delle indennità previste all'art. 16, co.4 lett. d), del D.M. n. 180/2010 e ss.mm.ii. Si ricordi, infine, che è prevista la gratuità della mediazione obbligatoria per tutti coloro che versino nelle condizioni per l'ammissione al patrocino a spese dello Stato.

normativa di coniugare la qualità della mediazione con le scarse risorse acquisibili dagli organismi deputati a svolgerla.

E' un tema irrisolto sul quale, si ritiene, converrà soffermarsi, pena il rischio di vanificare il grande lavoro fin qui svolto.

La obbligatorietà del tentativo di conciliazione peraltro sussiste anche nel caso dell'inserimento di apposite clausole contrattuali per effetto delle quali l'eventuale giudizio ordinario deve necessariamente essere preceduto dal tentativo di conciliazione.

4. La mediazione demandata o per ordine del giudice

Se la mediazione civile e commerciale può essere vista come una evoluzione naturale dei comportamenti delle parti che prima di promuovere una causa civile o, in sostituzione della stessa, tentano la composizione bonaria della controversia, l'invito a percorrere questa strada è ancor più convincente quando a porlo in essere è il giudice stesso alla cui attenzione ed al cui giudizio è stata sottoposta la controversia.

Occorre tener presente, infatti, che il giudizio nel processo civile è finalizzato unicamente all'accoglimento od al rigetto della domanda presentata, separando le ragioni dai torti ma che non può indicare strade diverse rispetto alla semplice soluzione binaria (sì/no), soluzione che spesso non risponde alle reali esigenze di chi quella domanda ha presentato.

Per tale motivo, in taluni casi e per talune ipotesi, è stata prevista la possibilità che sia lo stesso giudice della causa civile, nella norma originaria ad invitare ed attualmente, a seguito della riforma del decreto del fare, ad imporre il tentativo di conciliazione[15]. Saranno quindi i giudici nel corso del giudizio ordinario in Tribunale, ad ordinare alle parti di tentare una conciliazione presso un organismo di mediazione ogni volta che ravvisino l'utilità di avviare un procedimento di mediazione fra le stesse.

La mediazione demandata dal giudice, a diversi anni dalla riforma che ha trasformato l'invito a mediare in un vero e proprio ordine ad adempiere in corso di causa, si è diffusa nei tribunali italiani con risultati di grande interesse e non soltanto sul piano deflattivo.

Per effetto di tale disposizione normativa (art.5 d.lgs.n. 28/2010 così come modificato dal decreto del fare) quando il processo è stato avviato, anche in sede di giudizio d'appello, il giudice, in base allo stato del processo, alla natura della causa e al comportamento delle parti, così da non favorire dilazioni, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione, che, per l'effetto, diverrà condizione di procedibilità della domanda giudiziale[16]. L'ordine del giudice deve essere adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa.

---

15 Vedasi art. 5, co.2, D.lgs. n. 28/2010 come riformato dal D.L. n.69/2013 (conv. L. n. 98/2013):" *Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione…omissis…"*

16 Con l'attuale riforma il giudice, anche in sede di appello, dunque, non si limiterà ad un invito, ma avrà la possibilità di disporre che le parti si rivolgano ad un organismo di mediazione per l'espletamento del tentativo.

In pratica, il giudice – anche nel corso dell'appello – può invitare le parti a procedere alla mediazione, quando si rende conto che le posizioni non sono poi così distanti tra loro o che c'è bisogno di alcuni chiarimenti tra i soggetti che potrebbero portare a un accordo.

Orbene, stando all'orientamento ormai assunto da molti tribunali, lo svolgimento della nuova mediazione delegata diventa, non solo condizione per poter eventualmente proseguire la causa in caso di insuccesso dell'accordo, ma anche motivo per far incontrare personalmente le parti e farle discutere su tutti i punti della questione controversa. Infatti, come è stato più volte chiarito da diversi giudici, dinanzi al mediatore, le parti non possono limitarsi a delegare i propri avvocati a partecipare in loro vece, ma dovranno presentarsi personalmente. Non solo: non potranno neanche "lavarsene frettolosamente le mani", dichiarando, già al primo incontro di non voler aderire alla mediazione. In altri termini, un tentativo va sempre fatto seriamente, amaro che sia l'incontro con l'avversario.

Così, già nell'ordinanza che il giudice scrive, con cui rinvia le parti davanti all'organismo di mediazione, è contenuto, a volte, anche l'invito al mediatore ad avanzare proposta conciliativa, pur in assenza di congiunte richieste delle parti.

La mediazione delegata dal giudice appare, quindi, la modalità più proficua di attivazione dell'istituto poiché consente di selezionare autorevolmente il contenzioso suscettibile di trovare una migliore composizione mediante la soluzione conciliativa.

Nel solco interpretativo della nuova mediazione e nella prospettiva della sua effettività e di impulso al sistema, di notevole rilievo è apparsa l'iniziativa assunta da alcuni tribunali italiani (Milano, Firenze, Monza) i quali hanno risposto positivamente alla chiamata della Commissione Europea (JUST/2013/JCIV/AG Civil Justice) di compiere ulteriori sforzi nel tentativo di armonizzazione della Direttiva 2008/52/CE tra i Paesi membri dell'Unione. È nato così il progetto "*Mediation meets judges*", su scala europea, con l'obiettivo principale di generare *best practices* in tema di mediazione civile e commerciale nei tribunali dei Paesi membri che partecipano alla realizzazione del progetto, all'ulteriore e ambizioso fine di redigere un Protocollo Europeo che possa essere preso quale riferimento, anche dai Paesi che non sono stati parte dell'iniziativa. Ulteriore finalità è quella di generare il primo networking europeo tra giudici e operatori della giustizia e della mediazione. *Mediation meets Judges* è coordinato da Eurochambres ed è condotto da nove Camere di commercio europee e dai centri di mediazione ('Consolat de mar' di Barcellona, Brussels Chambers of Commerce, Cypus Chamber of Commerce and Industry, Centre de Médiation et Arbitrage de Paris,

---

L'assolvimento di tale disposizione costituirà la condizione di procedibilità dell'azione anche in sede di appello: cfr., in argomento, G. TRISCARI, La mediazione civile e commerciale, cit., 836 e ss., il quale, sul punto, rileva che il legislatore ha delineato lo strumento in esame in termini strettamente legati al successivo giudizio o comunque configurando la sua utilizzabilità anche ove le parti avessero iniziato il processo, consentendo, in questo caso al giudice, di valutare se non sussistessero i presupposti per un momentaneo arresto del processo in funzione della possibile soluzione stragiudiziale della controversia.

Bulgarian Chamber of Commerce, Camera Arbitrale di Milano, Chamber of Ireland, High Council of Chambers of Commerce of Spain) e da G.E.M.M.E. - Associazione europea di Giudici per la mediazione. In Italia, il progetto mira specificatamente a promuovere la mediazione demandata dal giudice, ed in tale contesto sono state depositate negli ultimi mesi le prime pronunce che appaiono di particolare interesse.

A tal proposito si segnala l'ordinanza del Tribunale di Monza del 20 ottobre 2014, la quale, nell'ambito di una controversia in materia bancaria, ha rinviato le parti in mediazione, precisando quanto segue: «*le parti dovranno essere presenti dinanzi al mediatore personalmente e con l'assistenza legale di un avvocato iscritto all'Albo*» e puntualizzando, inoltre che: "*per mediazione disposta dal Giudice si intende che il tentativo di mediazione sia effettivamente avviato e che le parti – anziché limitarsi al formale primo incontro – adempiano effettivamente all'ordine del giudice, partecipando alla conseguente procedura di mediazione".*

Si tratta, dunque, di un provvedimento di notevole rilievo che, peraltro, si inserisce nel solco della giurisprudenza di altri tribunali italiani per la "mediazione effettiva"[17].

Alla luce di quanto sopra può affermarsi che la mediazione prescritta dal giudice assume ai fini della procedibilità lo stesso valore della mediazione obbligatoria *ex lege*, ma con un valore aggiunto: il giudice potrà prescriverla anche al di fuori delle c.d. materie obbligatorie, estendendola a tutte le materie relative ai c.d. "diritti disponibili".

5. I vantaggi e i costi della mediazione civile

La mediazione civile e commerciale rappresenta una possibilità di risolvere il conflitto attraverso un confronto delle rispettive ragioni con l'ausilio di un terzo e l'assistenza di professionisti che, nel caso della mediazione obbligatoria, devono necessariamente essere avvocati.

Essendo la procedura del tutto libera (la mediazione è infatti svincolata dai rigidi formalismi propri del processo) non vi è la possibilità che la soluzione del conflitto sia affidata ad una decisione esterna ma sarà solo la volontà delle parti, opportunamente guidate, a trovare la relativa composizione.

Su questi presupposti essa richiede un atteggiamento nei confronti del conflitto più maturo, ponendo a base delle soluzioni prospettate non tanto e non solo principi formali di tipo giuridico/procedurale, quanto piuttosto valutazioni fondate sui reali bisogni delle parti, per questo motivo la conciliazione si potrà anche allontanare da una mera soluzione economica della controversia e trovare le proprie ragioni in un ambito più ampio rispetto al perimetro limitato e specifico indicato nella domanda di mediazione.

Sarà, ad esempio, possibile trovare un accordo che risolva la controversia attraverso impegni reciproci di mantenimento ed accrescimento del rapporto già esistente tra le Parti, con la possibilità di incrementare il business e/o i rapporti interpersonali, dando soddisfazione ad entrambe le parti in conflitto.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ai rapporti tra imprese che lavorino in partnership già da molti anni e che, a causa del contenzioso in atto, rischino di perdere il mercato di riferimento e la relativa clientela; è

[17] Si veda, in argomento, www.diritto24.ilsole24ore.com/art/guidaAlDiritto/dirittocivile/2015-01-27, cit..

evidente, come in tale caso, sia fondamentale la ricostruzione e l'incremento del rapporto fiduciario tra imprese piuttosto che ottenere una pronuncia giudiziale che, al di là di dirimere i torti dalle ragioni, comprometterà inevitabilmente i rapporti medesimi.

"*Allargare la torta*" (definizione soventemente usata per sintetizzare i meccanismi di ricerca di soluzioni creative all'interno della mediazione) può diventare, quindi, il metodo più efficace per raggiungere accordi che, favorendo le legittime aspettative di entrambi i soggetti coinvolti, consentano di conciliare la controversia senza sacrifici di una parte in favore dell'altra bensì con piena soddisfazione reciproca.

Uno degli aspetti di vantaggio, quindi, di questa procedura sta nel fatto di non essere necessariamente vincolata all'accoglimento o rigetto della domanda proposta (a differenza della domanda giudiziale), consentendo, pertanto, un margine di trattativa molto più ampio ed agevolando, in tal modo, la conclusione di accordi più rispondenti alle esigenze delle parti ed in grado di soddisfarle entrambe.

Accordi, dunque, non effimeri ma duraturi proprio perché derivanti da un confronto ampio tra le parti oltreché dalla capacità del mediatore di intercettare i loro reali bisogni anche al di là delle pretese palesate.

Ulteriore vantaggio proprio della procedura di mediazione è rappresentato dalla rapidità con cui la stessa si svolge, posto che la durata massima della mediazione è fissata in tre mesi[18] e che, di norma, si risolve in pochi incontri tenuti in tempi relativamente brevi.

A ciò si aggiunga che il tentativo di mediazione non pregiudica, né compromette la via giudiziaria ordinaria, essendo garantita la totale riservatezza di tutto ciò che accade all'interno del procedimento di mediazione attraverso il principio di inutilizzabilità - nell'ambito di un giudizio avente il medesimo oggetto, anche parziale, della mediazione - delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del procedimento medesimo, nonché, attraverso l'obbligo del segreto professionale da parte del mediatore, il quale non può essere tenuto a deporre su quanto appreso in mediazione né davanti l'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità[19].

Peraltro, oltre ai vantaggi connaturati alla procedura di mediazione così come sopra descritti (breve durata dell'esperimento conciliativo, libertà di ricercare soluzioni creative svincolate dalla domanda di mediazione originaria, informalità degli incontri, riservatezza e segretezza della procedura), il legislatore ha inteso incentivare l'uso di tale strumento di risoluzione alternativa delle controversie anche attraverso la previsione di costi contenuti e di agevolazioni fiscali.

Sotto tale aspetto occorre evidenziare, infatti, come i costi della mediazione risultino particolarmente bassi fino a divenire pressoché inesistenti in caso di mancato accordo all'esito del primo incontro (in tal caso, infatti, saranno dovute le sole spese di avvio della procedura e non anche le spese di mediazione[20]) e come,

[18] Vd. art. 6, co.1, D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii

[19] Vd. art. 10 D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii.

[20] E' bene ricordare come le spese di avvio si riferiscano alle sole spese necessarie all'avvio della procedura (es: invio di raccomandate, fotocopie di documenti e atti etc.) mentre le spese di mediazione siano quelle relative all'onorario del

nell'ambito della mediazione obbligatoria, viga la sostanziale gratuità del tentativo di mediazione in favore di quei soggetti (meno abbienti) beneficiari del gratuito patrocinio a spese dello Stato.

Ulteriore vantaggio è, poi, rappresentato dal credito di imposta spettante, anche se in misura diversa, sia in caso di esito positivo che in caso di esito negativo della mediazione[21].

Occorre, infine, ricordare come tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi alla procedura di mediazione siano esenti dall'imposta di bollo e come il verbale di accordo risulti esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000,00 euro, essendo tale imposta altrimenti dovuta nei soli limiti della parte eccedente[22].

Da quanto sopra esposto si evince, dunque, chiaramente come i vantaggi della mediazione appaiano rilevanti sia in caso di esito positivo (posto che si otterrà in breve tempo ed a costi contenuti il raggiungimento di un accordo modellato su misura dei bisogni delle parti) sia in caso di esito negativo (posto che la garanzia della riservatezza/segretezza dell'intera procedura non pregiudica l'eventuale futuro giudizio e che, comunque, al di là di tutto, si saranno gettate le basi per una eventuale conciliazione anche in una fase successiva).

L'efficacia della mediazione è del resto avvalorata dai dati statistici del Ministero di Giustizia che registrano, laddove l'aderente alla procedura sia comparso, una conclusione con esito positivo nel 23% dei casi, percentuale che raddoppia sino a raggiungere un tasso di successo del 43,5% quando l'analisi si restringe alle sole mediazioni la cui durata si sia prolungata oltre al primo incontro.[23]

Adire la mediazione, dunque, conviene per diversi ordini di motivi dai vantaggi intrinseci della procedura alle numerose agevolazioni fiscali/tributarie ad essa connesse, non tralasciando da ultimo il fatto che è stato altresì previsto un severo meccanismo sanzionatorio sia a carico di chi, senza giustificato motivo, decida di non parteciparvi[24], sia a carico di colui che, risultato vincitore nel successivo giudizio, abbia rifiutato

---

mediatore. Quanto agli importi contenuti, basta evidenziare come, ai sensi dell'art. 16 co.2 D.M. 180/2010 e ss.mm.ii., le spese di avvio della procedura siano pari ad €. 40,00 per liti di valore sino a 250.000,00 e ad €. 80,00 per liti di valore superiore. Parimenti le spese di mediazione sono di importo contenuto, a tal proposito vd Tab Tabella A art. 16, co.4, D.M. 180/2010 e ss.mm.ii.

[21] Ai sensi dell'art. 20, co.1, D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii. alle parti è riconosciuto un credito d'imposta commisurato all'indennità di mediazione, fino a concorrenza di € 500,00, in caso di mediazione positiva, viceversa nel caso di esito negativo,il credito d' imposta è ridotto della metà.

[22] Vd. Art. 17, co. 2 e 3, D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii..

[23] Rilevazioni statistiche del Ministero della Giustizia, periodo di riferimento: dal 1.01.2015 al 31.12.2015.

[24] Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova ex art. 116, 2 co., c.p.c.. Nei casi di mediazione obbligatoria il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato alla mediazione senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio (vd. art. 8, co. 4-bis, D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii).

la proposta del mediatore avente contenuto interamente o parzialmente corrispondente al provvedimento di definizione del giudizio medesimo[25].

La necessità di evitare le misure sanzionatorie previste dal D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii. se certamente non dev'essere il motivo ispiratore e determinante nella presentazione di una domanda di mediazione, può, tuttavia, rappresentare anch'esso un mezzo utile messo in campo dal legislatore al fine di diffondere ed incentivare l'utilizzo di tale procedura.

6. Il ruolo del mediatore civile: responsabilità e compiti

Potremmo forse dire che fare il mediatore non sia di per sé una professione, molto spesso, infatti, nell'ambito delle nostre attività professionali ci troviamo ad assolvere anche ad una funzione di mediazione, senza tuttavia ritenere per ciò solo di stare esercitando un'attività che esula dalla nostra competenza.

Quest'opera di mediazione, se l'abbiamo svolta, l'abbiamo fatta come corollario di altre attività caratterizzanti la nostra professione e molto spesso non è stata nemmeno valorizzata.

Nella figura del mediatore civile e commerciale, tuttavia, così come si è andata delineando, sono richieste capacità e conoscenze non strettamente inerenti alla professione di dottore commercialista o di avvocato bensì competenze trasversali che richiedono nuove conoscenze ed approfondimenti possibili solo attraverso una adeguata preparazione.

Il compito del mediatore civile e commerciale è infatti quello di aiutare le parti in lite a ricercare una soluzione amichevole della controversia tra di loro insorta, svolgendo questo ruolo, non solo con imparzialità ed indipendenza rispetto alle stesse, ma anche riuscendo ad interpretare le rispettive esigenze ed aspettative sulla base di capacità di ascolto e di dialogo atte a farle emergere e prospettando anche soluzioni creative più rispondenti ad una reciproca soddisfazione.

Al fine di garantire l'indipendenza e l'imparzialità del mediatore e dei suoi ausiliari, è fatto agli stessi divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio offerto; è fatto, altresì, loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti ed, infatti, qualsiasi somma, a titolo di indennità e/o di onorario, deve essere corrisposta direttamente all'organismo di mediazione [26].

---

[25] Art. 13, co.1 e co.2, Dlgs. 28/2010 e ss.mm.ii.: "*Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma corrispondente al contributo unificato…omissis… Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto ex art. 8 co.4.Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente*".

[26] Vd. Art. 14, co.1, D.lgs. 28/2010 e ss.mm.ii.

Il Mediatore deve altresì: a) sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento; b) informare immediatamente l'Organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione; c) formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative; d) corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'Organismo[27].

In tutti i casi in cui si ravvisi l'inottemperanza da parte del mediatore agli obblighi suindicati il responsabile dell'Organismo, su istanza di parte, provvederà all'eventuale sostituzione del Mediatore; qualora, invece, la mediazione sia stata svolta dallo stesso responsabile dell'organismo, spetterà al regolamento dell'Organismo medesimo individuare la diversa competenza a decidere sull'istanza.

Ulteriore limite posto a garanzia dell'indipendenza ed imparzialità del mediatore è rappresentato dal divieto di operare per un numero maggiore di cinque organismi di mediazione, in caso di contravvenzione a tale divieto il mediatore, che sia pubblico dipendente o professionista iscritto ad un albo o collegio professionale, commetterà un illecito disciplinare sanzionabile ai sensi delle rispettive normative deontologiche[28].

La riforma portata dal D.M. n. 139/2014 (modificativo dei decreti ministeriali attuativi già emanati D.M. n. 180/2010 e del D.M. n. 145/2011), ha, altresì, posto una serie di ulteriore limiti al mediatore al fine di scongiurare il verificarsi di eventuali incompatibilità e conflitti di interesse e , precisamente, tali limiti consistono nel: a) divieto di essere parte, rappresentare o comunque assistere le parti in procedure di mediazione dinanzi all'organismo presso il quale il mediatore è iscritto o presso il quale rivesta la qualità di socio o altra carica a qualsiasi titolo, b) divieto di assumere la funzione di mediatore nel caso in cui siano in corso o siano stati intrattenuti negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti, o quando una delle parti è assistita o è stata assistita negli ultimi due anni da professionista socio del mediatore o con lui associato ovvero ha esercitato la professione negli stessi locali, costituendo in ogni caso condizione ostativa all'assunzione dell'incarico la ricorrenza delle ipotesi di cui all'art. 815, 1 co. numeri da 1 a 6, c.p.c., c) divieto di assumere incarichi professionali o comunque di intrattenere rapporti professionali con le parti per un periodo di due anni dalla definizione del procedimento[29].

Inoltre per garantire la professionalità nello svolgimento degli incarichi, ai mediatori è fatto, altresì, obbligo di possedere i seguenti requisiti: a) avere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea triennale o, in alternativa, essere iscritti ad un ordine o collegio professionale; b) aver svolto un percorso formativo di almeno 50 (cinquanta) ore consistente in sessioni teoriche e pratiche, al termine del quale è prevista una prova di valutazione finale di almeno 4 (quattro) ore, composta sia di una parte teorica che di

[27] Vd. Art. 14, co. 2, D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii
[28] Vd. Art. 6 D.M. Giustizia n. 180/2010 e ss.mm.ii.
[29] Vd. Art. 14 –bis D.M. n. 180/2010 integrato con il D.M. n. 145/11 aggiornato con le modifiche dal D.M. n. 139/14.

una pratica; c) aver ottemperato agli obblighi di aggiornamento biennale attraverso la frequentazione di un corso non inferiore alle 18 (diciotto) ore biennali presso gli enti di formazione accreditati dal Ministero della Giustizia; d) aver partecipato, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti al Registro degli Organismi di Mediazione.

Il percorso formativo sopra descritto non risulta, invece, applicabile agli avvocati, i quali, per effetto della riforma portata dal D.L. n. 69/2013 convertita in L. n. 98/2013, vengono riconosciuti mediatori di diritto, fermo restando l'obbligo di aggiornamento professionale nel rispetto di quanto previsto dall'art. 55-bis del codice deontologico forense[30].

Infine i mediatori dovranno, altresì, dimostrare il possesso dei seguenti requisiti di onorabilità: a) non aver riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa; b) non essere incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; c) non essere sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza; d) non aver riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento[31].

Oltre ai requisiti di imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità sin qui descritti, l'opera del mediatore dev'essere altresì sempre improntata al rispetto del principio di riservatezza; questo significa che il mediatore, qualora lo riterrà opportuno, potrà anche ascoltare ciascuna parte in separata sede, ma tutto quello che ciascuna parte riferirà al mediatore sarà coperto dal più assoluto riserbo e il mediatore potrà riferire solo ed esclusivamente ciò che la parte dichiarante vorrà far sapere all'altra, al fine di trovare una composizione amichevole della lite.

Per agevolare il compito del mediatore nell'assolvimento di tale obbligo di riservatezza, la normativa espressamente prevede che lo stesso sia esonerato dall'obbligo di deporre in qualità di testimone (nell'eventuale successivo giudizio che dovesse instaurarsi ad esito dell'insuccesso della mediazione) sulle dichiarazioni rese e sulle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione. Quindi riservatezza e segretezza assolute da parte del mediatore, cui si applicano le disposizioni dell'art. 200 c.p.p. e si estendono le garanzie previste per il Difensore dalle disposizioni dell'art. 103 c.p.p. in quanto applicabili.

Da questo rapido excursus in ordine al ruolo ed alle responsabilità del mediatore emerge, dunque, chiaramente come allo stesso vengano richieste competenze trasversali non interamente riconducibili a nessuna altra attività professionale tradizionale, venendo in gioco molteplici capacità e competenze differenti: da quelle più attinenti alla sfera psicologica e comportamentale (quali la capacità di ascolto e di empatia con le parti o la capacità di essere riconosciuto dalle stesse come autorevole pur restando privo del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti) a quelle più strettamente legate alla logica ed alla capacità di ragionamento da *problem solving* (al fine di individuare soluzioni creative il più possibile rispondenti alle reali esigenze delle parti), oltre alle necessarie conoscenze giuridico - normative ai fini della stesura di un accordo pienamente valido ed efficace.

---

[30] Vd. Art. 16, co. 4-bis, D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii.
[31] Vd. Art. 4, co. 3, lett.c) D.M. 180/2010.

E', dunque, evidente come l'acquisizione di tali multi-professionalità non possa prescindere dalla partecipazione a corsi formativi ad hoc volti a creare mediatori preparati e maggiormente consapevoli dell'importanza del proprio ruolo in mediazione.

7. Gli organismi di mediazione

La legge prevede che la mediazione civile e commerciale sia gestita da organismi di mediazione accreditati presso il Ministero della Giustizia. Gli organismi di mediazione sono enti pubblici o privati abilitati a svolgere il procedimento di mediazione e iscritti nell'apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia, dopo aver dato particolari garanzie di serietà ed efficienza. Il registro è istituito e tenuto presso il Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero e ne è responsabile il direttore generale della giustizia civile ovvero un suo delegato avente qualifica dirigenziale, che esercita poteri di vigilanza e controllo.

I criteri e le modalità di iscrizione nel registro degli organismi di mediazione e nell'elenco degli enti di formazione sono fissati dal D.M. Giustizia n. 180/2010 e ss.mm.ii.

Tra i requisiti fondamentali per l'iscrizione agli organismi di mediazione, vale la pena di ricordare: il possesso di un capitale non inferiore a 10.000,00 euro, la capacità organizzativa dell'Organismo consistente nel poter svolgere la mediazione in almeno due regioni italiane o in almeno due province della medesima regione (anche attraverso gli accordi di cui all'art. 7, co.2, lett.c) del D.M. 180/2010 e ss.mm.ii.), i requisiti di onorabilità di tutti i soci (o associati), degli amministratori e dei rappresentanti degli organismi, il possesso di una polizza assicurativa non inferiore ai 500.000,00 euro a copertura della responsabilità a qualunque titolo derivante dall'attività di mediazione, la trasparenza amministrativa e contabile dell'Organismo, il numero di mediatori non inferiore a cinque dichiaratisi disponibili a svolgere l'attività di mediazione per l'Organismo, la disponibilità di una sede. [32]

Gli enti abilitati a svolgere la mediazione possono, dunque, essere, come già precedentemente evidenziato, enti pubblici o privati (società, associazioni), ovvero organi o articolazioni interne degli enti medesimi (camere di conciliazione istituite dalle Camere di commercio, organismi non autonomi di società).

Peraltro, per quanto attiene determinate categorie di enti, il percorso per l'iscrizione risulta notevolmente semplificato ed, infatti, gli Organismi costituiti, anche in forma associata dalle CCIAA e dai consigli degli ordini professionali potranno essere iscritti su semplice domanda, dovendo dimostrare unicamente il possesso di una polizza assicurativa (euro 500.000,00) a copertura dell'attività di mediazione e la disponibilità di mediatori dotati dei necessari requisiti professionali-formativi e di onorabilità richiesti dalla normativa vigente.

Il legislatore ha, altresì, previsto un percorso particolarmente preferenziale per l'istituzione di Organismi di mediazione da parte dei Consigli degli Ordini degli Avvocati, detti Organismi, infatti, non solo possono usufruire degli spazi messi a loro disposizione all'interno dei tribunali ma sono altresì competenti a

[32] Vd. Art. 4 D.M. 180/2010 e ss.mm.ii..

dirimere controversie vertenti su qualsiasi materia e ciò a differenza degli Organismi di altri Ordini professionali i quali sono deputati all'istituzione di soli Organismi speciali, la cui competenza è limitata alle sole materie proprie della legge istituiva del rispettivo Ordine.

La normativa prevede, peraltro, che ciascuno organismo debba dotarsi di un regolamento e di un codice etico, che dovranno essere comunicati al Ministero e dovranno garantire i requisiti di terzietà, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del procedimento di mediazione.

Nel rispetto dei requisiti suindicati, viene lasciata ampia autonomia agli Organismi di darsi la regolamentazione ritenuta più idonea; diventa, dunque, fondamentale per i centri di mediazione porre particolare attenzione nella stesura di un regolamento efficiente che costituirà il migliore "biglietto da visita" dell'Organismo medesimo.

Fondamentale sarà in particolare il ruolo rivestito dai Responsabili degli Organismi e, in loro vece, dalle Segreterie, le quali dovranno curare e gestire al meglio la procedura in ogni sua fase: dalla verifica della regolarità formale della domanda di mediazione[33] alle modalità di nomina del mediatore e fissazione dell'incontro, dalle comunicazioni all'altra parte alla stesura dell'accordo e/o all'inoltro della proposta conciliativa alle parti.

I regolamenti dovranno comunque sempre essere improntati al rispetto dei princìpi ispiratori della mediazione, vale a dire l'informalità del procedimento di mediazione[34] e la riservatezza del medesimo[35].

8. Il procedimento di mediazione

Al procedimento di mediazione si applica la legge istitutiva (ex D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii ed i decreti attuativi ministeriali ex D.M. n. 180/2010 e ss.mm.ii.) ed il regolamento dell'organismo scelto dalle parti. Il regolamento garantisce la riservatezza del procedimento nonché modalità di nomina del Mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

Il procedimento di mediazione si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o in un diverso luogo indicato nel regolamento dell'organismo prescelto e secondo modalità, anche telematiche, purché la via telematica non sia l'unica via di accesso alla mediazione (vedasi divieto di cui all'art. 7, co.4, D.M. 180/2010 e ss.mm.ii.).

---

[33] La domanda di mediazione deve contenere: l'indicazione dell'organismo, delle parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa.

[34] Art. 8, co.2, D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii.: "*Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo*".

[35] Art. 9, co.1 e co.2, D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii.: "*Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo." "Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti".*

La domanda di mediazione è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. L'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda, considerando, ai fini della determinazione del tempo della domanda, la data del deposito della stessa.

Una volta ricevuta la domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un Mediatore e fissa un primo incontro esplorativo e di programmazione tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più Mediatori ausiliari (dove non sia possibile, egli può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali, ai quali spetta un distinto compenso aggiuntivo).

La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.

Scopo di tale primo incontro è quello di informare le parti sulla funzione e sullo svolgimento della procedura, nonché, quello di verificare l'effettiva possibilità di dare avvio alla procedura di mediazione. Nel caso in cui al primo incontro emerga da subito la sostanziale impossibilità di intraprendere una mediazione, nessun compenso sarà dovuto all'Organismo ed al mediatore (art. 17, comma 5-ter, D.Lgs. n. 28/2010 così come modificato dal D.L. n. 69/2013 conv. in L. n. 98/2013), inoltre la conclusione del primo incontro senza accordo costituirà presupposto valido per considerare avverata la condizione di procedibilità nei casi di mediazione obbligatoria [36.]

Al primo incontro ed agli incontri successivi le Parti possono partecipare sia individualmente sia accompagnati da propri consulenti che non devono essere necessariamente avvocati, tuttavia, nel caso in cui si verta nell'ambito di mediazione obbligatoria ex art.5 co. 1-bis del D.lgs. n. 28/2010 e ss.mm.ii, le Parti devono obbligatoriamente essere assistite dai loro avvocati sino al termine della procedura.

Ruolo del mediatore durante gli incontri sarà quello di adoperarsi affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia, a tal fine il mediatore dovrà attivarsi per aiutare i soggetti coinvolti a discutere nel modo più sereno possibile tra di loro al fine di creare un clima favorevole alla proposizione di idee e soluzioni conciliative.

[36] Cfr., nella stessa direzione, L. Tommasi, *Mediazione civile e commerciale,* cit., 5499.

Oltre all'impegno del mediatore ed all'indispensabile cooperazione delle parti, contribuisce ad ingenerare un terreno propizio alla soluzione compositiva della lite anche la stessa struttura della procedura di mediazione così come pensata e voluta dal legislatore, il quale, discostandosi dal modello proprio del giudizio ordinario, ha inteso valorizzarne il carattere informale (consentendo, per tale via, ai soggetti coinvolti di muoversi in ambiti più ampi rispetto a quelli angusti e rigidamente regolamentati propri del giudizio ordinario), nonché, il carattere di riservatezza e confidenziale (facilitando, per tale via, un confronto più aperto e schietto sia tra le Parti che tra quest'ultime ed il mediatore).

Per quanto attiene agli esiti conclusivi della mediazione, gli stessi possono essere essenzialmente di tre tipi: positivo (accordo amichevole); negativo, con successiva adesione delle parti alla proposta del mediatore; negativo, per mancato accordo amichevole o per mancata adesione alla proposta del mediatore.

Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo sottoscritto dalle parti; qualora tutte le parti siano assistite da un avvocato (nei casi in cui la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale , lo ricordiamo, la presenza degli avvocati è obbligatoria) il verbale di accordo, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati, costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, oltre che per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico[37].

In assenza degli avvocati, invece, l'accordo raggiunto con l'ausilio del mediatore per costituire titolo esecutivo valido ai fini dell'espropriazione forzata, esecuzione in forma specifica ed iscrizione di ipoteca giudiziale, dev'essere omologato, su istanza di parte, dal presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e di ordine pubblico.

Viceversa se l'accordo non viene raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione informando le parti delle possibili conseguenze in ordine al pagamento delle spese processuali; del pari il Mediatore può formulare una proposta anche in assenza delle Parti convocate qualora gliene faccia richiesta la parte istante (in quest'ultimo caso la possibilità di formulare la proposta dev'essere contemplata nel regolamento dell' Organismo di Mediazione – vedasi, in tal senso, art.7, co.2 lett. b), D.M. 180/10 e ss.mm.ii.).

Egli è tenuto comunque a formulare la proposta in qualunque momento del procedimento, se le parti gliene fanno concorde richiesta. La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto ed esse, sempre per iscritto ed entro sette giorni, fanno pervenire al mediatore l'accettazione o il rifiuto della proposta (in mancanza di una risposta nel termine, la proposta si considera rifiutata). Se tutte le parti

[37] Cfr. art. 12, comma 1 D.Lgs. n. 28/2010.

aderiscono alla proposta, il mediatore forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore.

Qualora vi sia piena corrispondenza tra il contenuto della proposta formulata dal mediatore e il provvedimento che in seguito definisce il giudizio, è prevista una rilevante eccezione al principio della soccombenza: il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente (quelle riferibili al periodo successivo alla formulazione della proposta), nonché al pagamento di un'ulteriore somma a favore dello Stato a titolo di sanzione. La disposizione si applica anche alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto agli esperti. Se il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta del mediatore, il giudice può comunque, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, escludere (indicandone esplicitamente i motivi) la restituzione alla parte vincitrice delle spese sostenute per l'indennità del mediatore e il compenso degli esperti.

L'accordo raggiunto (sia quello amichevole, che quello su proposta del mediatore) può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione, inosservanza o ritardo degli obblighi stabiliti. Se con l'accordo, sono conclusi contratti o atti previsti di cui all'art. 2643 cod. civ., per la trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Qualora la conciliazione non riesca, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; anche in questo caso, il verbale viene sottoscritto dalle parti e dal mediatore. Nello stesso verbale, il mediatore indica la mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione.

Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116 c.p.c. Inoltre, il giudice nei casi di mediazione obbligatoria, qualora la mancata partecipazione non sia dovuta a giustificato motivo, condanna la parte che non ha partecipato al procedimento al versamento di una somma di importo corrispondente al contributo unificato previsto per il giudizio.

Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi, decorrenti dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza fissata dal Giudice per il deposito della stessa e - anche nei casi in cui il Giudice dispone il rinvio della causa ai fini della mediazione - non è soggetto a sospensione feriale.

9. Conclusioni

Chi inizia una causa civile è spesso animato da un forte sentimento di rivalsa per aver subìto un torto per il quale vuole ottenere ragione. Per questo, fino ad oggi, si ricorreva al Tribunale nella speranza di ottenere, per mezzo di una sentenza, quella soddisfazione alla quale si riteneva di aver diritto. Ma quanti, dopo anni passati fra udienze e rinvii, sostenendo spese ingenti e attese interminabili, effettivamente sono riusciti ad ottenere quella giustizia a cui aspiravano? Aspettare cinque anni per recuperare un credito è

soddisfacente? Aspettare dieci anni per un risarcimento danni è soddisfacente? Quanto tempo siamo disposti ad aspettare per trovare soddisfazione?

Per deflazionare il contenzioso civile e commerciale, intervenendo sulla domanda di giustizia, si deve puntare anche sugli strumenti di soluzione delle liti alternativi al giudizio, con l'obiettivo di aumentare le conciliazioni stragiudiziali e ampliare il ricorso alle soluzioni bonarie, gestite direttamente dal giudice o dai consulenti tecnici nominati dal giudice. Allo stesso tempo, deve essere chiaro che questi sistemi funzionano, e costituiscono quindi un fattore di riduzione della domanda di giustizia, solo se il sistema giudiziario è efficiente, perché altrimenti la parte in torto continuerà ad evitare la composizione amichevole della controversia per approfittare dei tempi lunghi dei processi.

Sia in ambito nazionale che comunitario è vivo l'interesse per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, attraverso strumenti ritenuti effettivamente in grado di aggiungere un percorso alternativo a quello giurisdizionale al fine di definire una controversia civile.

In quest'ottica è positivo potenziare la mediazione, perché è uno strumento che consente a cittadini e imprese di risolvere le controversie in tempi ragionevoli e a costi contenuti. E' evidente che la disciplina normativa introdotta con il D.Lgs. 28/2010 costituisce un momento di rilievo nel quadro degli interventi compiuti dal legislatore al fine di rendere più efficiente la macchina della giustizia, troppo gravata da un numero elevato di controversie che annualmente, con una costante crescita, appesantisce il carico di lavoro dei Tribunali, rendendo difficile che ad una domanda di giustizia corrisponda una pronta risposta della giurisdizione. Ed è indubbio che la disciplina normativa introdotta dal suddetto decreto legislativo manifesta la profonda esigenza, avvertita dal legislatore, di compiere un intervento innovativo e profondo sul piano dello strumento a disposizione delle parti (la mediazione) per porre fine ad una controversia, introducendo un nuovo percorso, strutturalmente diverso da quello giurisdizionale, ove le dinamiche di risoluzione della controversia operano, più che sulla base di parametri normativi di riferimento, su quello, diverso, della ricostituzione di un rapporto di cooperazione tra le parti. La mediazione, in questo contesto, acquista una sua dimensione di rilievo in quanto assurge a strumento generale di risoluzione delle controversie civili aventi ad oggetto diritti disponibili, dove ad acquistare peso significativo è la riattivazione della dinamica negoziale che porta le parti a verificare se sussistano spazi per una soluzione concordata delle controversie[38].

Ricorrere alla mediazione civile significa per decine e decine di migliaia di cittadini e imprese avere l'opportunità di ottenere soluzioni concrete in tempi certi e rapidi e a costi molto contenuti, pari a solo una frazione dei costi di una causa civile. Quasi tutte le controversie si possono conciliare. Certo, non tutte, ma l'ultima parola spetta sempre alla parte, alla quale rimane sempre possibile il ricorso al Tribunale se non troverà un accordo.

[38] Così, testualmente, G. TRISCARI, *La mediazione civile e commerciale,* cit., 837.

Bisogna quindi continuare a lavorare in sede nazionale, sulle forme di mediazione in vigore, spingendo sui fattori propulsivi che inducono le parti ad utilizzare questo strumento, ponendo l'attenzione sia sull'utente, il quale deve oggi cercare di orientarsi spontaneamente nella scelta di intraprendere il cammino del procedimento di mediazione, che sul giudice, il quale ha, a propria disposizione, il potere di invitare le parti a mediare secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 2, del D.Lgs. 28/2010. In tale ambito, sia l'utente che il giudice debbono intraprendere un percorso di acquisita consapevolezza, da un lato, della qualità del servizio prestato dagli organismi di mediazione, dall'altro delle potenzialità della mediazione stessa, della sua capacità di trovare modi di risoluzione della controversia che certamente il giudice, nel processo, non ha la possibilità di compiere, e dunque della sostanziale diversità tra potere conciliativo del giudice e attività facilitativa o valutativa del mediatore[39].

A cura del gruppo di lavoro costituito da:

Edoardo Merlino (coordinatore)
Anna Rosa Adiutori

[39] In questi stessi termini, G. TRISCARI, *La mediazione civile e commerciale,* cit., 854.

LE STATISTICHE DI UTILIZZO DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE DALL'INTRODUZIONE DEL 28/2010 ALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE DEL 2012 DEL 06/12/2012 N° 272, G.U. 12/12/2012

Molte riflessioni vengono suggerite dall'esame dei dati statistici rilevati e stimati dalla Direzione Generale di Statistica del Dipartimento della organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi presso il Ministero della Giustizia, raccolti e pubblicati per il periodo marzo 2011 dicembre 2012, il periodo cioè di operatività della mediazione obbligatoria ex D.Lgs. 28/2010 prima della pronuncia della Corte Costituzionale, che di fatto ne ha praticamente bloccato il ricorso fino alla emanazione del cosiddetto "decreto del fare" di cui più avanti.

A tale fine si commentano alcune delle rilevazioni[40] elaborate dal Ministero ed in particolare quelle che ci forniscono la dimensione del fenomeno in valore assoluto su base mensile, i flussi per materie ricomprese nell'elencazione dell'articolo 5 del D.Lsg. 28/2010 ovvero soggette a condizione di procedibilità, le categorie della mediazione, l'esito della mediazione per tipologia di procedimento e la durata media delle procedure di mediazione rispetto ai procedimento giurisdizionali di primo grado tra quelle di maggior interesse.

Ulteriori approfondimenti e riflessioni emergono dal confronto di questi dati con quelli rilevati dopo la riforma introdotta dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 che stabilisce Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia (cosiddetto "decreto del fare"). Tali ulteriori approfondimenti e riflessioni seguiranno la disamina delle rilevazioni del primo periodo, riportando e commentando i dati statistici fino a marzo 2016 (ultimi dati disponibili alla pubblicazione del presente lavoro).

E' opportuno evidenziare, inoltre, che il Parlamento Europeo, adottando la Risoluzione sui metodi alternativi di controversie in materia civile e commerciale, ha riconosciuto la validità della conciliazione paritetica italiana quale esempio di migliore prassi basata sul protocollo stipulato e sottoscritto dalle aziende e associazioni di consumatori, di cui si tratterà ampiamente in seguito.

Nonostante l'Italia detenga il primato della giustizia civile più lenta ed inefficiente d'Europa la conciliazione paritetica è inserita come buona pratica nella nuova direttiva comunitaria sulle ADR (Alternative Dispute Resolution): più di 20.000 casi all'anno di controversie di consumo, tasso di successo delle procedure di conciliazione elevatissimo (95% nel settore telecomunicazioni, 91% servizi postali, 70% nel settore dei trasporti), tempi medi si circa 60 giorni (fonte Consumers' Forum).

Nuovo impulso all'utilizzo degli ADR è stato dato nel 2013, sempre dal Parlamento Europeo che ha approvato la proposta di direttiva relativa alla risoluzione alternativa delle controversie e la proposta di regolamento relativo alla risoluzione delle controversie on line, con l'obiettivo:

- di rendere le ADR fruibili per tutti i tipi di controversie dei consumatori;

[40] (le fonti sono reperibile sul sito della Direzione Generale di Statistica del Ministero di Giustizia all'indirizzo: https://webstat.giustizia.it/_layouts/15/start.aspx#/SitePages/Studi%20analisi%20e%20ricerche.asx)

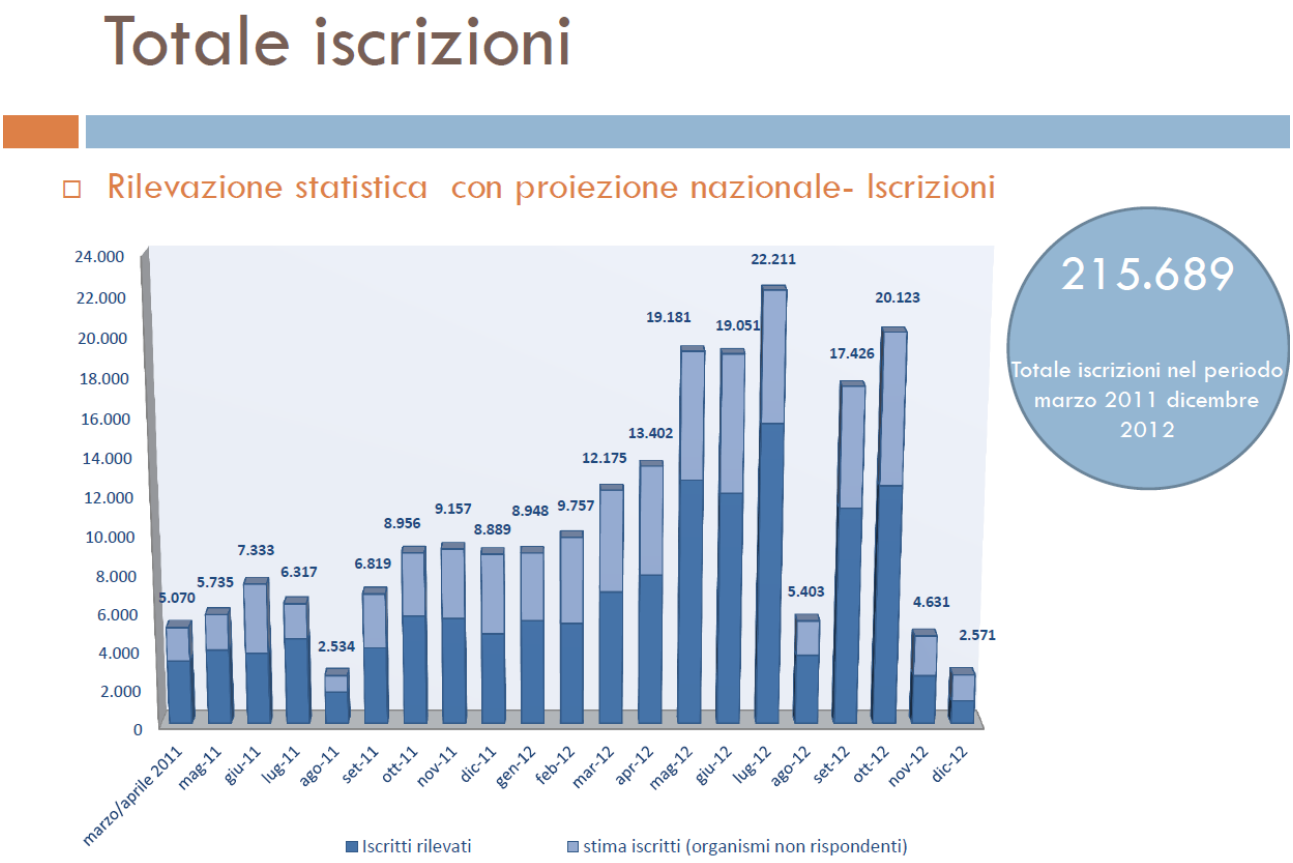
- che i servizi offerti dagli organismi raggiungano tutti lo stesso livello di qualità e siano in grado di gestire anche controversie transfrontaliere;

- che consumatori e professionisti siano a conoscenza della possibilità di utilizzare dette procedure.

La conciliazione on line (che nelle ADR va annoverata tra le ODR - On line Dispute Resolution) si differenzia sostanzialmente dal modello tradizionale per il contesto in cui si svolge la procedura (nel Web tramite forum, scambio di email, chat o videoconferenza, anziché -come avviene solitamente- presso la sede dell'ente) e il modo in cui comunicano le parti interessate.

Si tratta in entrambi i casi di un meccanismo che rileva proprio per la speditezza delle varie fasi e che nell'insieme porta ad una soluzione della controversia in un termine piuttosto breve (alcuni organismi pubblicizzano sui loro siti una tempistica media di 60 gg.), per nulla comparabile con quello richiesto dalla giustizia ordinaria; anche in relazione a queste ultime procedure, qualche riflessione verrà resa in conclusione della presente disamina.

LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE EX D.LGS. 28/2010 IN NUMERI NEL PRIMO PERIODO DI OBBLIGATORIETÀ (2011-2012)

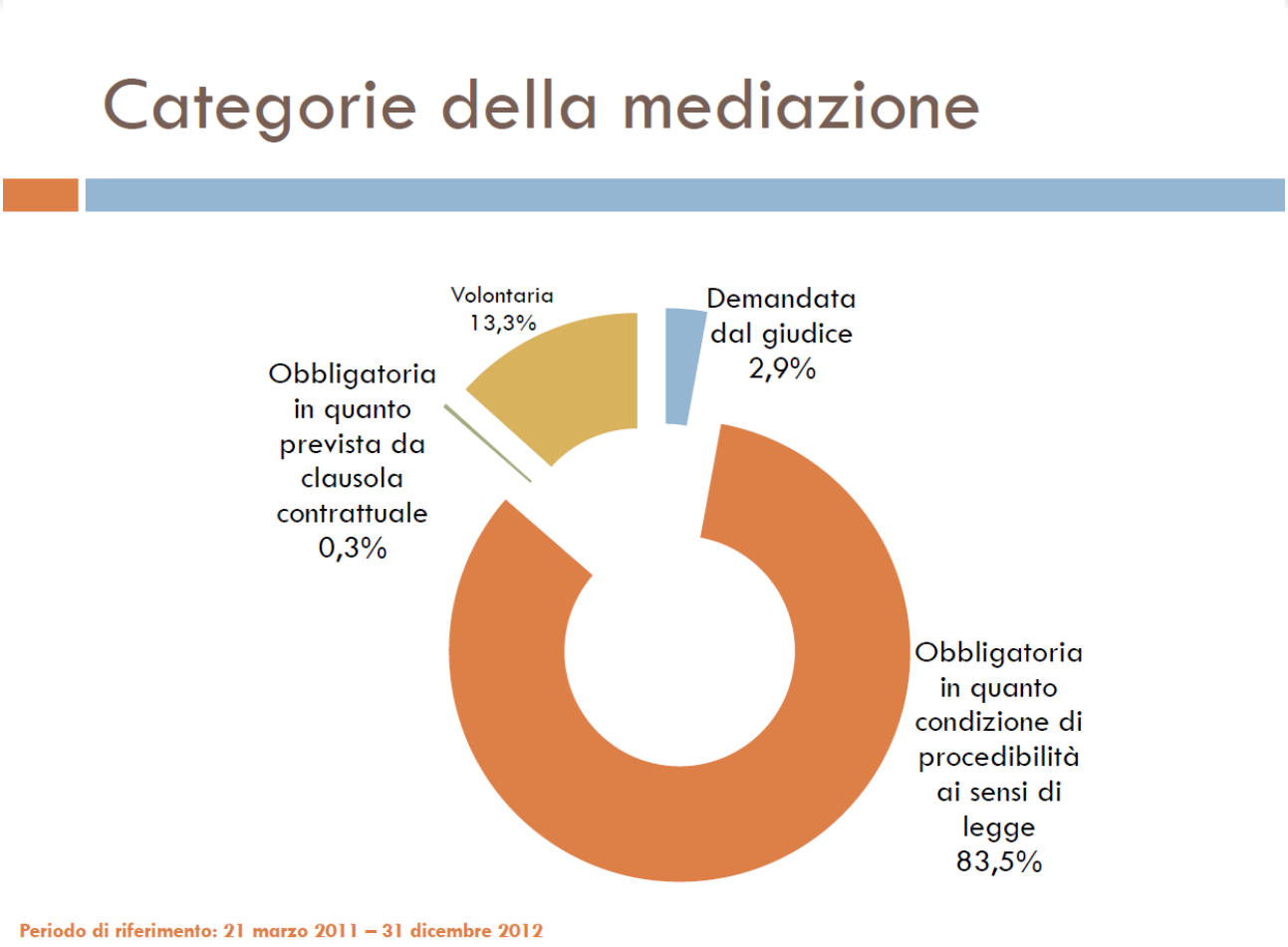


Da questa tabella, come anticipato, è possibile avere una dimensione quantitativa del fenomeno della mediazione a partire dalla introduzione della sua "obbligatorietà" nel marzo del 2011 (nella prima tranche di materie – escluse responsabilità civile da incidenti stradali e liti condominiali la cui obbligatorietà è entrata in vigore dal marzo 2012) fino allo stop imposto dalla sentenza della Corte Costituzionale che ne ha stabilito l'incostituzionalità, per eccesso di delega. Il maggior numero di procedure di mediazione iscritte si sono rilevate nel periodo da maggio ad ottobre 2012 con circa 20.000 mediazioni incardinate mensilmente su tutto il territorio nazionale (a parte il mese di agosto), per un totale in tutto il periodo di oltre 215.000 procedure di mediazione; un fenomeno di assoluto rilievo quello italiano che non trova altrove analoghe manifestazioni.

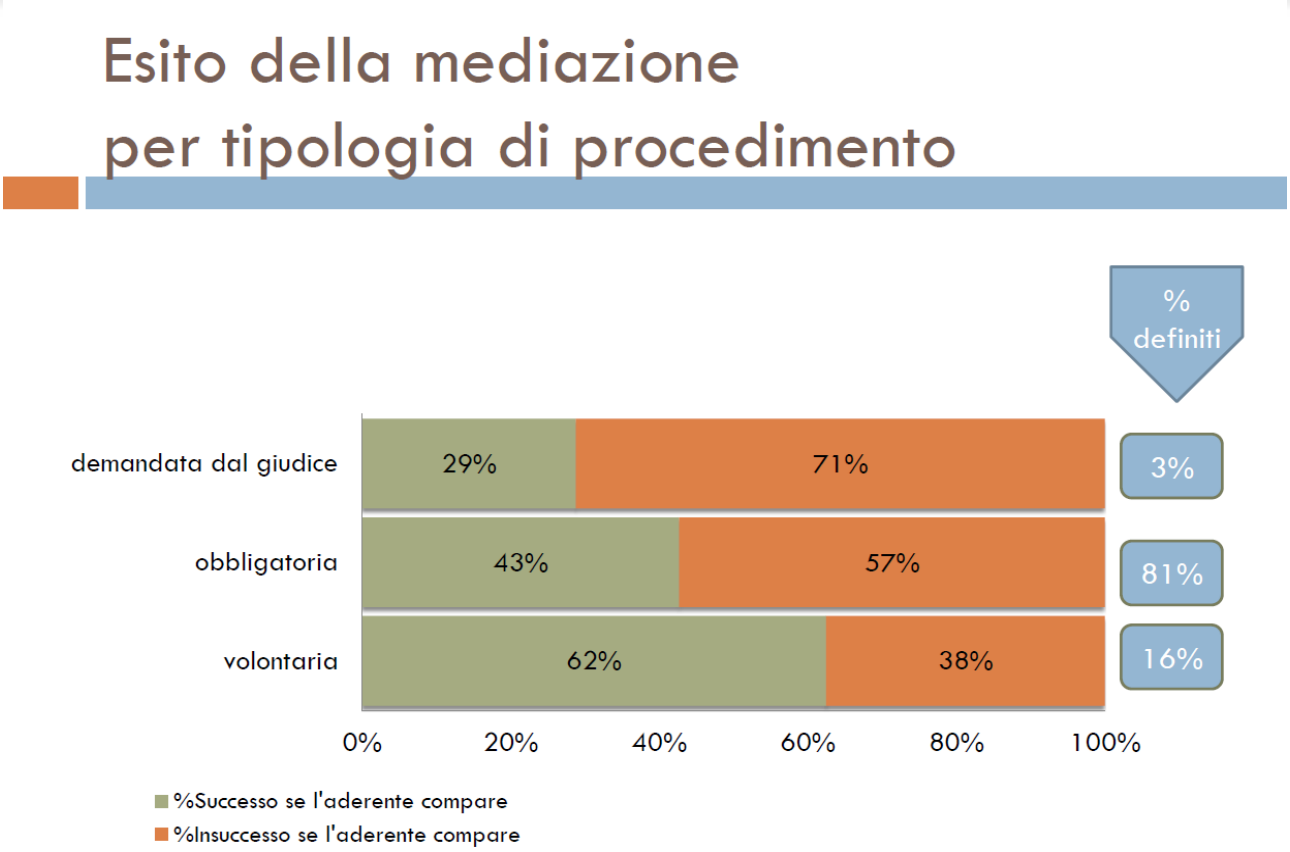
Flussi e materie

	2011 21 marzo - 31 dicembre				2012 1 gennaio - 31 dicembre			
	PENDENTI INIZIALI	ISCRITTI	DEFINITI	PENDENTI FINALI	PENDENTI INIZIALI	ISCRITTI	DEFINITI	PENDENTI FINALI
Condominio	28	655	435	248	248	7.979	7.304	923
Diritti reali	39	11.999	7.704	4.334	4.334	18.063	18.450	3.948
Divisione	14	3.507	2.052	1.469	1.469	5.366	5.528	1.307
Successioni ereditarie	19	3.058	1.882	1.195	1.195	4.648	4.823	1.020
Patti di famiglia	0	60	42	18	18	132	86	64
Locazione	19	7.239	4.727	2.531	2.531	15.344	15.593	2.282
Comodato	1	1.240	792	449	449	1.775	1.896	327
Affitto di Aziende	4	932	671	265	265	1.227	1.236	256
Risarcimento danni da circolazione veicoli e natanti	12	530	415	127	127	44.659	42.926	1.860
Risarcimento danni da responsabilità medica	91	4.465	2.964	1.592	1.592	7.978	8.306	1.264
Risarcimento danni da diffamazione a mezzo stampa	0	764	497	267	267	1.301	1.313	256
Contratti assicurativi	22	4.925	3.463	1.484	1.484	9.584	9.665	1.403
Contratti bancari	62	5.590	3.417	2.235	2.235	11.249	11.051	2.433
Contratti finanziari	13	2.086	1.327	772	772	3.106	3.209	669
Altra natura della controversia	418	13.760	9.774	4.404	4.404	22.468	21.246	5.625
Totale	**742**	**60.810**	**40.162**	**21.390**	**21.390**	**154.879**	**152.631**	**23.638**

Questa tabella ci mostra come, nella colonna delle iscrizioni, le materie che maggiormente hanno interessato l'attività di mediazione, rientrando tra quelle dell'articolo 5, soggette quindi a condizione di procedibilità della domanda giudiziale, in entrambi i periodi in analisi, sono state quelle rientranti negli ambiti dei diritti reali - con i noti problemi legati alla usucapione ed alla trascrizione nei pubblici registri dei passaggi di proprietà conseguenti – delle locazioni e dei risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti (materia quest'ultima esclusa nella attuale legge in vigore dall'elenco delle materie oggetto della condizione di procedibilità).



Altro spunto di riflessione viene suggerito dalla dimensione del fenomeno per categorie di mediazione; la tabella si commenta facilmente da sé, l'83,5% delle procedure è stato avviato perché imposto della norma, soltanto il 13,3% su libera scelta delle parti, appena il 2,9% su invito del giudice. In riferimento a quest'ultimo dato, posti gli obiettivi deflattivi del legislatore i risultati sono stati poco soddisfacenti.



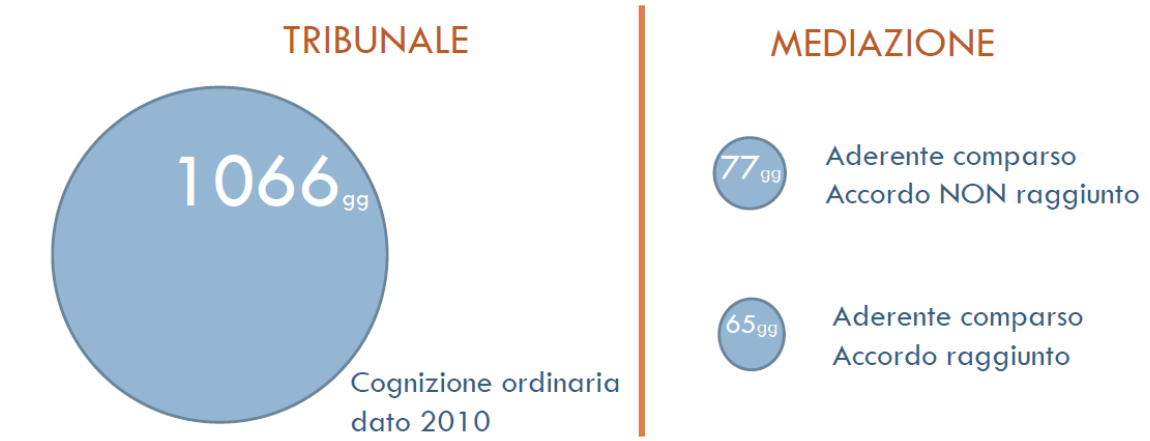
Periodo di riferimento: 21 marzo 2011 – 31 dicembre 2012

Merita una attenta lettura il dato riportato nella tabella che evidenzia l'esito delle procedure a seconda della tipologia di mediazione, ovvero del grado di imposizione più o meno forte nell'incardinare una procedura (come nel caso della obbligatoria e della demandata) o della libertà delle parti di rivolgersi al mediatore per espletare il tentativo di risolvere una controversia. Emerge dalle rilevazioni del Ministero della Giustizia che a maggior grado di libera scelta corrisponde maggior grado di esiti positivi cioè di successo della mediazione, a dispetto del peso esiguo delle mediazioni volontarie sul totale delle procedure avviate.

Se ne trae la conseguente riflessione che la mediazione obbligatoria e maggiormente quella demandata sono percepite dai chiamati in mediazione aderenti e comparsi, con un minor grado di fiducia nell'istituto, dalle parti stesse. Se si considera che la procedura viene svolta in modo del tutto similare dai mediatori, indipendentemente dalla tipologia sopra riportata, molto bisogna lavorare per fare in modo che anche nel caso di condizione di procedibilità la mediazione venga concepita e percepita come efficace strumento di composizione delle controversie; molto bisogna fare per avviare alla cultura della mediazione.

Durata delle procedure

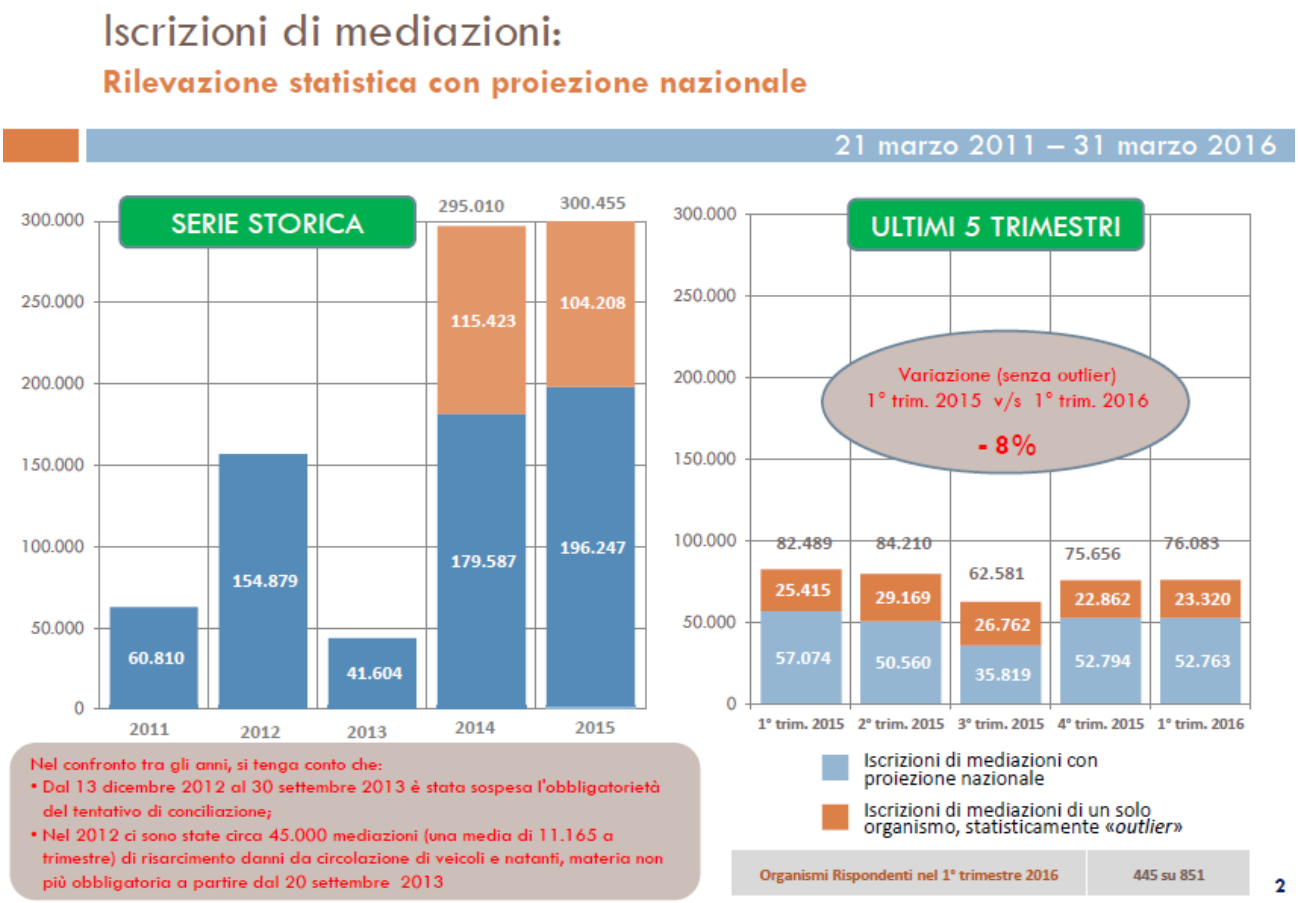
- Durata delle procedure e confronto con la giustizia ordinaria



Periodo di riferimento: 21 marzo 2011 – 31 dicembre 2012

L'immediata percezione dei vantaggi in termini temporali dell'espletamento delle procedure di mediazione rispetto ai tempi della giustizia ordinaria, è evidente dal raffronto sopra riportato, con una conseguente componente economica legata al costo delle procedure di mediazione piuttosto che dei procedimenti giurisdizionali o vantaggi indiretti legati al veloce e rapido realizzo in conseguenza di un accordo condiviso a seguito di esito positivo della procedure di mediazione, che rende disponibili risorse prontamente impiegabili e non da ultimo ai praticamente nulli oneri impliciti di esecuzione dell'accordo.

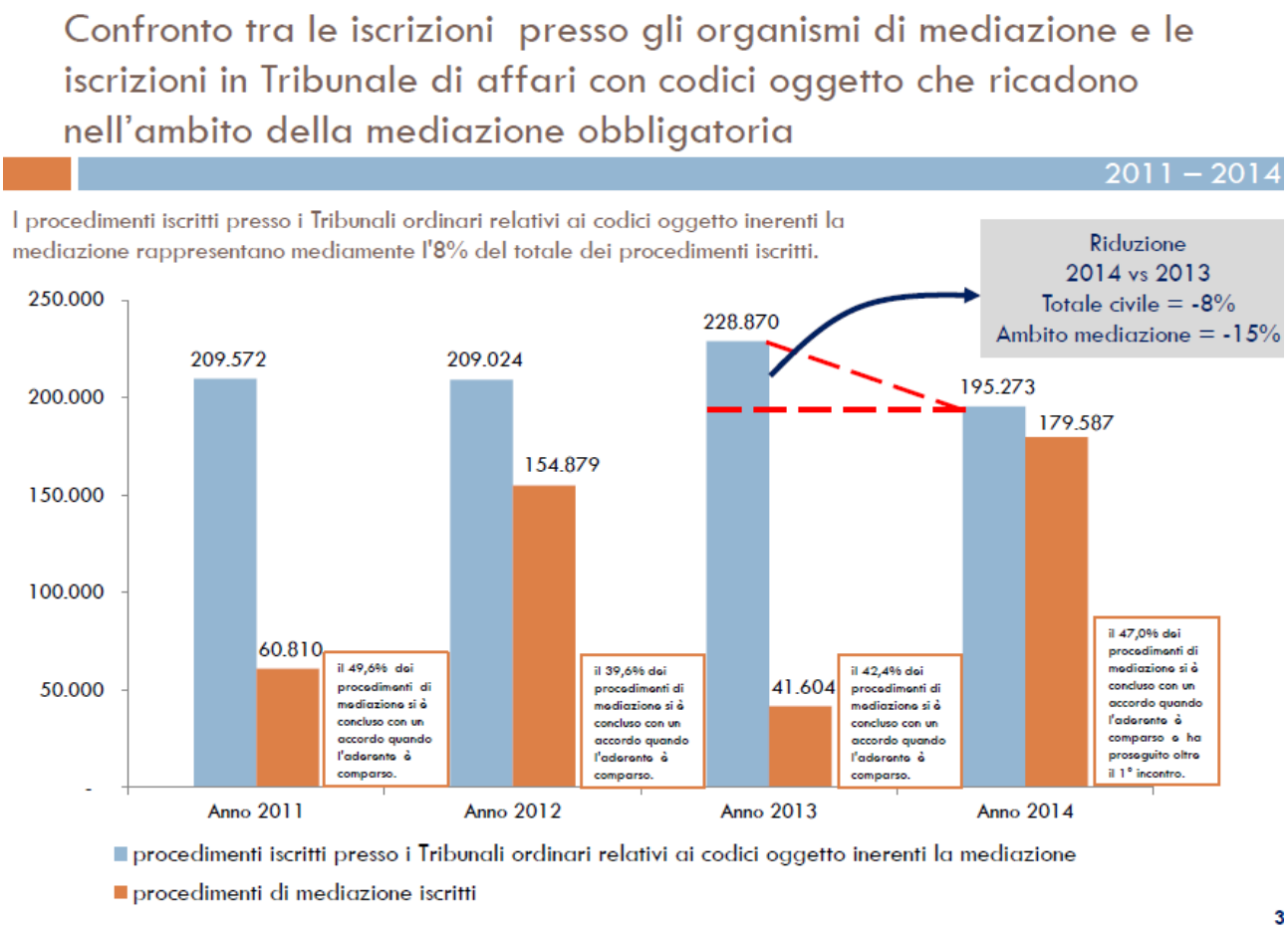
RILEVAZIONI STATISTICHE SUSSEGUENTI ALLA REINTRODUZIONE DELLA OBBLIGATORIETÀ DEL TENTATIVO DI SVOLGERE UN PRIMO INCONTRO "INFORMATIVO" POSTO DALLA LEGGE LEGGE 9 AGOSTO 2013, N. 98 DI CONVERSIONE, CON MODIFICAZIONI, DEL DECRETO-LEGGE 21 GIUGNO 2013, N. 69 COSIDDETTO "DECRETO DEL FARE".



La tabella sopra riportata espone il raffronto tra il numero delle istanze di mediazione presentate nella sequenza storica dal 2011 a marzo 2016. Come si evince chiaramente, a parte il 2013 a causa dell'effetto della sentenza della Corte Costituzionale che ha eliminato la obbligatorietà in alcune materie del tentativo di mediazione (fino alla sua ormai famosa reintroduzione ad opera del decreto del fare), il numero delle istanze è molto consistente ed il suo paragone ad altre procedure stragiudiziali non regge il confronto, nel senso che questo strumento, di derivazione anglosassone, ha dimostrato di poter adempiere all'effetto deflattivo sul contenzioso pendente come vedremo più avanti; aldilà di ogni considerazione sulla ortodossia dello strumento in relazione alla sua natura che di base ne vorrebbe uno strumento a propulsione assolutamente volontaria è innegabile la potenzialità insita nei numeri esposti.

L'organismo considerato un "outlier" statistico, ha iniziato a comunicare i dati al Ministero dal 1° trimestre 2014, ha 104 sedi operative, tutte le iscrizioni riguardano la materia dei contratti assicurativi, quasi tutte le mediazioni si sono concluse con la mancata comparizione dell'aderente; per tale ragione le analisi delle pagine successive sono elaborate al netto dei suoi dati.

Rilevazione statistica con proiezione nazionale



In questa statistica, elaborata dalla Direzione Statistica del Ministero solo fino al 2014, si confrontano i ricorsi iscritti a ruolo presso i Tribunali e le domande di mediazione, nelle materie di cui all'art. 5 comma 1bis del D.Lgs. 28/2010. Come si evince dalla tabella, nel tempo, le cause mediabili, sono state in misura sempre maggiore effettivamente "portate in mediazione"; il numero delle procedure di mediazione infatti è dal 2011 in poi sempre più "prossimo" al numero delle cause iscritte a ruolo con evidenti ulteriori margini di miglioramento in termini di ampliamento delle materie mediabili per legge.

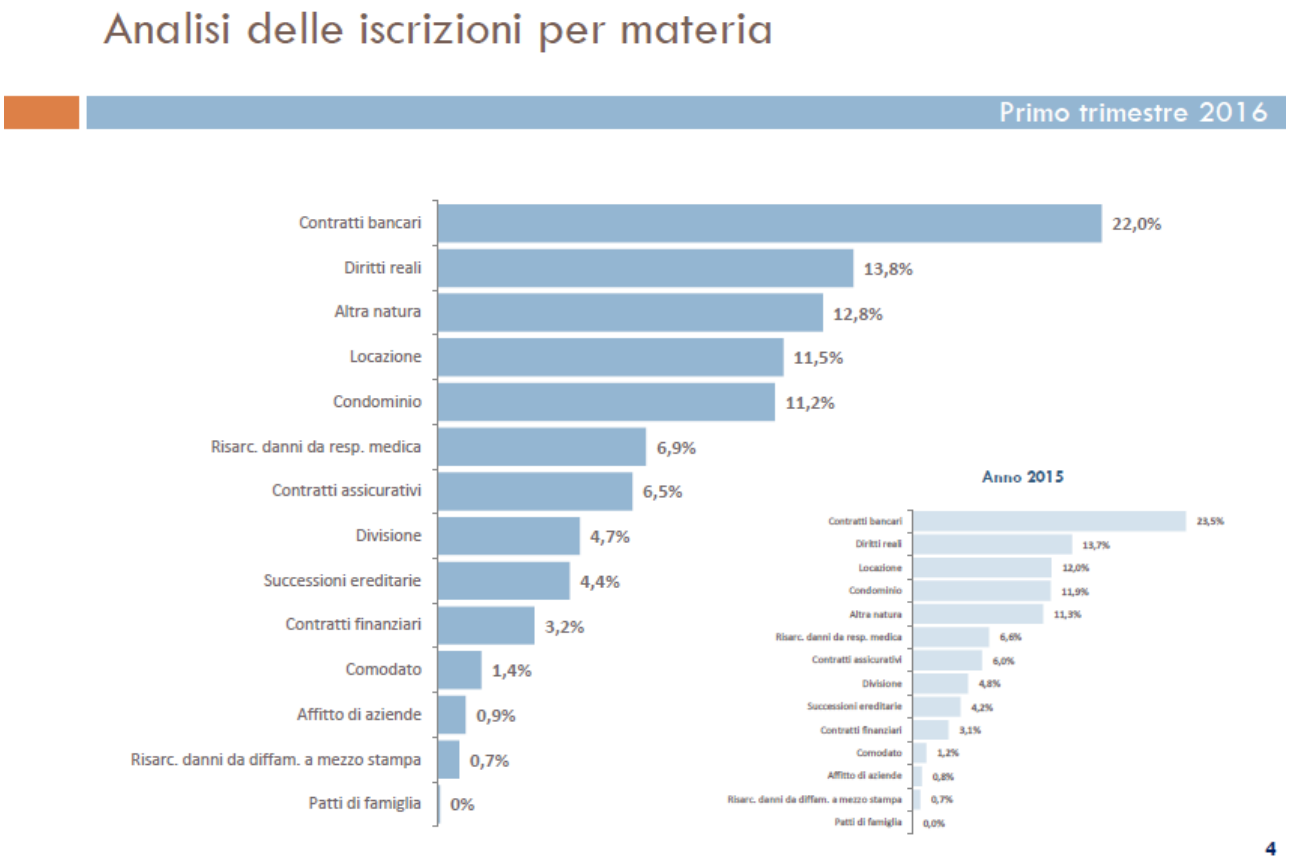
Flussi e materie

Primo trimestre 2016

	1 gennaio - 31 marzo 2016			
	PENDENTI INIZIALI	ISCRITTI	DEFINITI	PENDENTI FINALI
Condominio	8.057	5.900	5.405	8.552
Diritti reali	11.559	7.273	6.009	12.823
Divisione	4.413	2.483	2.157	4.739
Successioni ereditarie	3.493	2.307	1.939	3.861
Patti di famiglia	93	36	24	105
Locazione	7.298	6.046	5.441	7.902
Comodato	894	762	569	1.087
Affitto di Aziende	804	484	416	871
Risarcimento danni da responsabilità medica	4.472	3.642	3.169	4.945
Risarcimento danni da diffamazione a mezzo stampa	537	372	310	600
Contratti assicurativi	3.917	3.404	2.912	4.409
Contratti bancari	13.878	11.624	10.110	15.393
Contratti finanziari	2.311	1.688	1.459	2.540
Altra natura della controversia	13.269	6.740	5.467	14.542
Totale	74.995	52.763	45.389	82.369
Contratti assicurativi dell'organismo outlier	***8.870***	***23.320***	***16.672***	**15.518**

3

Dal 1° gennaio al 31 marzo 2016 sono state protocollate 52.763 mediazioni contro le 57.074 del primo trimestre 2015 registrando quindi un decremento pari al 10,0% circa (in valori assoluti delle 4.300 circa iscrizioni in meno, circa 3.000 sono in materia di contratti bancari e circa 200 in meno in materia di contratti finanziari, dove difficilmente la parte chiamata compare al primo incontro di mediazione e, se compare, difficilmente si determina ad iniziare la fase successiva, cioè a proseguire nel tentativo di conciliazione). Non vi è stato invece una variazione apprezzabile in termini % sulle nuove iscrizioni del dato riferito alle mediazioni definite, infatti nel periodo considerato sono state 45.389 contro le 50.261 del primo trimestre 2015.



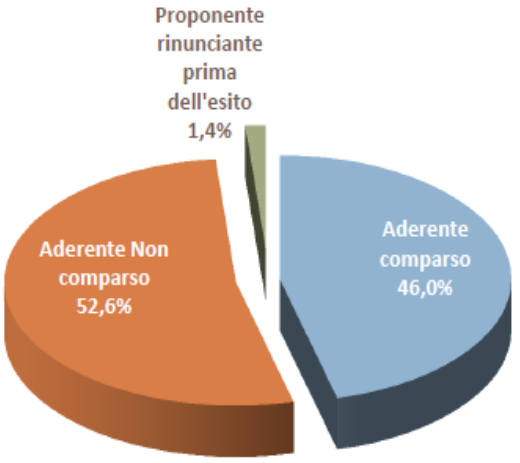
Dalla tabella emerge che il maggior numero di mediazioni si ha in materia di contratti bancari, seguite dalle controversie in diritti reali, nella categoria altra natura (presumibilmente le cosiddette volontarie) che hanno superato le locazioni e condominio, ma se si analizzano i dati riferiti agli esiti della mediazione in tali materie emerge che identità imprenditoriali molto grandi, come banche e assicurazioni dimostrano la predisposizione peggiore alla conciliazione: le parti infatti compongono infatti solo il 7% dei conflitti in contratti bancari e il 15% di quelli in materia di contratti assicurativi.

I dati confermano quanto rilevato nelle anche nelle altre tabelle: i contratti bancari, contratti assicurativi e responsabilità sanitaria conferiscono i risultati più scarsi, soprattutto per la mancata adesione della parte invitata.

Esito delle mediazioni

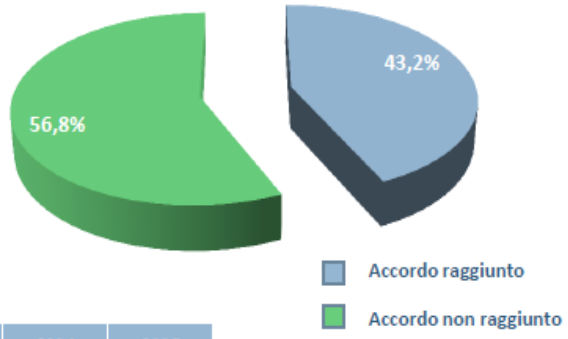
Primo trimestre 2016

Presenza delle parti



Esito della mediazione

(quando le parti accettano di sedersi al tavolo della mediazione dopo il primo incontro)



	03/2011 – 12/2012	2013	2014	2015
Aderente comparso	27,0%	32,4%	40,5%	44,9%
di cui Accordo raggiunto	43,9%	42,4%	47,0% (*)	43,5% (*)

(*) Dal 2014 sono state escluse le mediazioni in cui gli aderenti hanno partecipato solo al primo incontro conoscitivo

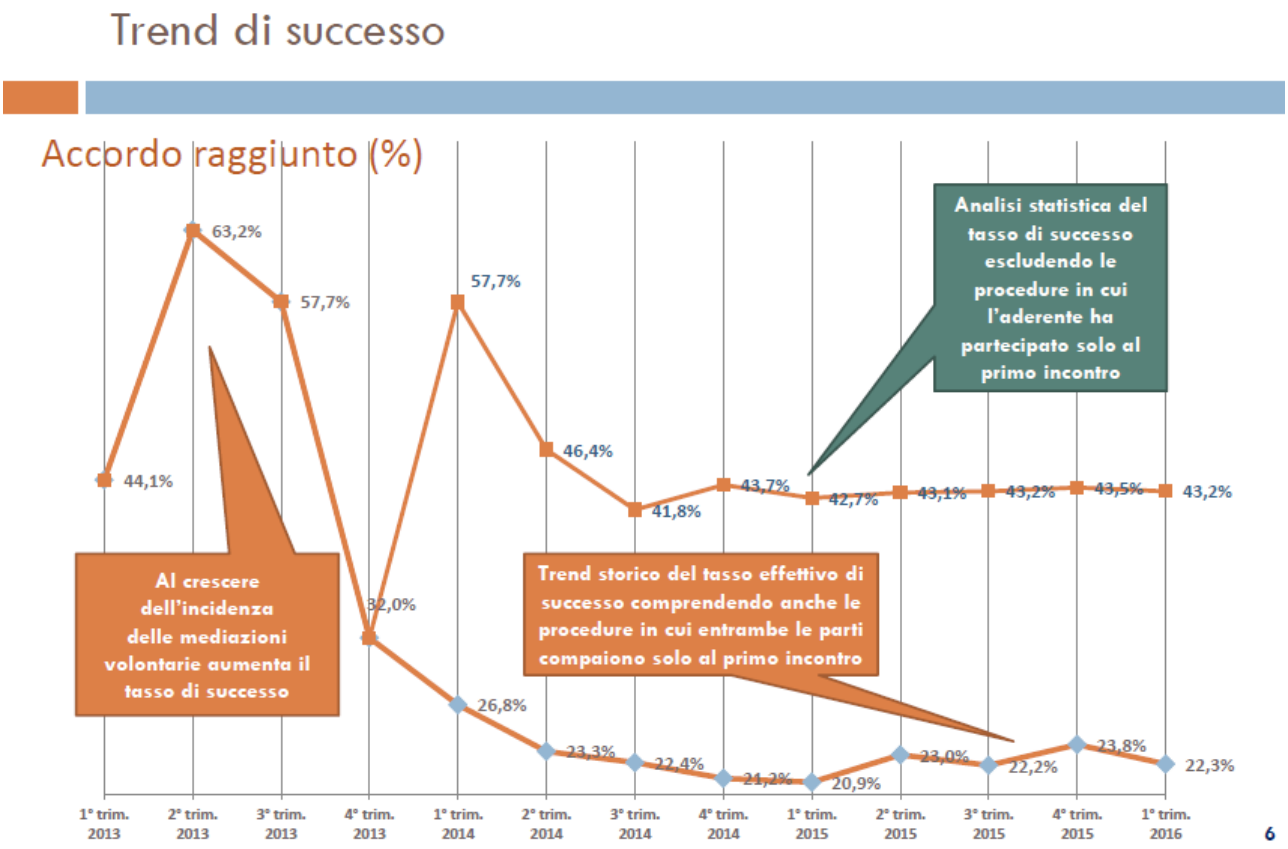
5

Le parti invitate a negoziare un accordo, durante il primo trimestre 2016 hanno aderito alla procedura nel 46% con un incremento sullo stesso periodo del 2015 di oltre un punto percentuale dei casi e segnando un trend positivo di circa il 6% in più rispetto al 2014 ed hanno conciliato la lite il 20% delle volte sul totale delle iscrizioni. Dai nuovi dati emerge che la mediazione conduce ad un accordo nel 43,2% dei casi quando la parte chiamata (aderente nella tabella) compare. Riflessione ulteriore merita il dato statistico del tasso di insuccesso pari al 80% circa sul totale delle iscrizioni.

Tale percentuale deve essere correttamente contestualizzata, posto che non tiene conto di quanti partecipano solo “formalmente” alla procedura al fine di farla fallire, e non tiene conto di tutti quegli accordi conciliativi che vengono conclusi al di fuori della procedura, quindi grazie alla mediazione. Dai dati, emergono pertanto, due distinte valutazioni:

- Quella di chi abbandona la procedura al termine del primo incontro informativo, preferendo proseguire in Tribunale o accordarsi al di fuori della mediazione il 52,6% dei casi;

- Quella di chi svolge la fase negoziale il 46,% dei casi (oltre ai rinuncianti 1,4%) e conclude un accordo in mediazione nel 43,2% dei casi (con ulteriori margini di miglioramento nel tempo a nostro avviso).



La statistica mette in evidenza che sul totale delle mediazioni iscritte, il tasso effettivo di successo è del 22,3% e che, con l'incremento di quelle volontarie rispetto al totale, il trend di questo dato nel tempo è positivo, nel senso che il tasso di successo delle volontarie è molto alto ed incide sul tasso effettivo globale significativamente e che se si fa riferimento alle sole mediazioni proseguite oltre il primo incontro, il tasso di successo si attesta quasi al 45% dato innegabilmente importante sotto i profili economici di cui trattiamo.

Categorie della mediazione - definizioni

	2011		2012		2013		2014		2015	
Demandata dal giudice	700	1,7%	4.965	3,3%	489	2,0%	7.699	5,6%	18.062	9,7%
Obbligatoria in quanto condizione di procedibilità ai sensi di legge	31.288	77,9%	129.531	84,9%	13.802	57,5%	131.360	83,8%	151.469	81,6%
Obbligatoria in quanto prevista da clausola contrattuale	200	0,5%	458	0,3%	359	1,5%	1.332	0,6%	823	0,4%
Volontaria	7.973	19,9%	17.677	11,6%	9.369	39,0%	15.926	10,0%	15.392	8,3%

7

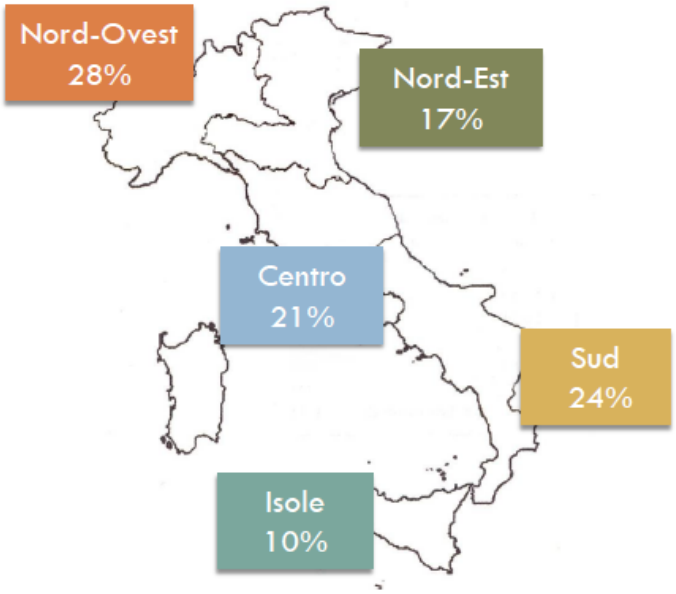
L'81,6% delle domande di mediazione hanno ad oggetto le materie per le quali la mediazione è prevista quale condizione di procedibilità della domanda, solo l'8,3% delle domande vengono proposte volontariamente segnando anche una lieve flessione rispetto al precedente anno (10% nel 2014) mentre il trend è positivo per le mediazioni delegate dal giudice che subiscono un incremento del 4,3%. Si è passati infatti dal 5.6% del 2014 al 9.7% del 2015, oltre 18.000 mediazioni in termini assoluti. Questo dato è assolutamente rilevante perché manifesta palesemente il ruolo che la magistratura sta svolgendo in questa fase di espansione della mediazione. Sono sempre più numerosi i giudici che rimandano in mediazione le controversie, convinti che questo possa essere la tipologia di risoluzione più adatta a certi tipi di conflitto.

Il dato riferito alle domande di mediazione previsto da specifiche clausole contrattuali è rimasto pressoché invariato rispetto il 2014 (0,6%) ed è molto basso, segno che la cultura della mediazione deve essere maggiormente diffusa da parte dei professionisti anche attraverso questo canale.

Analisi geografica delle definizioni

Primo trimestre 2016

La distribuzione geografica delle mediazioni è sostanzialmente stabile nella serie storica



REGIONI	%
LOMBARDIA	18,4%
LAZIO	10,9%
CAMPANIA	9,3%
EMILIA-ROMAGNA	7,4%
TOSCANA	7,3%
PUGLIA	7,2%
VENETO	7,1%
SICILIA	6,5%
PIEMONTE	6,3%
CALABRIA	4,6%
SARDEGNA	3,3%
LIGURIA	2,6%
MARCHE	1,9%
FRIULI-VENEZIA GIULIA	1,7%
ABRUZZO	1,5%
TRENTINO-ALTO ADIGE	1,3%
UMBRIA	1,2%
MOLISE	0,7%
BASILICATA	0,7%
VALLE D'AOSTA	0,2%

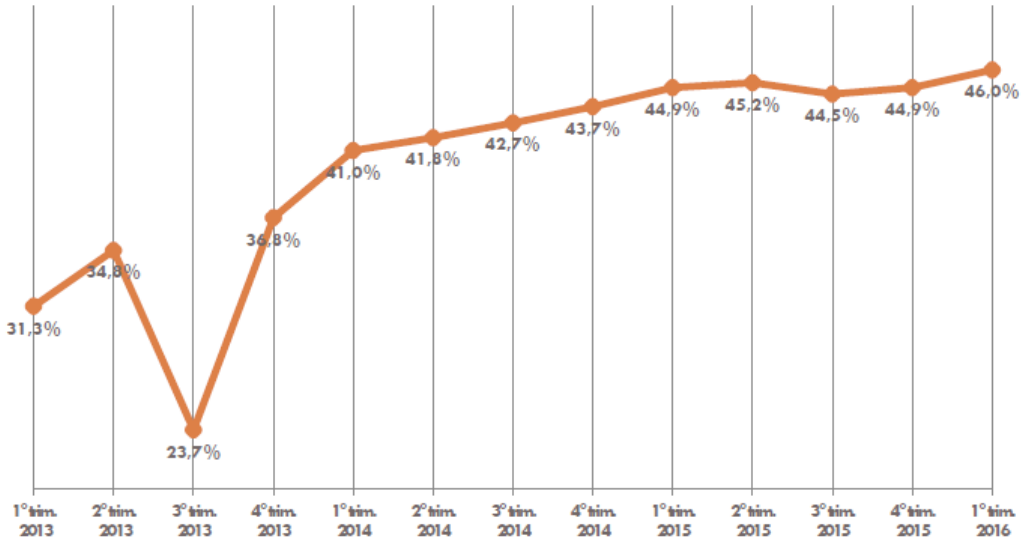
Analisi effettuata su un campione rappresentativo di schede definizioni

8

Dal dato emerge il primato degli esiti positivi delle mediazioni a livello nazionale spetta al Centro-Nord, con la regione Lombardia in testa seguita dal Lazio; Si ipotizza che, molto probabilmente, queste siano le regioni dove vengono depositate il maggior numero di domande di mediazione.

Trend di comparizione dell'aderente nei procedimenti definiti

1° gennaio 2013 – 31 marzo 2016



9

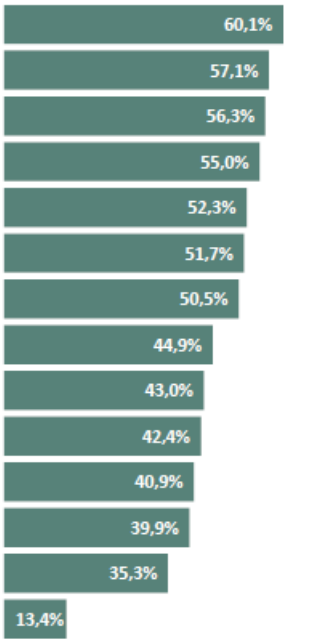
Questa statistica ci indica quale è la percentuale di adesioni sul numero dei procedimenti definiti; il che sta a significare che con la maggiore consapevolezza della utilità della mediazione a livello sociale ed una maggiore partecipazione fiduciosa ai procedimenti le definizioni positive, cioè con accordo potrebbero notevolmente incrementarsi, con tutti i vantaggi conseguenti ad una definizione più rapida ed economica rispetto alle altre ipotesi solutorie, soprattutto di carattere giurisdizionale.

Comparizione dell'aderente per materia

1° trimestre 2016

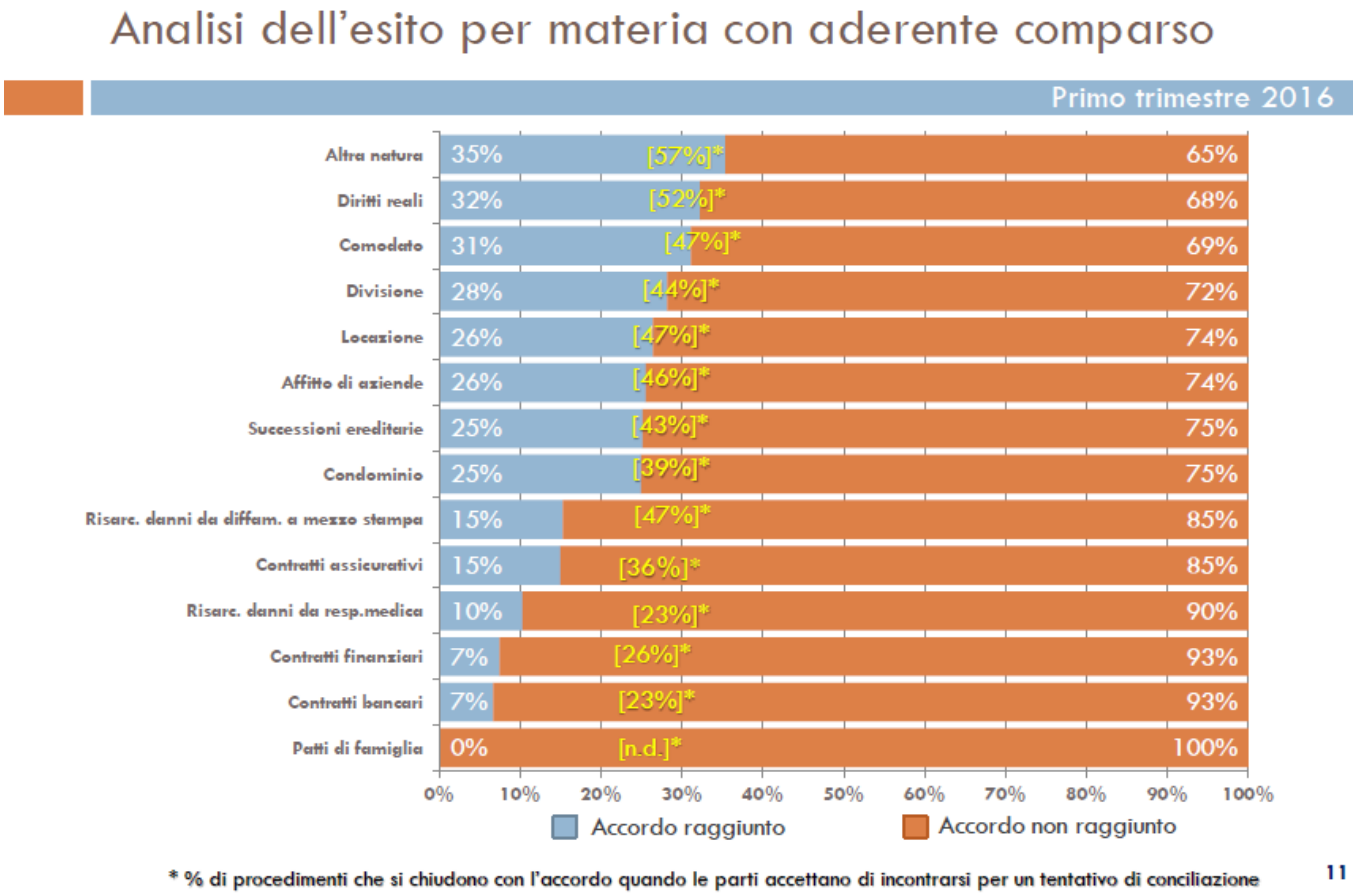
Materia	% aderenti comparsi
Successioni ereditarie	60,1%
Divisione	57,1%
Patti di famiglia	56,3%
Diritti reali	55,0%
Locazione	52,3%
Condominio	51,7%
Affitto di aziende	50,5%
Contratti bancari	44,9%
Comodato	43,0%
Altra natura	42,4%
Risarcimento danni da diffamazione a mezzo stampa	40,9%
Contratti finanziari	39,9%
Risarcimento danni da responsabilità medica	35,3%
Contratti assicurativi	13,4%

Graduatoria della comparizione per materia



10

I dati statistici rilevano che la comparizione dell'aderente tende ad essere più elevata nelle materie che hanno ad oggetto interessi familiari, dove l'elevato coinvolgimento emotivo ed affettivo spinge le parti ad affrontare e risolvere i problemi.



Nelle mediazioni di altra natura (presumibilmente volontaria) nel 35% dei casi (sul totale delle iscrizioni) si raggiunge un accordo conciliativo (nel 57% delle mediazioni che vanno oltre il primo incontro); analoghe percentuali nelle materie obbligatorie dei diritti reali poco meno nel comodato e nelle divisioni.

Tasso di definizione per tipologia di organismo

Totale anno 2015

Procedimenti di Mediazione civile iscritti e definiti per tipologia di Organismo di conciliazione

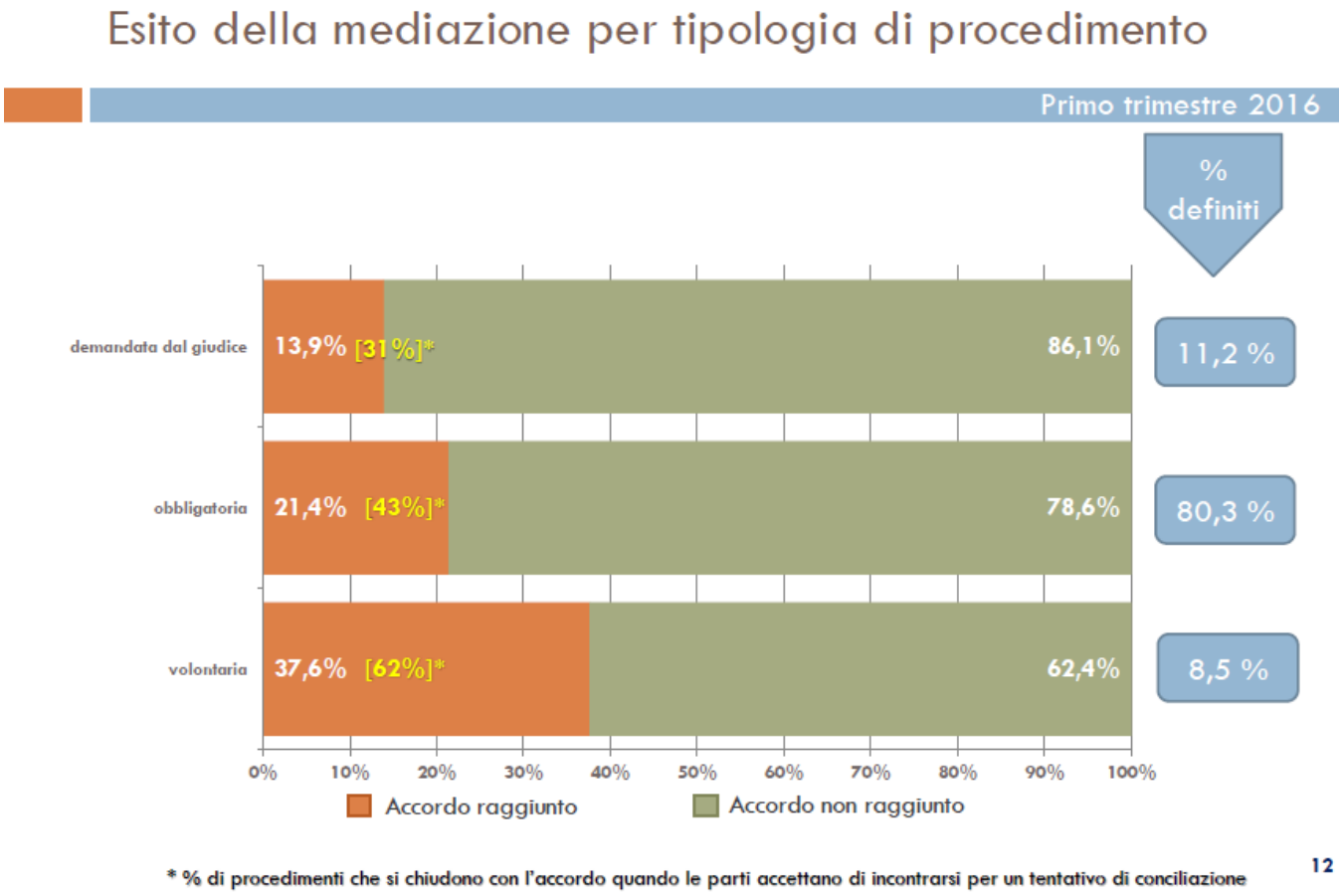
			Rilevazione campionaria	
Tipologia Organismi di conciliazione	Organismi al 31.12.2015	Definiti	Tasso di definizione con accordo raggiunto se l'aderente compare (**)	Tasso di definizione con aderente che prosegue oltre il primo incontro o si accorda direttamente in esso (*)
ORGANISMI DELLE CAMERE DI COMMERCIO	88	20.361	21,8%	47,8%
ORGANISMI PRIVATI	611	98.415	25,9%	46,8%
ORDINE AVVOCATI	107	65.398	18,9%	36,9%
ALTRI ORDINI PROFESSIONALI	88	1.571	32,6%	46,6%
Totale complessivo	894	185.745	**22,6%**	**43,5%**

(*) il tasso di definizione con aderente che prosegue oltre il primo incontro è il rapporto tra il numero di procedimenti conclusi con accordo e il numero totale dei procedimenti in cui l'aderente compare al primo incontro e prosegue con la mediazione
(**) il tasso di definizione è il rapporto tra il numero di procedimenti conclusi con accordo e il numero totale dei procedimenti in cui l'aderente compare almeno al primo incontro informativo

14

I dati statistici fermi a dicembre 2015 rilevano che gli organismi di mediazione costituiti da ordini forensi aiutano le parti a conciliare nel 36,9% dei casi quando la mediazione supera il primo incontro, il risultato più scarso della lista. Gli organismi costituiti da altri ordini professionali ci riescono invece nel 46,6% dei casi: difficile stabilire però quali professionisti abbiano maggiori

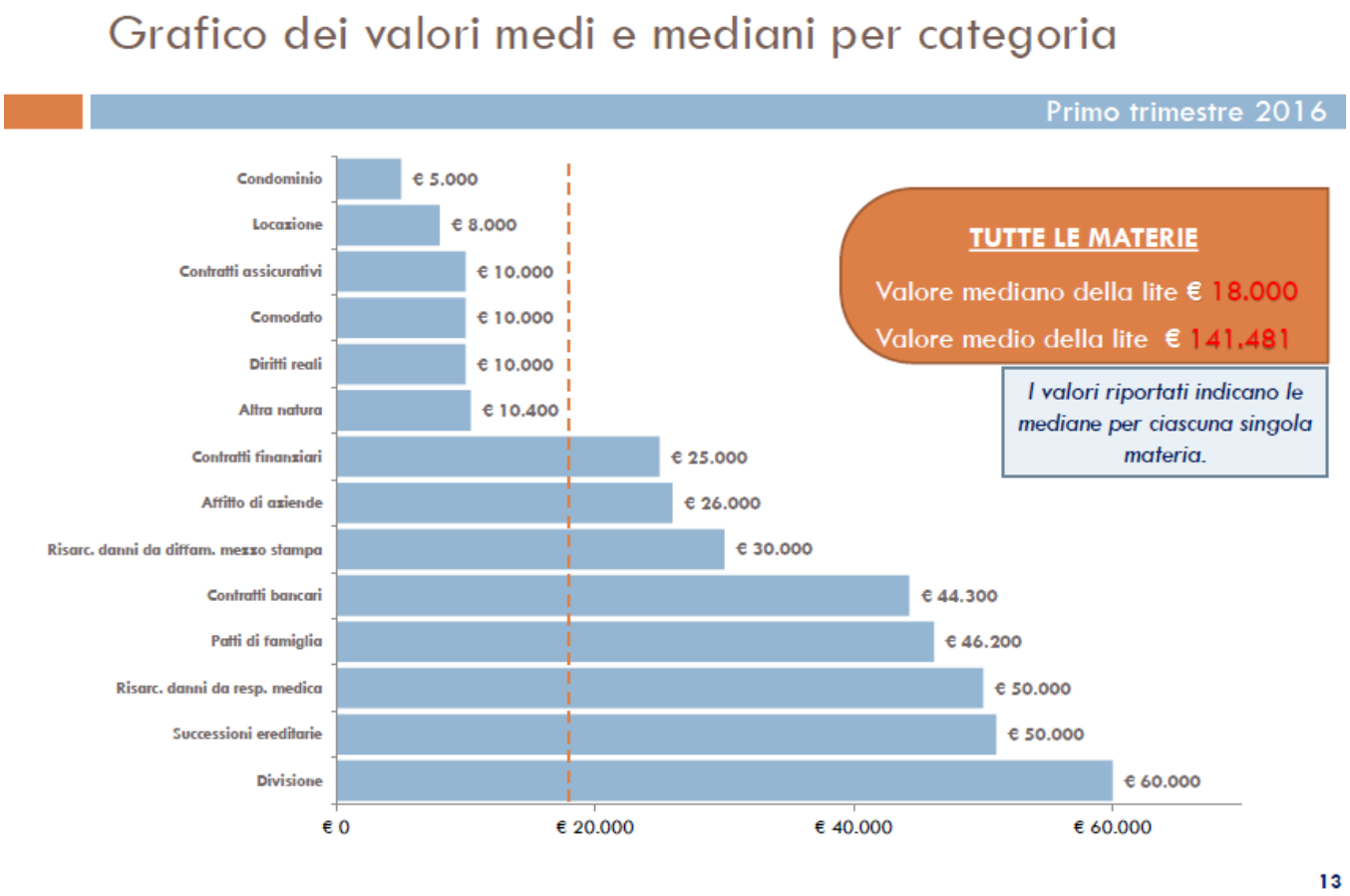
capacità negoziali perché il dato aggrega le tipologie più disparate di soggetti. Gli organismi privati e le Camere di Commercio rilevano invece dati molto simili con accordi raggiunti rispettivamente nel 46,8% e nel 47,8% circa dei casi, quando la parte invitata aderisce alla procedura di mediazione.



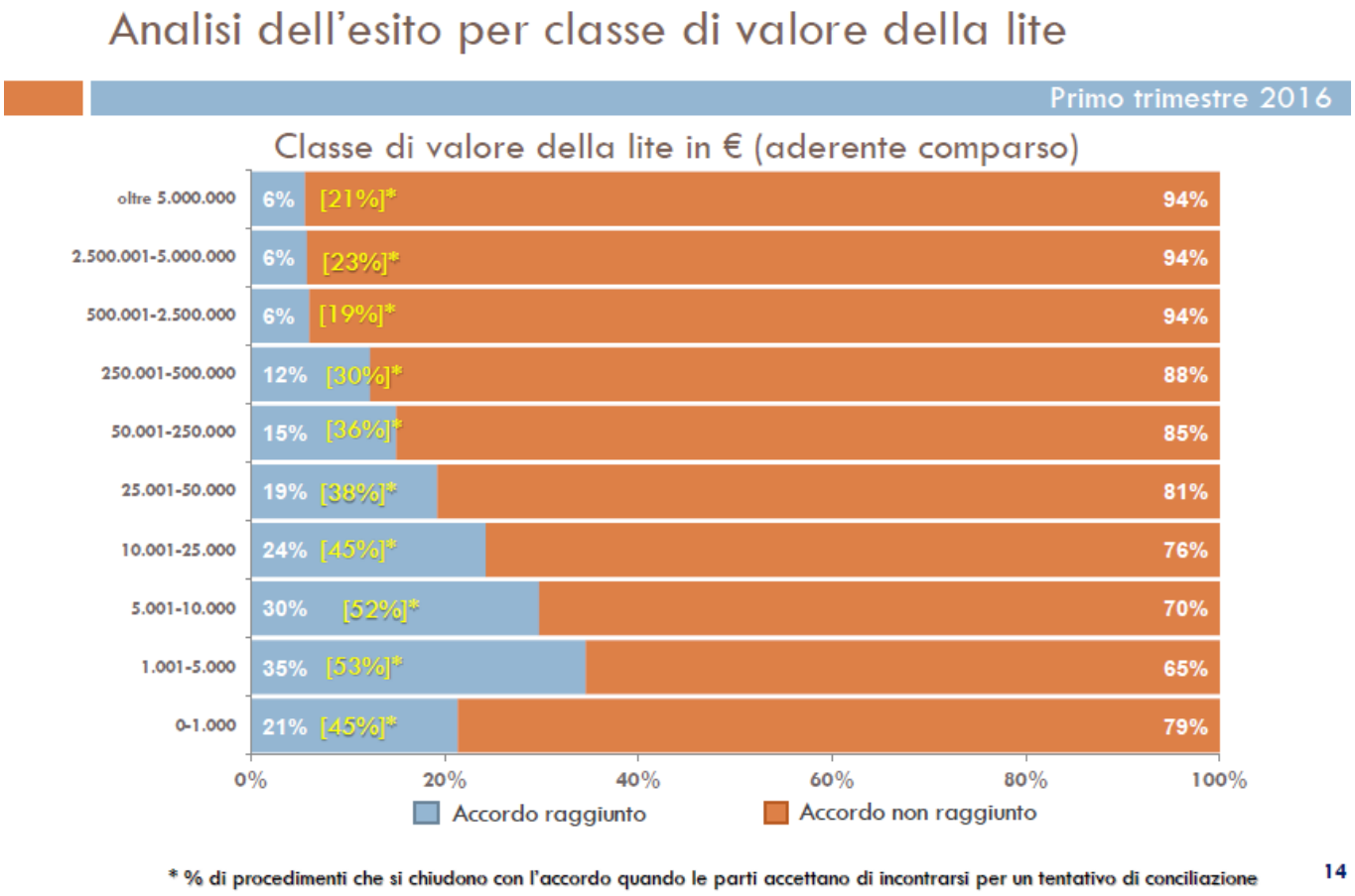
Dai dati emerge che nonostante le domande di mediazione volontaria siano solo 8,5% contro l'80,3% della mediazione obbligatoria, la percentuale di raggiungimento dell'accordo è molto maggiore (37,6%%) nella volontaria con una percentuale del 62% di procedimenti che si chiudono con l'accordo quanto le parti accettano di incontrarsi per un tentativo di conciliazione contro il 21,4% dell'obbligatoria (43% nel caso di aderenti che proseguono oltre il primo incontro). Lo spirito collaborativo della cultura negoziale, pertanto, consentirebbe non solo di dimezzare il numero delle liti giudiziarie, ma di trasformarle in occasioni di pacificazione e di creazione di valore determinando un concreto ed effettivo miglioramento del benessere individuale e sociale oltreché economico.

Il valore peggiore, come precedentemente indicato è riferito ai contratti bancari mentre la

mediazione demandata dal giudice si chiude con il raggiungimento dell'accordo sono nel 14% dei casi.



Senza addentrarci in valutazioni dei valori che in termini economici si rendono disponibili per le parti che giungono ad un accordo o quello dei risparmi in termini di giudizi e di procedure esecutive per il recupero delle somme cui si ha diritto (analisi svolta in altre parti del volume), apprezzabile il valore medio delle liti che giungono in mediazione (oltre 140.000 €) ed anche quello delle procedure che vengono iscritte con maggior frequenza (18.000 €).



Il valore della controversia incide notevolmente sull'aspettativa conciliativa. Secondo i dati si evince che l'accordo è raggiunto con maggiore facilità nel range tra i 1.000 e 5.000 euro (probabilmente nei casi in cui il valore della controversia è inferiore alla spesa che le parti dovrebbero sostenere in giudizio, la mediazione conviene maggiormente e le parti la utilizzano con più convinzione) con costante decremento per le classi di valore superiore che viene interrotto solo per lo scaglione delle liti superiore a 5 milioni di euro, per le quali, evidentemente, si reputa più conveniente raggiungere un accordo al di fuori del Tribunale.

Patrocinio a spese dello Stato

1° gennaio 2013 – 30 settembre 2015

% Proponenti esonerati dal pagamento dell'indennità	% Aderenti esonerati dal pagamento indennità
1,0%	1,2%

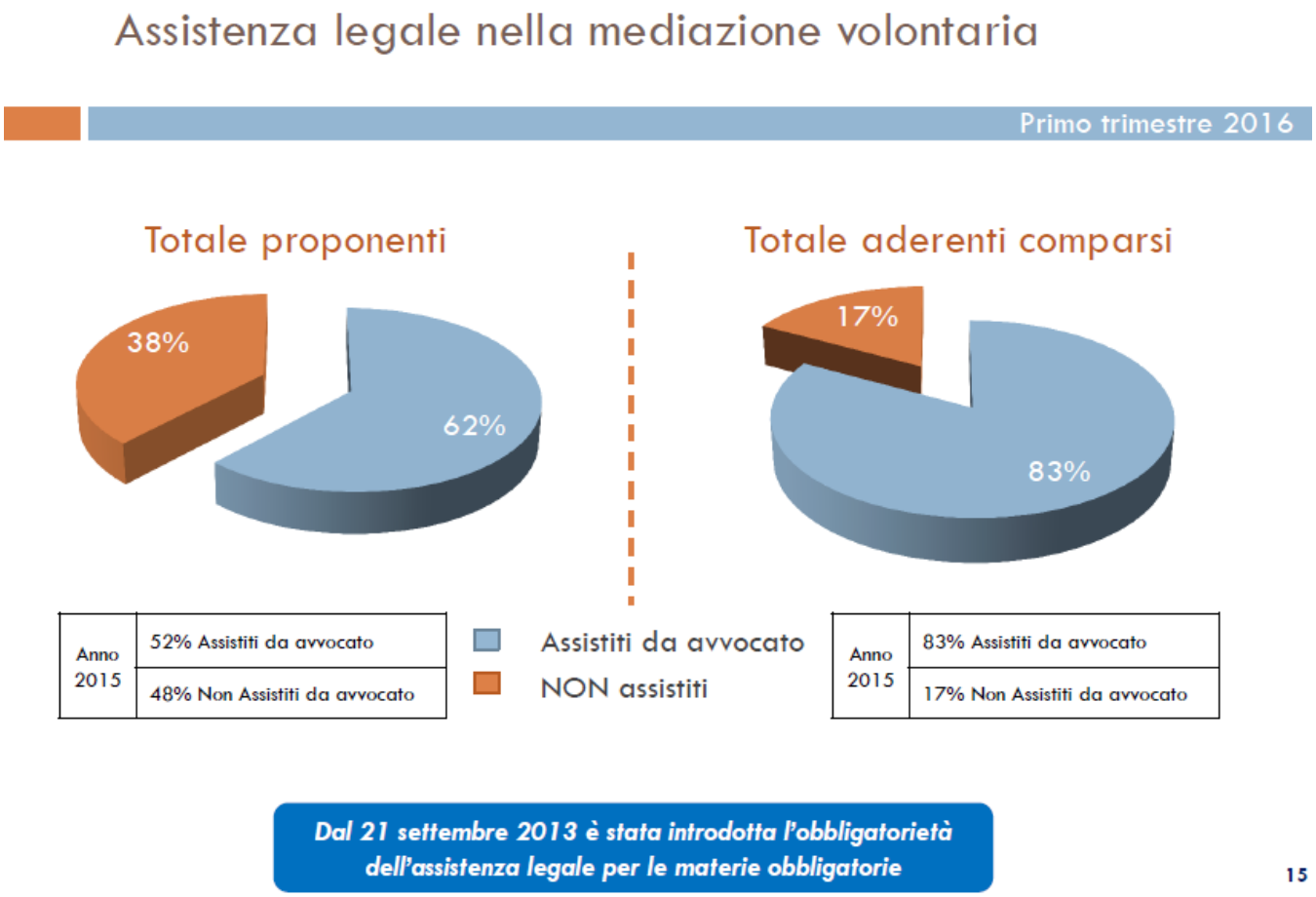
Tipologia mediazione	% Proponenti esonerati dal pagamento dell'indennità	% Aderenti esonerati dal pagamento dell'indennità
Demandata dal giudice	1,1%	1,7%
Obbligatoria	0,9%	1,1%
Volontaria	1,8%	1,7%

Tipologia organismo	% Proponenti esonerati dal pagamento dell'indennità	% Aderenti esonerati dal pagamento dell'indennità
ALTRI ORDINI PROFESSIONALI	0,9%	0,7%
CAMERA DI COMMERCIO	2,2%	0,6%
ORDINE AVVOCATI	0,8%	1,3%
ORGANISMI PRIVATI	0,9%	1,2%
Totale	1,0%	1,2%

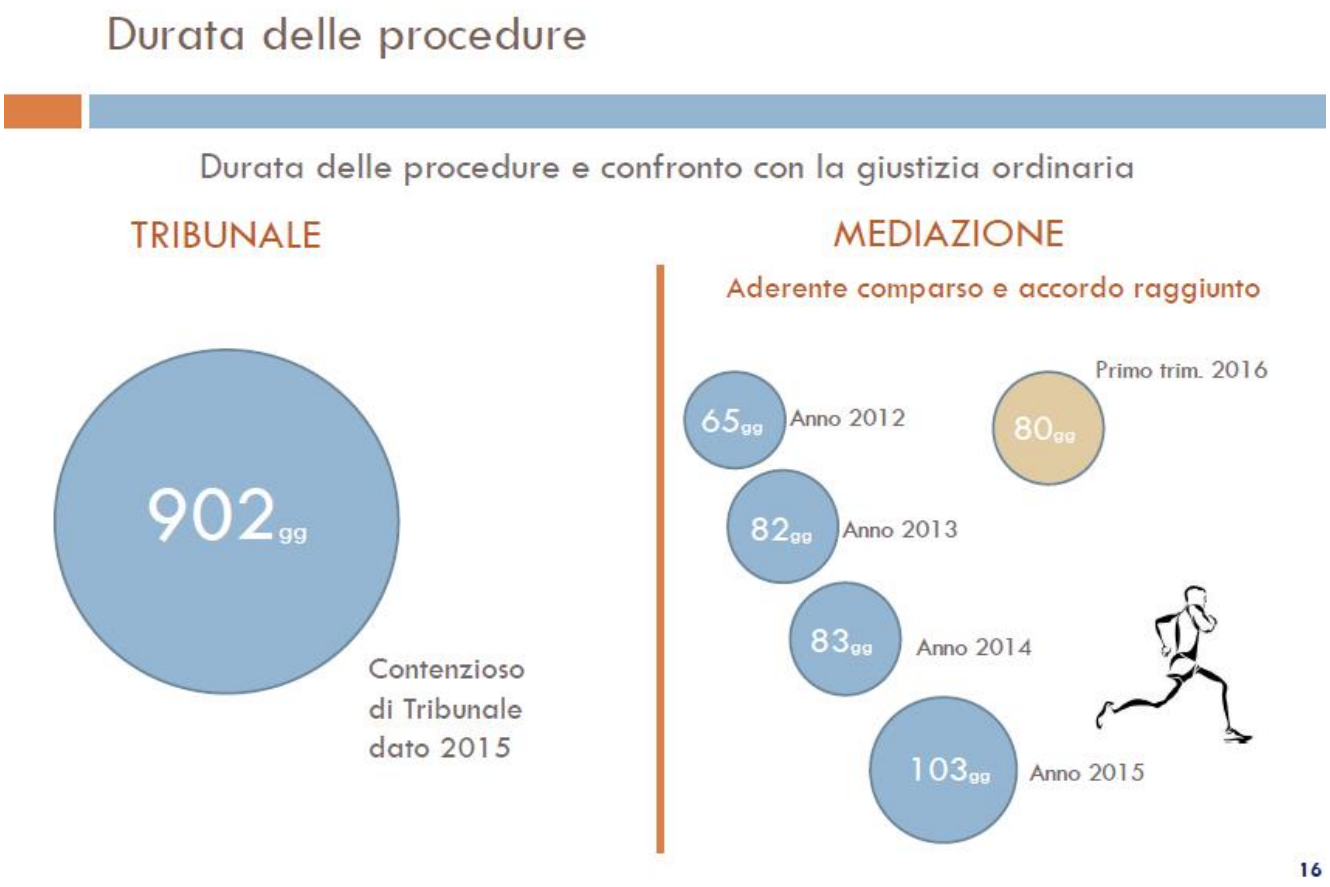
18

Secondo quanto previsto dall'art. 17, comma 5 bis, del D. Lgs. 28/2010 e successive modifiche, quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'art.5, comma 2 dello stesso Decreto, all'Organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art. 76 (L) del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115. In questo caso la parte che presenta la domanda è tenuta a depositare presso l'Organismo di Mediazione apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

E' da sottolineare, inoltre l'ordinanza del 13/01/2015 con la quale il Tribunale di Firenze (Dott.ssa L. Breggia) ha riconosciuto il diritto della parte ad essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato anche per l'assistenza nel procedimento di mediazione, quando quest'ultimo è previsto come obbligatorio.



Quanto alla presenza dell'avvocato nelle mediazioni volontarie si segnala un decremento rispetto al 2014 (63%) dei proponenti che sono assistiti da un legale, mentre il tasso è crescita (+ 10%) per l'assistenza degli aderenti comparsi che nel 2014 si attestava al 73%.



A fronte degli 844 giorni in media per concludere un procedimento a cognizione ordinaria (dato riferito al 2013) i procedimenti di mediazione con esito positivo (raggiungimento dell'accordo) si sono conclusi in 103 giorni nel 2015 segnando un trend in crescita dal 2012 ad oggi. Il dato evidenzia quanto sia vantaggioso non solo per le parti ricorrere alla mediazione, in tempi rapidi si può giungere all'accordo condiviso, ma anche per l'intera collettività in termini non solo sociali ma anche economici, rispetto alla definizione in tribunale.

A cura del gruppo di lavoro costituito da:

Stefania Pieroni (coordinatore)
Marco Belfiori
Anna Dimasi
Giulio Fiorimanti

LE COSIDDETTE ODR (ON LINE DISPUTE RESOLUTION)

Con l'acronimo ODR sono identificati gli strumenti alternativi alla risoluzione delle controversie mediante utilizzo si sistemi telematici (**Online Dispute Resolution).**

La possibilità di utilizzare strumenti telematici per la risoluzione della controversie attraverso piattaforme informatiche che consentono alle parti di comunicare mediante il proprio Pc, ha creato un nuovo canale di diffusione degli strumenti alternativi al conflitto.

Le ODR consentono di ovviare alle problematiche connesse alla distanza tra le parti e sono via via richieste anche nelle ipotesi di Mediazioni ordinarie.

Il settore dove attualmente sembrano aver attecchito maggiormente è quello delle controversie in materia di consumo.

La direttiva 2000/31/CE (recepita in Italia con il D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 70) ha espressamente riconosciuto l'utilizzo di strumenti telematici per la risoluzione delle controversie ed in particolare: "Ogni Stato membro dovrebbe adeguare, se necessario, le parti della propria legislazione che possono ostacolare l'uso, attraverso le vie elettroniche appropriate, degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie. Il risultato di tale adeguamento deve rendere realmente ed effettivamente possibile, di fatto e di diritto, il funzionamento di tali strumenti, anche in situazioni transfrontaliere".

Ed ancora la stessa Direttiva all'art. 17, I prevede la rubrica "Composizione extragiudiziale delle controversie": "1.GIi Stati membri provvedono affinché, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la loro legislazione non ostacoli l'uso, anche per vie elettroniche adeguate, degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previste dal diritto nazionale".

Grazie alle innovazioni tecnologiche e all'utilizzo di piattaforme telematiche, le ODR si sono sviluppate anche nelle controversie tra imprese e diversi organismi di Mediazione consentono la mediazione anche attraverso piattaforme telematiche.

Con la direttiva comunitaria del 2013 si è cercato, partendo dalle esperienze maturate, di promuovere le Odr in tutti i settori che vedono coinvolti la presenza di consumatori.

In Italia la direttiva comunitaria è stata recepita dal D.LGS. 6 Agosto 2015 n. 130 [41]

[41] Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori). (15G00147) (GU Serie Generale n.191 del 19-8-2015)

La normativa ha previsto, per la Mediazione nelle materie di consumo, la competenza delle specifiche autorità di controllo e vigilanza.

Con le successive tabelle si evidenziano le autorità competenti per ogni specifica materia e le relative competenze.

Autorità competenti
Ministero della giustizia,
Banca d'Italia
Ministero dello sviluppo economico,
AGCOM (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni)
Consob (Commissione nazionale per le società e la borsa),
AEEGSI (Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico),

a) Ministero della giustizia unitamente al Ministero dello sviluppo economico
con riferimento al registro degli organismi di mediazione
relativo alla materia del consumo, di cui all'articolo 16, commi 2 e 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28;
Giulio Renato Fiorimanti - Dottore Commercialista - Mediatore – Dottore in Giurisprudenza

b) Commissione nazionale per le societa' e la borsa (CONSOB)
con riferimento
• ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 8ottobre 2007, n. 179, e dei regolamenti attuativi, e con oneri a carico delle risorse di cui all'articolo 40, comma 3, della legge 23dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni, nonche' dei
• soggetti che si avvalgono delle procedure medesime;
Giulio Renato Fiorimanti - Dottore Commercialista - Mediatore – Dottore in Giurisprudenza

c) Autorita' per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico
per il settore di competenza
• Energia elettrica
• Gas
• Acquia
Giulio Renato Fiorimanti - Dottore Commercialista - Mediatore – Dottore in Giurisprudenza

d) Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM
per il settore di competenza
Telecomunicazioni
Giulio Renato Fiorimanti - Dottore Commercialista - Mediatore – Dottore in Giurisprudenza

e) Banca d'Italia
con riferimento ai sistemi di risoluzione
stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'articolo128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;
Giulio Renato Fiorimanti - Dottore Commercialista - Mediatore – Dottore in Giurisprudenza

f) altre autorita' amministrative indipendenti, di regolazione di specifici settori
ove disciplinino specifiche procedure ADR secondo le proprie competenze;
Giulio Renato Fiorimanti - Dottore Commercialista - Mediatore – Dottore in Giurisprudenza

g) Ministero dello sviluppo economico
con riferimento alle
• negoziazioni paritetiche di cui all'articolo 141-ter relative ai settori non regolamentati o per i quali le relative autorita' indipendenti di regolazione non applicano o non adottano specifiche disposizioni,
agli organismi di conciliazione istituiti ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera g) e comma 4,della legge 29 dicembre 1993, n. 580, limitatamente alle controversie tra consumatori e professionisti, non rientranti nell'elenco di cui alla lettera a).
Giulio Renato Fiorimanti - Dottore Commercialista - Mediatore – Dottore in Giurisprudenza

L'ESPERIENZA DELL'AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA LUCE GAS E IL SISTEMA IDRICO

Di particolare rilievo è stata l'esperienza dell'AEELGA individuata dal legislatore quale Best Practices per le Odr in Italia.

L'autorità ha costituito un apposito sportello telematico per consentire la risoluzione delle controversie nelle materie di specifica competenza.

Partito nell'aprile del 2013 in soli meno di tre anni ha affrontato circa 4.700 controversie (da aprile 2013 a dicembre 2015).

Circa il 23% delle richieste sono state dichiarate inammissibili o rinunciate successivamente.

Delle Conciliazioni effettivamente svoltesi, il tasso di successo è stato dell'88%.

Si tratta quindi di un tasso di successo particolarmente interessante ed elevato che di conseguenza ha evitato circa 3.200 contenziosi.

La durata media dalla data di richiesta è stata di 62 giorni.

La procedura, prima del recepimento della direttiva comunitaria, è stata del tutto volontaria ed ha visto gli Operatori più importanti (l'elenco è pubblicato sul sito dell'autorità) impegnarsi ad aderire alle richieste di Conciliazione.

Il servizio è completamente gratuito e può essere attivato solo dopo che il reclamo diretto all'operatore non abbia avuto alcun esito.

La domanda avviene per il tramite di una richiesta Online e l'incontro di mediazione viene effettuato in una stanza virtuale alla presenza di un Conciliatore, della parte attivante e della parte inviata.

Il consumatore se in possesso di una connessione e di un PC può attivare la procedura autonomamente o, se lo ritiene più opportuno, può ricorre all'assistenza di un avvocato o di un'associazione di Consumatori.

Nel solo 2015 le procedure sono state circa 2500 vedendo l'adesione di altri operatori del Settore ed allargandosi al settore della fornitura di acqua.

La procedura ha dato prova di grande efficienza ed è stata presa a modello dal legislatore per lo sviluppo delle ODR in altri settori (Finanziario, Bancario etc.).

Con il recepimento della direttiva Comunitaria e il relativo decreto di attuazione, la Conciliazione diventerà obbligatoria e gli Operatori saranno tenuti ad aderire alle procedure.

I numeri della Conciliazione sono quindi destinati a crescere ulteriormente.

A tal proposito, si precisa che le singole Autorità competenti nei diversi settori si stanno già attivando al fine di dare attuazione a quanto previsto nel Codice del Consumo così come innovato dal D.lgs. n. 130/2015.

In particolare l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, avvalendosi di quanto previsto nel nuovo art. 141, co.6, lett. c) del **Codice del Consumo** (41bis), ha approvato il nuovo Testo Integrato Conciliazione (TICO) che prevede, **a partire dal gennaio 2017, l'obbligatorietà del tentativo**

di conciliazione sia per gli operatori che per i clienti.

Più precisamente la clientela, ad esito del reclamo all'operatore e nel caso in cui la problematica persista (in tutto o in parte), avrà l'obbligo di attivare la procedura di conciliazione che diverrà così condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

L'obbligo di attivare la procedura di conciliazione diverrà progressivamente operativo anche per gli altri settori gestiti dalle rispettive Autorità di vigilanza.

A cura di Giulio Fiorimanti

(41 bis) Il nuovo art. 141, co.6, lettera c), del Codice del Consumo (introdotto dal D.Lgs.n. 130/2015 attuativo della direttiva 2013/11/UE sulle ADR in materia di consumo) stabilisce che: " Sono fatte salve le seguenti disposizioni che prevedono l'obbligatorietà delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie:[…] articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, che prevede il tentativo obbligatorio di

conciliazione nelle materie di competenza dell' Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e le cui modalità di svolgimento sono regolamentate dall' Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico con propri provvedimenti".

IL REGOLAMENTO EUROPEO n. 524/2013, IL REGOLAMENTO DI ESECUZIONE N. 2015/1051, LA PIATTAFORMA EUROPEA SULLE ODR

Contemporaneamente all'emanazione della Direttiva 2013/11/UE, il Parlamento Europeo ha adottato il Regolamento (UE) n. 524/2013 riguardante le procedure ODR volte a risolvere in via stragiudiziale le controversie tra imprese e consumatori derivanti dal commercio on line.

L'adozione di tale regolamento, da considerarsi interconnesso e complementare con la Direttiva Europea summenzionata, nasce, dunque, dall'esigenza di incentivare l'uso dell' ODR in un settore, quale quello dell' e-commerce, caratterizzato dalla maggiore speditezza/celerità delle transazioni, nonché, dal venir meno delle tradizionali barriere di frontiera e geografiche, essendo possibile, in tale settore, concludere contratti commerciali a distanza ed anche tra professionisti e consumatori situati in Paesi e/o Stati diversi.

La coscienza, dunque, che il commercio on line sia divenuto ormai una realtà sempre più consolidata e presente nei diversi Stati membri dell'Unione Europea ha portato all'emanazione di tale Regolamento che mira ad elevare il livello di protezione dei consumatori (la cui naturale vulnerabilità è messa a dura prova dal continuo espandersi di un mercato sempre più virtuale e globale) mettendo a disposizione degli stessi gratuitamente una piattaforma ODR europea destinata alla composizione in via stragiudiziale di tutte quelle controversie (anche transfrontaliere) concernenti, appunto, obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi online.

Più precisamente la piattaforma telematica, realizzata e gestita dalla Commissione Europea, prevede la possibilità per il consumatore, insoddisfatto di un acquisto on line, di collegarsi alla piattaforma medesima attraverso il link https://webgate.ec.europa.eu/odr e di compilare l'apposito modulo di reclamo.

Una volta effettuata correttamente la compilazione, la piattaforma telematica provvederà a svolgere le seguenti ulteriori funzioni: - informerà del reclamo la controparte, - trasmetterà il reclamo all'Organismo ADR designato concordemente dalle parti per dirimere la controversia, - metterà gratuitamente a disposizione degli Organismi ADR uno strumento elettronico in modo da consentire la gestione online dell'intera procedura, - offrirà un sistema di traduzione elettronica onde consentire il necessario interscambio informativo tra le parti e l'Organismo ADR, - offrirà uno spazio dedicato ai commenti (feedback) degli utenti che potranno esprimere il proprio gradimento in ordine sia al funzionamento della piattaforma sia all'operato dell'Organismo ADR prescelto, - fornirà tutte le ulteriori informazioni necessarie in merito alla trasparenza, professionalità ed efficacia del servizio reso.

Ad analoga procedura potranno accedere anche gli operatori commerciali per vertenze nei confronti dei consumatori, tuttavia, ciò è consentito nei limiti di cui all'art. 2, co. 2, del Regolamento (UE) n. 524/2013, vale a dire nei soli casi in cui la legislazione dello Stato membro in cui il

consumatore risiede abitualmente autorizzi la risoluzione di tali controversie attraverso l'intervento di un Organismo ADR.

A seguito dell'emanazione del Regolamento (UE) n. 524/2013, istitutivo della piattaforma suindicata, la Commissione Europea ha poi adottato il Regolamento di esecuzione (UE) 2015/1051 disciplinante le modalità operative e tecniche di utilizzo della piattaforma medesima, nonché le modalità di cooperazione tra i vari contact point istituiti in virtù del Regolamento n. 524/2013.

Stante la recente creazione di tale strumento (la piattaforma risulta ufficialmente operativa dal 15 febbraio 2016) ad oggi risulta ancora difficile e prematuro valutarne gli effetti benefici così come auspicati dalla Commissione Europea (accrescimento della fiducia dei consumatori per gli acquisti on-line, potenziamento del mercato unico digitale dell'UE), ciò nonostante certamente lodevole risulta lo sforzo messo in campo dall'Unione Europea per incentivare, anche per tale via, il ricorso nei Paesi membri a strumenti di risoluzione alternativi delle controversie e, nello specifico, alle ODR.

Detto sforzo è tanto più lodevole nell'ambito della materia del consumo dove il ricorso volontario a metodi alternativi di risoluzione delle controversie risulta mediamente ancora poco conosciuto e praticato nei Paesi dell'Unione, a differenza di quanto accade ormai da tempo nell'ambito delle controversie civili e commerciali (in tal senso vedasi il Quadro di Valutazione UE della Giustizia 2016).

In particolare dal quadro di valutazione UE della Giustizia e dal Consumer Conditions Scoreboard 2015, pubblicato dalla Direzione Generale per Giustizia della Commissione Europea, risulta come, pur se la fiducia riposta dai consumatori europei nei sistemi ADR sia maggiore rispetto a quella dei sistemi di giustizia tradizionali (46% a favore degli organismi stragiudiziali a fronte del 36% registrato per i tribunali), gli stessi mediamente prediligono risolvere le vertenze di consumo rivolgendosi direttamente ai servizi in-house dei venditori e degli operatori commerciali anziché chiedere l'ausilio di un Organismo terzo, qual'è il Centro di mediazione.

Tale atteggiamento è probabilmente ascrivibile sia alla piccola entità del valore della maggior parte delle controversie che porta il consumatore a ricercare una soluzione diretta con l'operatore commerciale/venditore anziché rivolgersi all'ausilio di soggetti terzi quali gli Organismi ADR, sia, alla scarsa conoscenza dello strumento del reclamo online che induce il consumatore a diffidare di tale strumento innovativo.

Proprio al fine di rimuovere tale iniziale diffidenza, il regolamento (UE) n. 524/2013 ha previsto un particolare regime di pubblicità volto a fornire un'adeguata informativa sull'esistenza e sull'utilizzo della piattaforma ODR, più precisamente all'interno di ciascun Stato membro è stata prevista la designazione di punti di contatto ODR[42] volti a fornire assistenza alle parti coinvolte nei reclami online, inoltre, sempre al fine di sensibilizzare i consumatori all'uso di tale nuovo strumento, sono stati previsti una serie di oneri informativi gravanti sulle diverse categorie di soggetti coinvolte a vario titolo nella risoluzione delle controversie on line.

Così, a titolo esemplificativo e non esaustivo, è previsto l'obbligo a carico dei professionisti operanti nel settore della vendita e/o dei servizi online od in quello dei mercati online di dotarsi, all'interno dei propri siti web, di un link elettronico di collegamento diretto alla piattaforma ODR, nonché, di fornire ampia e dettagliata informativa ai consumatori sulla possibilità di ricorrere alla

[42] In Italia il punto di contatto è il Centro Europeo Consumatori.

piattaforma, prevedendo, se del caso, l'inserimento della predetta informativa anche nell'ambito delle condizioni generali dei relativi contratti.

Analogo obbligo di inserimento sui propri siti di un link diretto alla piattaforma ODR ricade sugli Organismi ADR registrati sulla piattaforma[43], nonché, sui Centri Europei dei consumatori e sulle Autorità competenti designate ai sensi dell'art. 18, par. 1, Direttiva 2013/11/UE [44].

Da tutto quanto sopra premesso emerge, dunque, chiaro l'intento della Commissione Europea di improntare una disciplina unitaria, organica ed omogenea nei diversi Stati membri anche in tema di risoluzione delle controversie di consumo online, così come già in precedenza fatto in altri settori (si pensi all'ormai già collaudata disciplina nell'ambito della mediazione civile e commerciale), una disciplina volta a far incrementare il commercio online rafforzando la fiducia dei consumatori e degli operatori in tale settore ed a tutto vantaggio della crescita del mercato unico digitale dell'UE.

A cura di Laura Merlino

[43] In Italia gli Organismi ADR registrati sulla piattaforma sono gli Organismi abilitati a dirimere le controversie in materia di consumo ed iscritti nell'elenco di cui all'art.141-decies del Codice di Consumo.

[44] In Italia le autorità competenti sono elencate nell'art. 141- octies del Codice del Consumo.

EFFETTI ECONOMICI DELLA LUNGA DURATA DEI PROCESSI IN ITALIA.
DATI STATISTICI RELATIVI ALLA INTRODUZIONE DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA E CORRELAZIONE CON I MISURATORI DELLO SVILUPPO ECONOMICO

Correlazione tra dati sulla mediazione e dati economici

La Mediazione è una pratica per la gestione dei conflitti attraverso l'ascolto delle ragioni e delle posizioni dei contendenti e l'individuazione di soluzioni possibili. L'obiettivo è quello di condurre le parti in disaccordo a ricercare e trovare una soluzione che venga ritenuta e sentita accettabile e soddisfacente per esse attraverso l'ausilio di un terzo soggetto neutro, che è il Mediatore.

Le parti contrapposte sono chiamate qui a farsi protagoniste dell'iter di ricerca ed individuazione della composizione delle opposte ragioni.

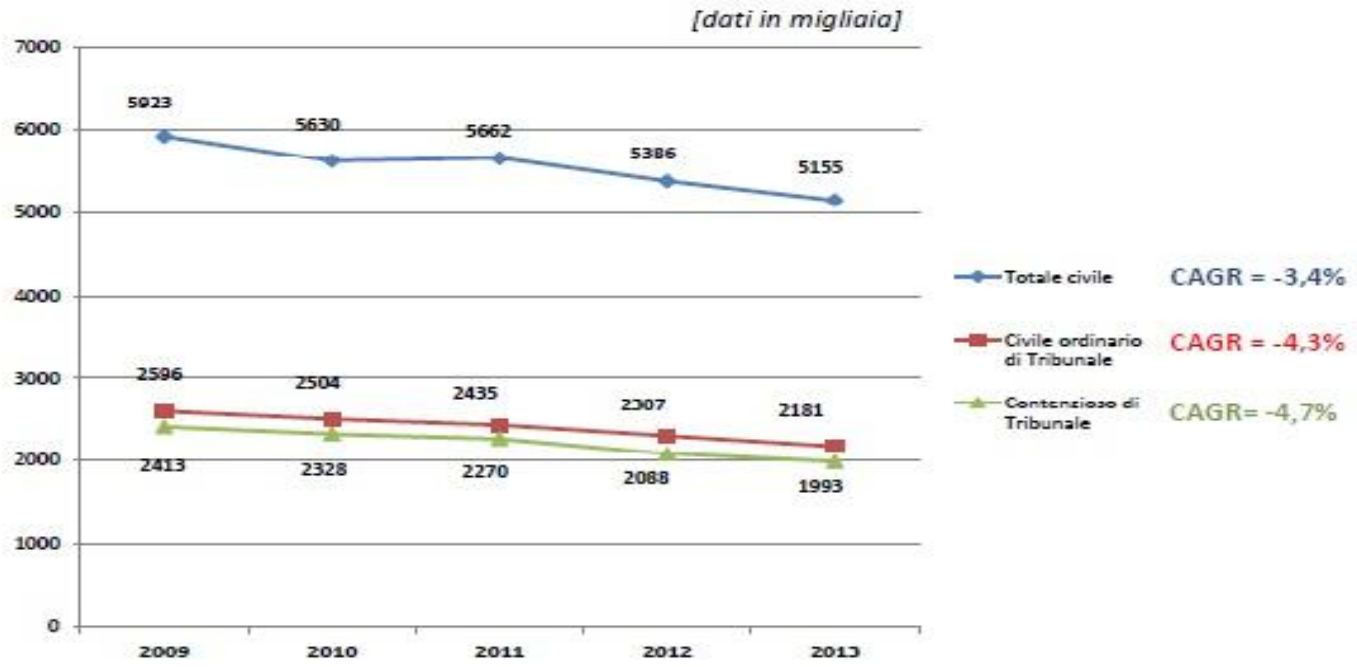
Accanto a queste motivazioni vi è l'obiettivo di sistema di affievolire il carico di lavoro dei Tribunali, le cui pendenze ed i cui tempi di definizione di causa sono divenuti insostenibili ed eccessivi, anche a causa di una litigiosità esasperata. Il Ministero ritiene idonea la mediazione a ridurre il debito giudiziario e a facilitare accordi amichevoli sulle liti tra i cittadini, e perciò la considera istituto e prassi di elevata utilità sociale.

Come si evince dal documento pubblicato dal Ministero della Giustizia il 26 Marzo del 2015 riguardante le Performances dei Tribunali Civili, anche se in lieve miglioramento, la performance complessiva della Giustizia Civile continua ad essere lontana dai riferimenti europei:

1. miglioramento di 5% all'anno negli ultimi 5 anni,
2. a livello medio, una durata di 2 anni e mezzo in 1°grado e quasi 9 anni con la cassazione,
3. lontani dai benchmark internazionali.

Per la precisione questa analisi si è concentrata su circa 2 milioni di cause complesse (contenzioso di tribunale) su un totale di 5 milioni di pendenti di ogni grado e ufficio.

Di seguito, tratto dallo stesso documento, serie storica delle pendenze civili. Da notare che procedimenti civili pendenti sono calati dal 2009 del 15% (quasi 800.000 pratiche) con un tasso di riduzione più marcato per il contenzioso di Tribunale.

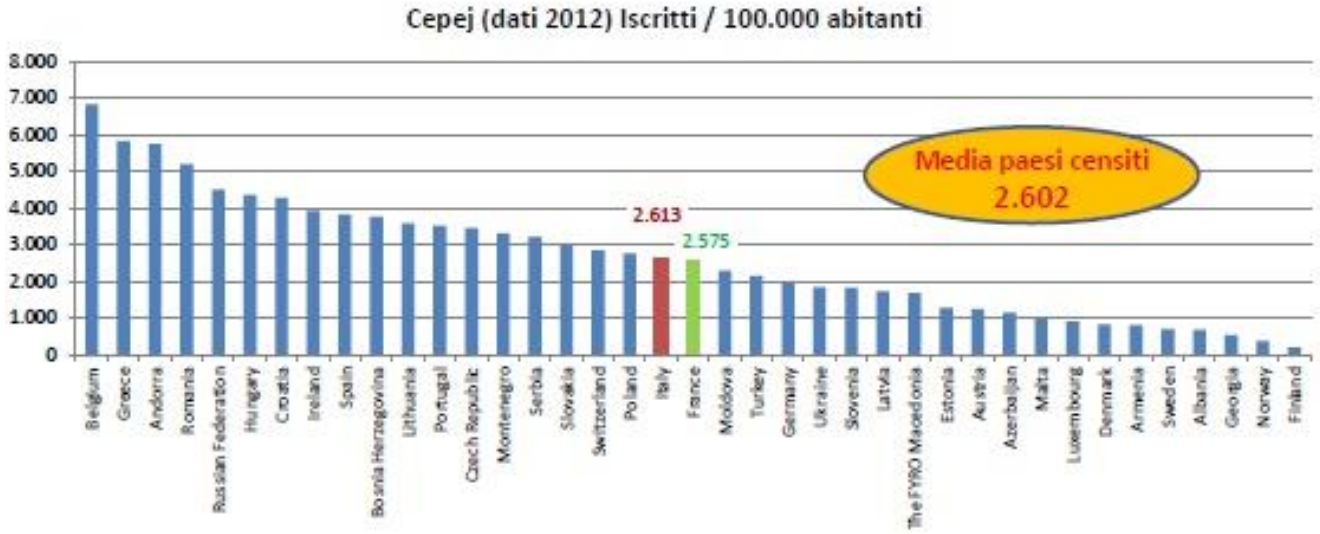


Sicuramente una causa determinante del deflazionamento del contenzioso civile e commerciale, sono gli strumenti di soluzione delle liti alternativi al giudizio.

Il confronto in Europa tratto sempre dal documento del Ministero della Giustizia

Tasso di litigiosità dei principali paesi europei misurato dalla Cepej

Il tasso di litigiosità italiano è allineato a quello medio europeo, in particolare, assieme a quello francese è il più basso tra i paesi latini



Tuttavia, anche per la Cepej, l'Italia fa registrare tempi medi di risoluzione del contenzioso più alti degli altri Paesi europei, ad esempio

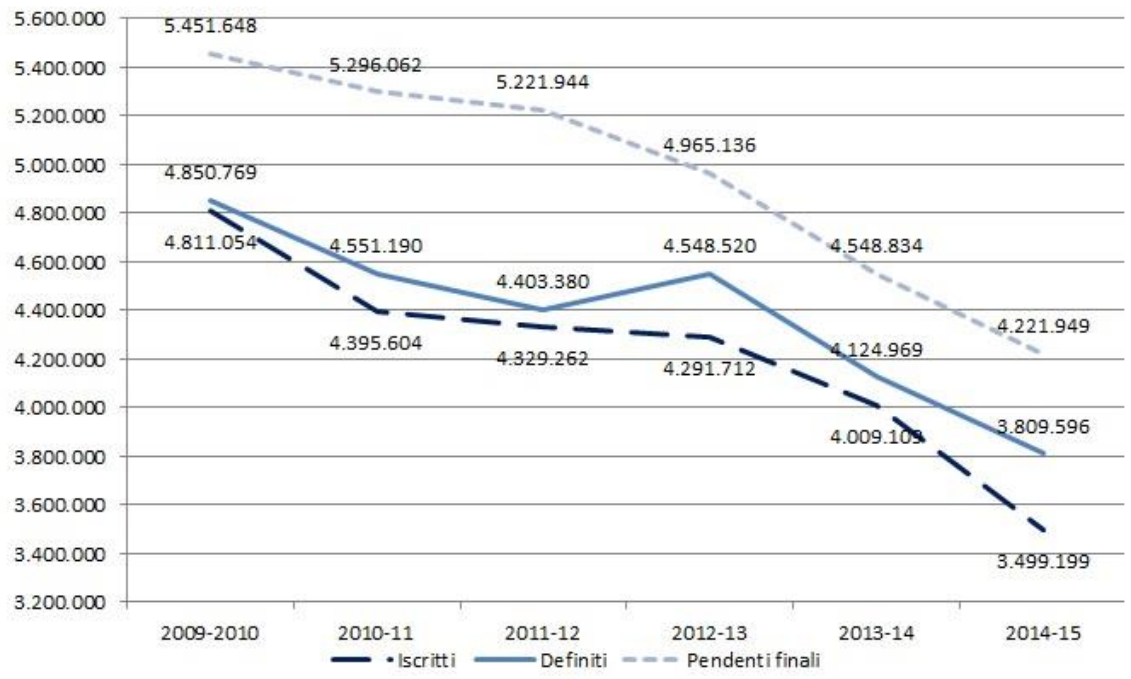
- Spagna = 45% dell'Italia
- Francia = 53% dell'Italia

Uno degli obiettivi della Giustizia Civile Italiana sarà quello di aumentare le conciliazioni stragiudiziali e ampliare il ricorso alle soluzioni bonarie, gestite direttamente dal giudice o dai consulenti tecnici nominati dal giudice. Allo stesso tempo, deve essere chiaro che questi sistemi funzionano, e costituiscono quindi un fattore di riduzione della domanda di giustizia, solo se il sistema giudiziario è efficiente, perché altrimenti la parte in torto continuerà a evitare la composizione amichevole della controversia per approfittare dei tempi lunghi dei processi.

In quest'ottica, è bene potenziare la mediazione, perché è uno strumento che consente a cittadini e imprese di chiudere le liti in tempi ragionevoli e a costi contenuti. Come ha fatto il decreto legislativo 28/2010, confermato dal decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (decreto "Del Fare", convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98), per favorire la soluzione delle controversie fuori dalle aule dei tribunali e con l'ulteriore vantaggio di non compromettere le relazioni preesistenti. Ciò è particolarmente importante per i rapporti tra imprese, che, per loro natura, sono destinati a durare

nel tempo e su cui, invece, la controversia giudiziaria normalmente incide in modo traumatico.

Fig. 2 – Flussi dei procedimenti civili negli anni giudiziari dal 1° luglio 2009 al 30 giugno 2015 – Totale Uffici giudicanti (Cassazione, Corti di Appello, Tribunali, Uffici dei Giudici di pace, Tribunali per i minorenni)



Fonte: elaborazione su dati del Ministero della Giustizia.

Può non sorprendere che, date le profonde differenze tra Nord e Sud, le province italiane dove la giustizia civile è più rapida siano anche quelle dove il reddito pro-capite è più alto, e che queste siano concentrate per lo più nel Settentrione (anche con la lodevole eccezione del Tribunale di Marsala 8° nella lista del Ministero, il 1° posto è del Tribunale di Rovereto)

Meno scontato è invece il fatto che, anche limitandosi a considerare le correlazioni interne a ciascuna macro regione (Nord Ovest, Nord Est, Centro, Sud e Isole), le province dove la durata dei procedimenti di cognizione ordinaria è minore, sono anche quelle dove il PIL pro-capite è maggiore.

Una diminuzione della durata dei processi del 10% è associata con un PIL pro-capite più alto dello 0,8%. Anche secondo stime della Banca d'Italia, citate dal Governatore Draghi nelle Considerazioni finali sul 2010, la perdita annua di PIL attribuibile ai difetti della nostra giustizia civile potrebbe giungere a un punto percentuale. L'eterogeneità nella lunghezza dei processi ha inciso anche sulla performance economica italiana degli ultimi anni. Utilizzando i dati riferiti al periodo 2000-07, anni per i quali l'ISTAT rende disponibili le cifre circa i processi di cognizione ordinaria di primo grado, è possibile verificare se la loro durata è correlata con la crescita economica nello stesso periodo. Tenendo conto del livello del PIL pro-capite del 2000 e quindi controllando per il reddito iniziale di ciascuna provincia, una durata media dei procedimenti di primo grado più bassa del 10% è

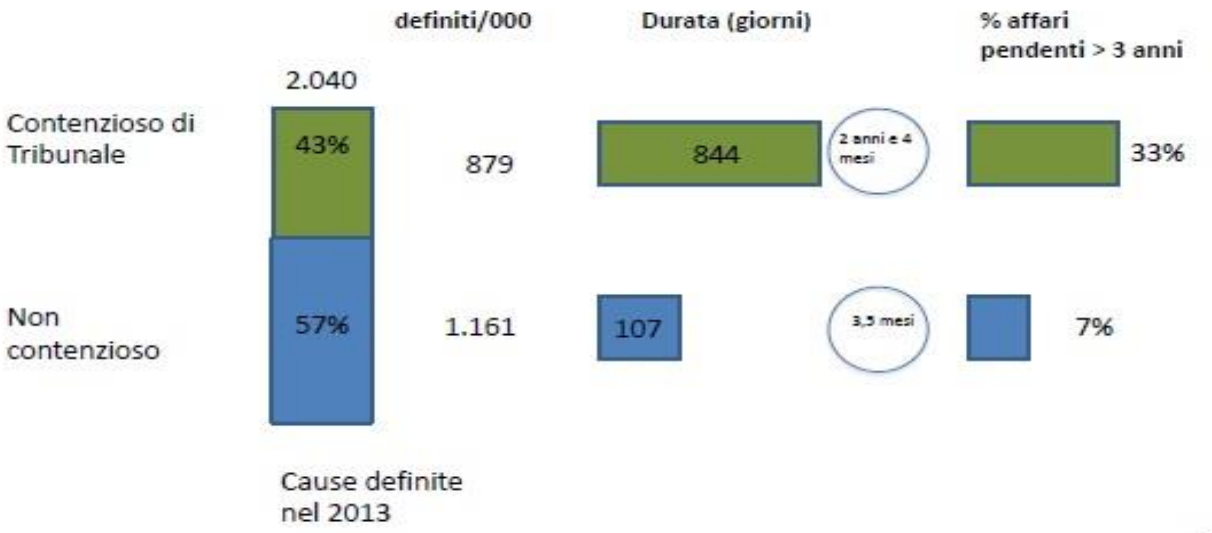
associata con una crescita economica aggiuntiva di circa 0,4 punti percentuali nei 7 anni. Se interpretata come un legame di causa effetto, questa correlazione suggerisce che l'impatto della lenta giustizia civile sull'altrettanto lento sviluppo italiano è notevole, dato che in quei sette anni l'economia è cresciuta complessivamente di circa l'8%.

Come afferma uno studio della Banca d'Italia del 2009 da un punto di vista teorico l'effetto del valore aggiunto pro capite sulla litigiosità non è identificabile in modo univoco. L'elevato numero e la complessità delle transazioni che accompagnano lo sviluppo economico (di cui il valore aggiunto pro capite rappresenta una "proxy") potrebbero favorire l'insorgere di controversie e quindi il ricorso ai tribunali; viceversa, è possibile che peggiori condizioni economiche favoriscano gli inadempimenti contrattuali e quindi la litigiosità. Per quanto riguarda le altre variabili di natura socioeconomica, la maggiore complessità sociale (misurata dal grado di concentrazione territoriale) e il minore livello di capitale sociale dovrebbero aumentare la probabilità che si verifichino inadempimenti contrattuali e quindi incentivare il ricorso ai tribunali.

Rispetto alla distribuzione della popolazione, le regioni meridionali si caratterizzano nel confronto con quelle del Centro Nord per una maggiore litigiosità alla quale corrisponde una quota superiore di risorse assegnate. Tuttavia, la dotazione di risorse del Mezzogiorno risulta inferiore a quella delle altre aree se la si misura in relazione al carico complessivo dei procedimenti civili (misurato come somma dei procedimenti pendenti e di quelli sopravvenuti nell'anno) a causa del maggiore accumulo di casi pendenti nei tribunali meridionali.

Performance complessiva – Tribunale ordinario

Ai fini dell'analisi di performance, sono stati considerati due indicatori fondamentali: la durata delle cause e la percentuale di cause ultra-triennali giacenti in primo grado



Pendenti al 31/12/2013

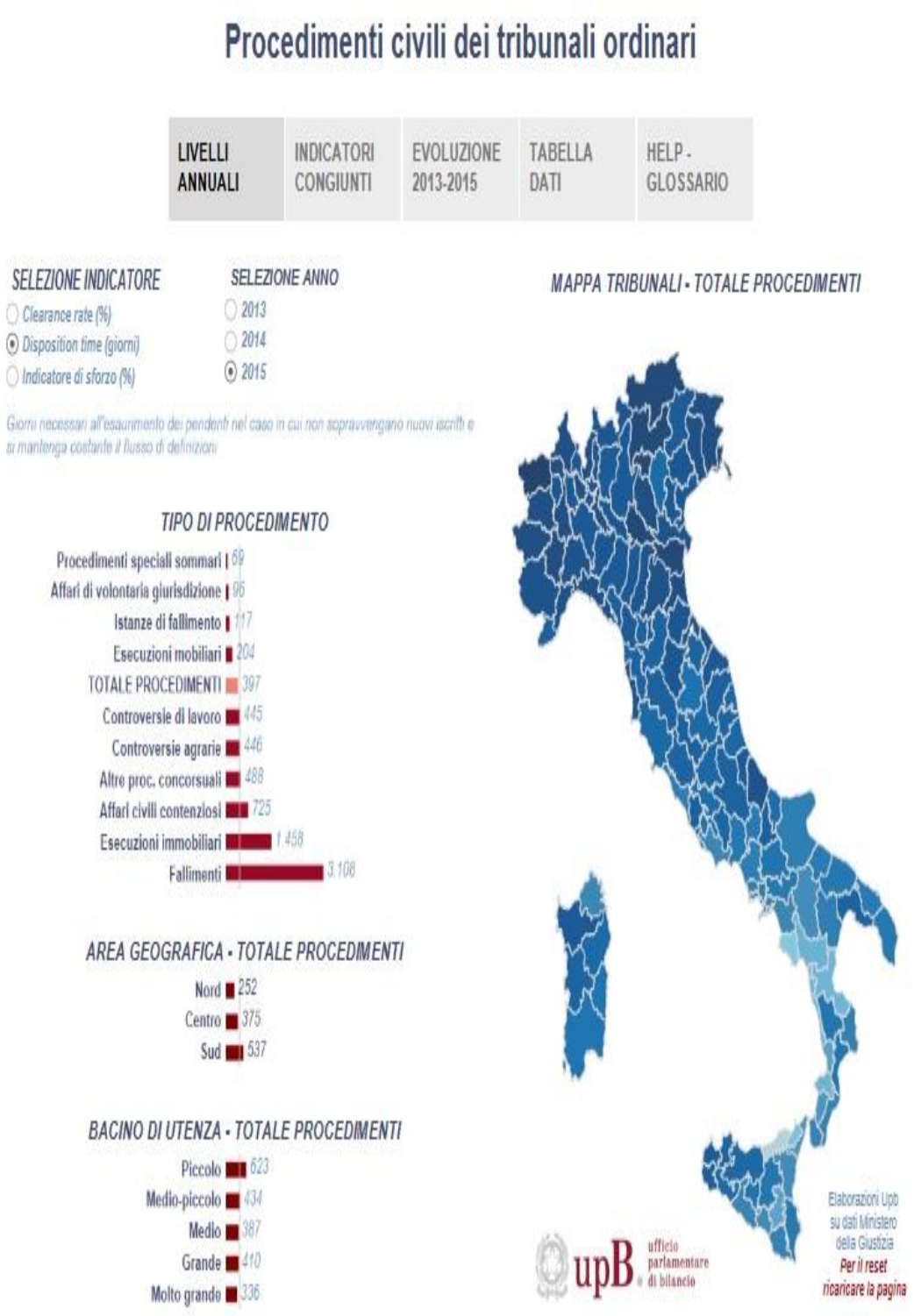
I gradi di giudizio superiore mostrano durate medie più lunghe di quelle del primo grado

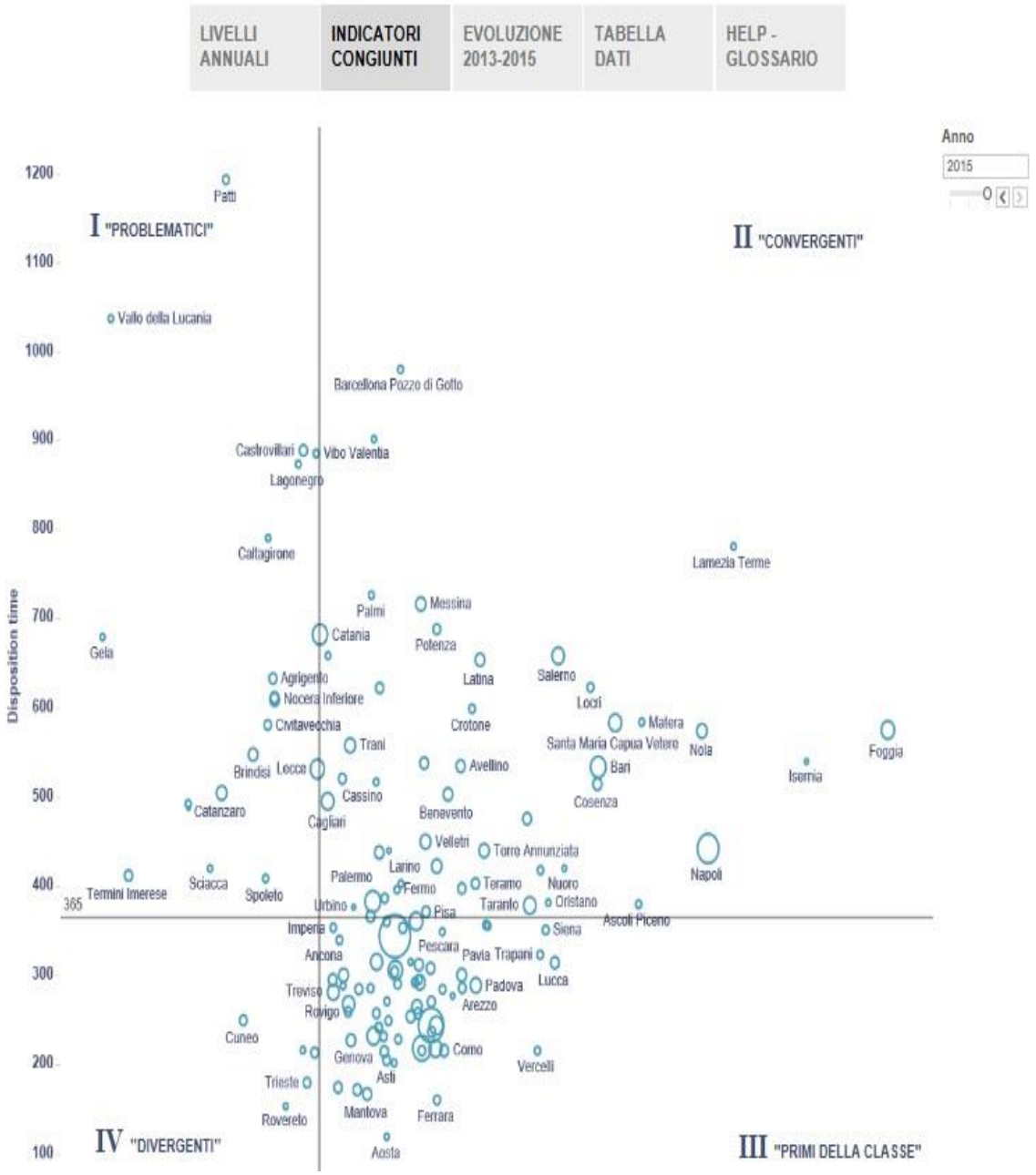
Si riportano qui di seguito altri grafici dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio del 2015 sulla qualità della Giustizia civile, che ha usato nel primo grafico vari indicatori tra cui il DISPOSITION TIME e nel secondo degli indicatori congiunti.

Nel primo grafico il Disposition Time indica i giorni necessari all'esaurimento degli stock di procedimenti pendenti nel caso in cui non sopravvenissero nuove iscrizioni. Rappresenta il tempo minimo di esaurimento degli stock se il numero di procedimenti definiti nell'anno corrente si mantenesse costante in futuro. È calcolato come rapporto tra procedimenti pendenti alla fine dell'anno e quelli definiti nello stesso anno, moltiplicato per 365.

Clearance Rate: indica il rapporto tra procedimenti definiti e procedimenti nuovi. L'indicatore fornisce una indicazione della capacità di smaltire un numero di procedimenti almeno uguale al flusso delle nuove iscrizioni nell'anno. Può infatti assumere un valore uguale a 100, identificando un sistema in stato stazionario (volume di pendenze invariato da un anno all'altro); maggiore di 100 (riduzione dello stock di pendenze); o minore di 100 (accumulo di nuove pendenze). È calcolato come il rapporto tra il numero dei procedimenti definiti nell'anno e il numero dei nuovi iscritti nel medesimo anno, moltiplicato per 100.

Indicatore di Sforzo: misura l'incremento percentuale di procedimenti definiti necessario per raggiungere l'obiettivo teorico dell'esaurimento dello stock delle pendenze in un arco di tempo prestabilito, tenendo anche conto dei flussi dei nuovi procedimenti (ipotizzati in proiezione pari a quelli dell'ultimo anno). Costituisce una misura di sintesi dei due indicatori precedenti: rispetto al disposition time, che valuta il tempo di esaurimento delle pendenze senza considerare i nuovi flussi, con il nuovo indicatore si considera congiuntamente anche l'effettiva capacità del tribunale di smaltire i nuovi processi (misurata dal clearance rate).


Procedimenti civili dei tribunali ordinari
LIVELLI ANNUALI
INDICATORI CONGIUNTI
EVOLUZIONE 2013-2015
TABELLA DATI
HELP - GLOSSARIO
SELEZIONE INDICATORE
Clearance rate (%)
Disposition time (giorni)
Indicatore di sforzo (%)
SELEZIONE ANNO
2013
2014
2015
Giorni necessari all'esaurimento dei pendenti nel caso in cui non sopravvengano nuovi iscritti e si mantenga costante il flusso di definizioni
MAPPA TRIBUNALI - TOTALE PROCEDIMENTI
TIPO DI PROCEDIMENTO
Procedimenti speciali sommari 69
Affari di volontaria giurisdizione 96
Istanze di fallimento 117
Esecuzioni mobiliari 204
TOTALE PROCEDIMENTI 397
Controversie di lavoro 445
Controversie agrarie 446
Altre proc. concorsuali 488
Affari civili contenziosi 725
Esecuzioni immobiliari 1.458
Fallimenti 3.108
AREA GEOGRAFICA - TOTALE PROCEDIMENTI
Nord 252
Centro 375
Sud 537
BACINO DI UTENZA - TOTALE PROCEDIMENTI
Piccolo 623
Medio-piccolo 434
Medio 387
Grande 410
Molto grande 336
upB ufficio parlamentare di bilancio
Elaborazioni Upb su dati Ministero della Giustizia
Per il reset ricaricare la pagina


LIVELLI ANNUALI
INDICATORI CONGIUNTI
EVOLUZIONE 2013-2015
TABELLA DATI
HELP - GLOSSARIO
Anno
2015
Disposition time
I "PROBLEMATICI"
II "CONVERGENTI"
III "PRIMI DELLA CLASSE"
IV "DIVERGENTI"
Patti
Vallo della Lucania
Barcellona Pozzo di Gotto
Castrovillari
Vibo Valentia
Lagonegro
Caltagirone
Lamezia Terme
Palmi
Messina
Catania
Potenza
Gela
Latina
Salerno
Agrigento
Nocera Inferiore
Locri
Crotone
Matera
Civitavecchia
Santa Maria Capua Vetere
Nola
Foggia
Trani
Brindisi
Lecce
Avellino
Bari
Isernia
Cosenza
Cassino
Catanzaro
Cagliari
Benevento
Velletri
Torre Annunziata
Napoli
Larino
Palermo
Fermo
Teramo
Nuoro
Termini Imerese
Sciacca
Spoleto
Urbino
Taranto
Oristano
Pisa
Ascoli Piceno
Imperia
Siena
Pescara
Ancona
Pavia
Trapani
Lucca
Padova
Treviso
Arezzo
Rovigo
Cuneo
Como
Genova
Vercelli
Asti
Trieste
Mantova
Ferrara
Rovereto
Aosta

Ufficio Parlamentare di Bilancio

Uno studio del 2015 sulla stretta correlazione fra l'efficienza della giustizia civile e la performance economica è stato pubblicato dall'ufficio parlamentare di Bilancio.

La letteratura economica ha iniziato da alcuni anni a indagare sul nesso tra il funzionamento del sistema giudiziario e la crescita economica nel medio-lungo periodo, evidenziandone i possibili canali di trasmissione. Essa sottolinea tre qualità desiderabili in un sistema giudiziario: 1) l'efficienza, intesa come la capacità, date le risorse finanziarie disponibili, di risolvere le controversie in un tempo ragionevole; 2) la qualità delle sentenze, intesa come l'accuratezza e certezza delle decisioni; 3) l'indipendenza del giudizio.

Gli studi empirici hanno indagato soprattutto il nesso tra l'efficienza del sistema giudiziario e il funzionamento del sistema economico nell'ambito di modelli di equilibrio economico parziale relativi a un singolo paese. La valutazione della qualità delle sentenze e del grado di indipendenza del sistema giudiziario presentano, invece, elementi di difficoltà interpretativa, con ampi margini di apprezzamento soggettivo. La misurazione dell'efficienza si presenta invece più agevole, potendo contare su una serie di indicatori quantitativi. In particolare, la durata media dei procedimenti e il numero dei procedimenti pendenti sono due indici di efficienza/inefficienza agevolmente misurabili in presenza di un adeguato livello di informatizzazione degli uffici giudiziari.

Gli studi economici sulla giustizia tipicamente individuano alcuni indicatori di efficienza e ne analizzano l'impatto su alcune variabili economiche quali l'accesso al credito, il tasso di natalità delle imprese, gli investimenti e il flusso di investimenti diretti esteri (IDE) in entrata nel paese. Numerosi studi forniscono evidenza empirica del fatto che i sistemi più efficienti di enforcement dei contratti di debito (in termini di tempo, costo e percentuale di realizzo dei crediti nelle procedure fallimentari) favoriscono lo sviluppo dei mercati del credito. Questo fenomeno è stato riscontrato anche negli studi dedicati a singoli paesi, analizzando le differenze territoriali esistenti all'interno di uno stato. In uno studio sull'Italia, ad esempio, utilizzando dati su base provinciale, mostrano che nei distretti giudiziari più efficienti il razionamento del credito per le imprese è minore e il credito bancario è maggiore.

Uno studio su 15 paesi europei, analizzando dati a livello di impresa, evidenzia che i sistemi giudiziari più efficienti sono associati a dimensioni maggiori delle imprese e che questo effetto è

maggiore per le imprese a bassa intensità di capitale. Il fenomeno si spiega con il fatto che un sistema giudiziario più efficiente può contribuire a proteggere le attività patrimoniali immateriali, come la reputazione e il rapporto con la clientela. Con riferimento all'Italia, si trova che la riduzione della lunghezza dei procedimenti giudiziari eserciti un effetto positivo sulla dimensione media delle imprese italiane. Secondo questo studio, se la lunghezza media dei procedimenti si riducesse del 10 per cento, la dimensione media delle imprese italiane crescerebbe di circa il 2 per cento, ceteris paribus.

In uno studio sull'Italia, riguardante gli appalti pubblici, si trova che laddove l'inefficienza del sistema giudiziario è maggiore, gli appalti vengono concessi più frequentemente alle aziende più grandi (con servizi legali interni che limitano i costi da sostenere in caso di contenzioso) a discapito di quelle medie e piccole. L'analisi rileva anche che i ritardi nell'esecuzione dei lavori pubblici sono associati alla lunghezza dei procedimenti civili. Le imprese appaltatrici contano sulla lentezza dei processi per allungare i tempi di consegna (se ciò è per loro profittevole), prevedendo che le stazioni appaltanti siano meno incentivate a escutere la penale e a correre il rischio di intraprendere contenziosi laddove i tribunali siano inefficienti.

Questo è un esempio di comportamento opportunistico degli agenti economici, indotto dall'inefficienza della giustizia.

Alcune analisi evidenziano che la qualità del sistema legale è un fattore determinante per attrarre investimenti dall'estero. In uno studio recente sui paesi appartenenti al Consiglio d'Europa, gli autori valutano l'impatto dell'efficienza del sistema giudiziario (in termini di durata dei processi e dimensione degli arretrati) su due variabili economiche: il tasso di natalità delle imprese (numero di nuove imprese sul totale delle imprese settoriali) e il flusso di investimenti esteri in entrata nel paese. Riforme volte a razionalizzare l'organizzazione dei tribunali – aumentando ad esempio il grado di informatizzazione – e a introdurre incentivi alla riduzione del tasso di litigiosità, attraverso forme di Alternative Dispute Resolution (ADR) hanno effetti positivi sugli investimenti esteri in entrata e sui tassi di natalità delle imprese.

Le considerazioni della Banca D'Italia

Già nel 2009 la Banca d'Italia in un suo rapporto lanciava un allarme calcolando che la perdita annua di PIL attribuibile ai difetti della nostra giustizia civile potrebbe giungere a un punto

percentuale.

Infatti l'eterogeneità nella lunghezza dei processi ha inciso anche sulla performance economica italiana degli ultimi anni.

Complessivamente, le stime delle inefficienze legate a giustizia e corruzione nel nostro Paese sono state oggetto di vari studi e ricerche. Secondo un recente studio la lentezza della giustizia italiana costa alle oltre 580.000 piccole imprese del Paese (fino a 20 addetti) che hanno controversie giudiziarie oltre 1 miliardo di Euro. Mario Draghi dichiarò che i costi associati alla lentezza della giustizia in Italia rappresentano oltre l'1% del PIL (pari a 22 miliardi di Euro, e più precisamente l'1,3% del PIL).

Secondo un recente rapporto del Fondo Monetario Internazionale, le inefficienze del sistema giudiziario italiano sono alla base della scarsa attrattività di cui gode il Paese nei confronti delle imprese estere. Negli ultimi 10 anni, infatti, gli IDE annuali in Italia sono stati in media un terzo rispetto a quelli dei principali competitors europei in percentuale sul Prodotto Interno Lordo.

Nel 2015 il quadro della giustizia civile in Italia emerge leggermente migliorato ma ancora lontano dall'efficienza infatti è stato calcolato che: "Se da 590 scendessero a 295 i giorni medi per una sentenza civile di primo grado gli investimenti esteri diretti in Italia potrebbero crescere fino all'1,17% del Pil, pari a 18 miliardi. Se scendessero ai livelli tedeschi (183 giorni) la cifra salirebbe a 25 miliardi. Ma anche se solo venissero ridotti di 6 giorni, il Pil pro-capite guadagnerebbe lo 0,58%, pari a 129 euro l'anno a testa. Invece burocrazie e inefficienze del sistema giustizia costano quasi l'1% di Pil e scoraggiano le aziende estere a investire."

Le considerazioni di Infocamere tratto dal sito Infocamere.it

Nel rapporto di Infocamere si approfondisce l'andamento dei procedimenti di mediazione:

Il numero di procedimenti di mediazione depositati presso gli Organismi istituiti dalle Camere di commercio dal 21 marzo 2011 al 30 settembre 2012 (30.331 in totale, 55 al giorno, sabati e domeniche incluse) mostra un andamento crescente progressivo.

Più di un terzo dei procedimenti sono stati depositati presso le Camere del Nord Est, quasi un quarto presso quelle del Nord Ovest e del Mezzogiorno. Al Centro, invece, sono stati depositati il 19%

dei procedimenti.

Considerando l'andamento delle mediazioni effettuate tra settembre 2011 e settembre 2012, emerge che è piuttosto costante la quota di procedimenti conclusi con un accordo tra le parti (il 16% in media). Nel 17% dei casi, invece, le controparti non hanno trovato un'intesa, mentre nel 66% dei casi hanno preferito non comparire di fronte al mediatore.

Nello stesso periodo, i procedimenti, mediamente del valore di 96.079 euro, si sono risolti in soli 47 giorni lavorativi.

Il consuntivo delle attività di mediazione delle Camere di commercio dall'introduzione dell'obbligatorietà - per le tipologie di controversie indicate dalla legge – evidenzia l'estrema convenienza della giustizia alternativa rispetto alla via ordinaria, sia in termini di costi sia in termini di tempi per la soluzione delle controversie.

Sotto il primo profilo, il confronto tra il costo medio di una procedura di mediazione presso le Camere di commercio e quello di una causa davanti al giudice ordinario - stimato dalla Banca Mondiale nel suo tradizionale rapporto «Doing Business» - dimostra come la prima incida per circa il 3,4% sul valore della controversia, mentre nel secondo caso, far valere il proprio diritto costa il 29,9% del valore della causa. In altri termini, ciò significa che in media ogni conciliazione costa quasi dieci volte di meno di una causa dinanzi al tribunale. Considerando che il valore medio delle conciliazioni gestite dalle Camere di commercio da settembre 2011 a settembre 2012, in sostanziale continuità con i mesi precedenti, è stato pari a 96.079 euro, si può concludere che il ricorso alla conciliazione ha generato un risparmio stimato di 123 milioni di euro. Applicando lo stesso parametro del valore della mediazione camerale alla quota di procedimenti conclusisi con accordo dinanzi a tutti gli organismi accreditati al Ministero della Giustizia, la stima del risparmio realizzato a livello complessivo arriverebbe addirittura a superare i 480 milioni di euro.

Nel 2014 abbiamo assistito al record storico per le mediazioni effettuate dalle Camere di commercio con 20.017 mediazioni depositate, il numero più elevato dall'entrata in vigore del decreto legislativo che introduce l'obbligatorietà del tentativo di mediazione per una serie di ambiti settoriali del contenzioso civile. Più di oltre 2mila querelle insorte tra cittadini e imprese, di un valore medio di 116mila euro, si sono risolte in 42 giorni con un accordo gratificante per entrambe le parti. Il risparmio? Prendendo a riferimento il valore medio e le sole controversie giunte a buon fine, si tratta

di oltre 60 milioni di euro. Peccato per quanti hanno scelto di non aderire.

Quando le parti riescono davvero ad incontrarsi il risultato della mediazione è positivo. Per raggiungere risultati ancora più soddisfacenti, sarebbe utile incentivare ulteriormente questo strumento prezioso per cittadini e imprese, in grado di far risparmiare tempo e denaro.

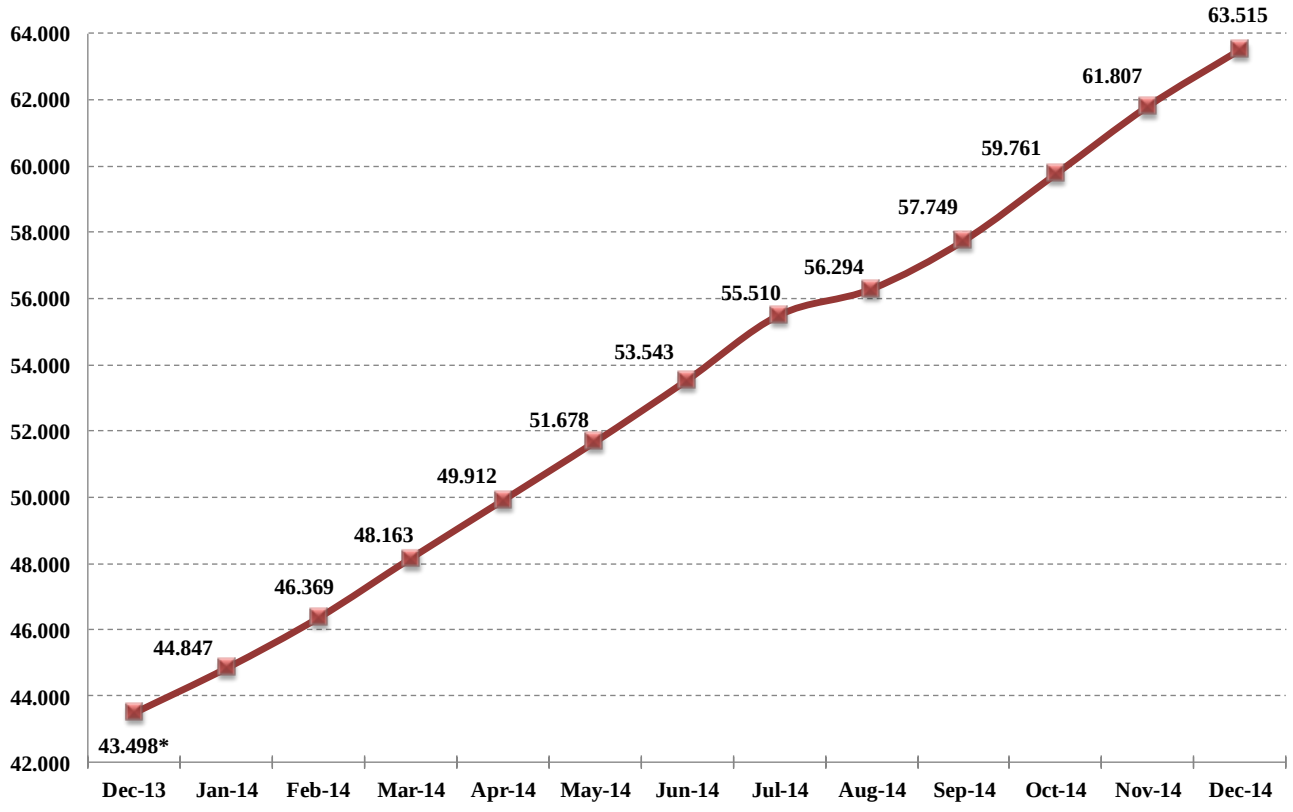
Con il dato record del 2014, salgono a 63.515 i procedimenti di mediazione depositati presso gli Organismi delle Camere di commercio a partire da quando, nel marzo 2011, è stato introdotto l'obbligo di effettuare un tentativo di mediazione prima di ricorrere al Tribunale.

Mediazione camerale: procedimenti depositati mensilmente
Valori assoluti e variazioni percentuali (congiunturali e tendenziali)

	Dec-13	Jan-14	Feb-14	Mar-14	Apr-14	May-14	Jun-14	Jul-14	Aug-14	Sep-14	Oct-14	Nov-14	Dec-14
Valori assoluti	1.575	1.349	1.522	1.794	1.749	1.766	1.865	1.967	784	1.455	2.012	2.046	1.708
Var. cong. (%)	-14,9	-14,3	12,8	17,9	-2,5	1,0	5,6	5,5	-60,1	85,6	38,3	1,7	-16,5
Var. tend. (%)	305,9	107,9	250,7	234,7	336,2	273,4	127,7	142,2	172,2	74,3	30,2	10,5	8,4

Fonte: Osservatorio Unioncamere sulla mediazione e la conciliazione.

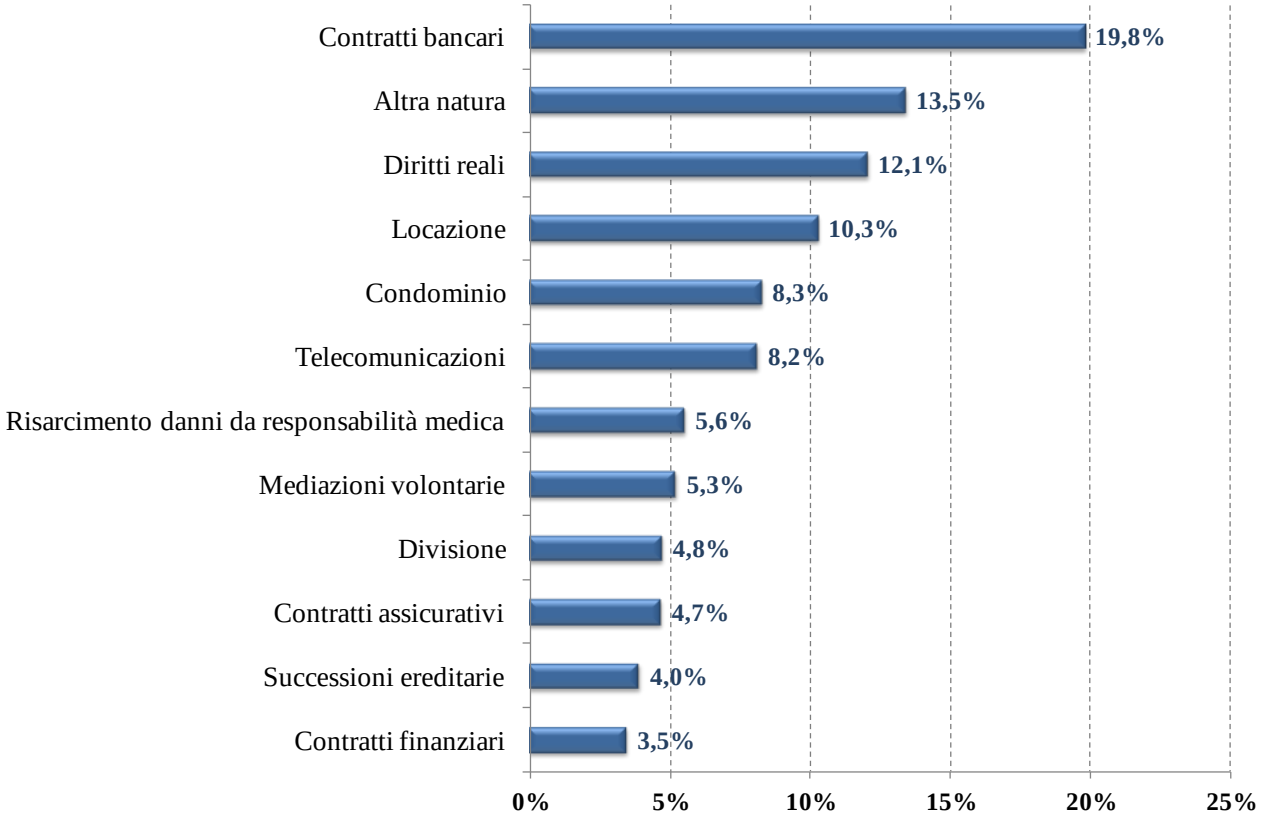
Mediazione camerale: procedimenti depositati mensilmente
Valori assoluti cumulati



* Il dato di dicembre 2013 comprende i procedimenti depositati dall'inizio del monitoraggio (mar-apr 2011) fino al mese di dicembre 2013.
Fonte: Osservatorio Unioncamere sulla mediazione e la conciliazione.

A far litigare di più gli italiani sembrano essere i contratti bancari, cui si deve quasi il 20% delle mediazioni gestite dalle Camere di commercio. Altra componente importante, però, i diritti reali (12%) e la locazione (10,3%).

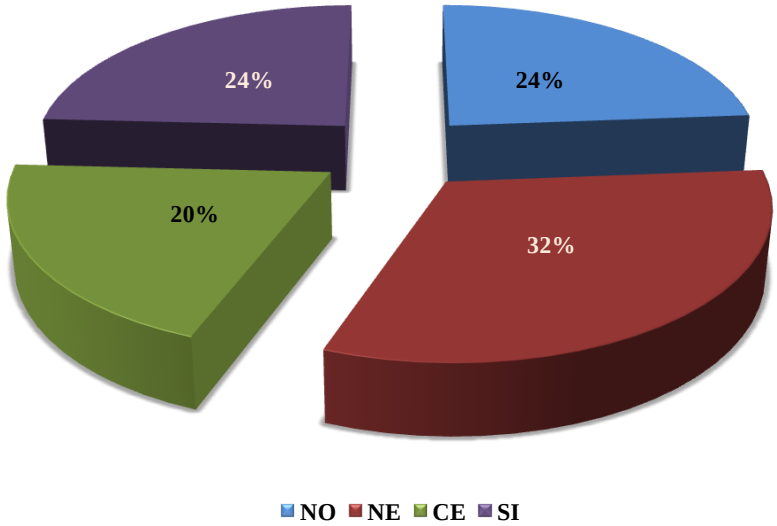
Mediazione camerale: procedimenti depositati per tipologia
Valori percentuali – dicembre 2013-dicembre 2014



Fonte: Osservatorio UNIONCAMERE sulla mediazione e la conciliazione.

I più "concilianti" di tutti sembrano essere gli abitanti delle regioni del Nord-Est (cui si deve un terzo dei procedimenti depositati presso le Camere di commercio). Quasi un quarto, invece, provengono da imprese e cittadini del Nord-Est e del Mezzogiorno mentre il Centro chiude la classifica con un'iscrizione su 5.

Mediazione camerale: procedimenti depositati per ripartizione geografica
Valori percentuali – dicembre 2011- dicembre

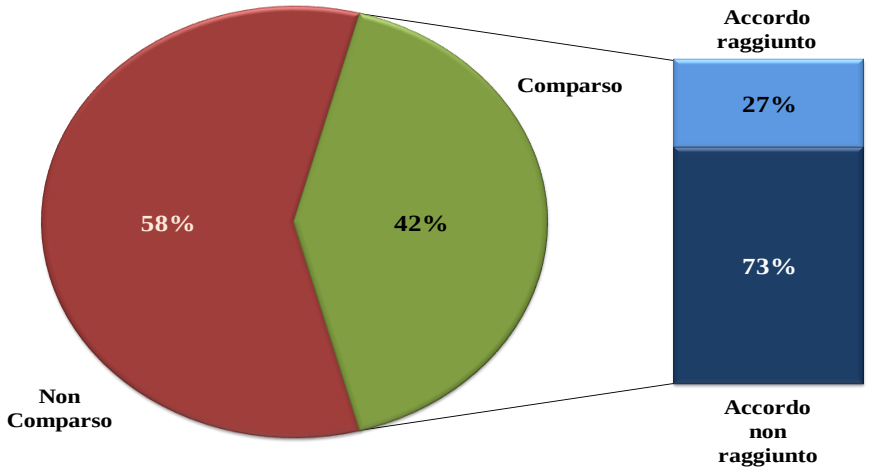


2014

Fonte: Osservatorio Unioncamere sulla mediazione e la conciliazione.

Ancora elevato, purtroppo, il dato relativo alle mancate comparizioni: quando il procedimento giunge a definizione, 6 volte su 10 l'aderente non si presenta. Tuttavia, quando la controparte partecipa all'incontro, l'accordo si conclude positivamente in quasi il 30% dei casi.

Quota di comparizioni sul totale dei procedimenti giunti a definizione ed esito degli accordi sul totale delle comparizioni nel 2014. Valori percentuali



Fonte: Osservatorio Unioncamere sulla mediazione e la conciliazione.

La ricerca di Confindustria

Il buon funzionamento della giustizia è uno snodo cruciale per rilanciare lo sviluppo del Paese. Carenze dell'offerta ed eccesso di domanda interagiscono in un circolo vizioso che mina la certezza del diritto e impedisce ai mercati di funzionare correttamente. La sfiducia nel mutuo rispetto delle regole aumenta l'importanza delle relazioni personali e scoraggia la crescita dimensionale e gli investimenti delle imprese. I tribunali sono utilizzati per perpetuare la violazione degli obblighi contrattuali e delle norme, anziché per farli rispettare. Sul sistema economico ricadono costi enormi che sono dimostrati da calcoli del CSC: abbattendo i tempi dei processi del 60%, il PIL sarebbe cresciuto del 2,4% in più tra il 2000 e il 2007. Sono stime approssimate per difetto. Per sollevare questa spada di Damocle che incombe sulla prosperità del Paese è urgente intervenire agendo insieme su più fronti. È importante non solo l'approvazione della riforma ma anche l'attuazione di tutti i provvedimenti e la valutazione della loro efficacia.

Dal lato dell'offerta di giustizia è prioritario rivedere la geografia degli uffici giudiziari, puntando a un sistema di tribunali di taglia medio-grande e distribuiti secondo i livelli di sviluppo economico e sociale dei singoli territori. La dimensione è importante per favorire la produttività e la specializzazione dei magistrati, così come lo è l'informatizzazione di ogni fase dei procedimenti e la costituzione di banche dati per aumentare la conoscenza e la consapevolezza, in tutte le parti interessate, riguardo agli orientamenti della giurisprudenza. La carriera economica dei magistrati va improntata al merito e alla competenze non più lasciata, in modo più o meno automatico, all'avanzare dell'anzianità. Dal lato della domanda è indispensabile eliminare i numerosi incentivi alla litigiosità. Controversie seriali e di massa, meccanismi di calcolo slegati dall'esito delle cause, opacità della remunerazione degli avvocati e applicazione del principio del «chi perde paga» sono alcune delle aree su cui agire. Per sradicare l'eccesso di domanda di giustizia occorre calibrare meglio il sistema dei tre gradi di giudizio: la possibilità di portare fino in Cassazione qualunque tipo di causa va contro il buon senso e rischia di compromettere la risorsa più scarsa, quella della giustizia percepita come giusta. Ciò andrebbe a discapito della reputazione della stessa magistratura e, a lungo andare, della sua indipendenza, che va invece tutelata.

Le istituzioni che amministrano la giustizia sono fondamentali per il buon funzionamento di un'economia di mercato, oltre che per il progresso civile di una nazione. Se vacilla il principio della certezza del diritto, viene intaccata la fiducia dei cittadini e delle imprese, che non investono e rinunciano a crescere. Aumentano, inoltre, i costi di transazione e i mercati diventano meno efficienti, dato che, per funzionare, finiscono per fare affidamento soprattutto su legami sociali preesistenti, invece che sulla fiducia nel reciproco rispetto delle regole.

La punta dell'iceberg dell'inefficienza della giustizia italiana è rappresentata dal numero di condanne presso la Corte europea per la irragionevole lunghezza dei procedimenti (art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

La durata non è il solo indicatore di efficienza di un sistema giudiziario, che può essere rivelata anche dalla qualità delle sentenze e dal costo delle cause; ma la sua disponibilità per un numero di paesi relativamente alto lo rende di gran lunga quello più utilizzato.

Il quadro sembra persino più grave per le attività giudiziarie che riguardano direttamente l'economia e le imprese. Secondo gli indicatori della Banca Mondiale pubblicati nel rapporto Doing Business 2011, il tempo necessario per risolvere una controversia relativa all'applicazione di un contratto commerciale è in Italia più di due volte superiore rispetto a quello medio OCSE e quasi quattro volte maggiore rispetto a quello della Francia. Oltre ai tempi molto più lunghi, anche il costo medio sopportato dalle imprese italiane è relativamente più alto: rappresenta circa il 30% del valore della controversia stessa, mentre è del 17% in Francia e del 19% nella media OCSE (Tabella 2.3). Non sorprende quindi che, come rileva una recente indagine della Banca d'Italia, in un terzo dei casi l'impresa colpita da un inadempimento contrattuale preferisca accordarsi con la controparte che non ha rispettato il contratto piuttosto che attendere indefinitamente l'esito del giudizio.

Come succede con altri indicatori della qualità di servizi pubblici e infrastrutture, anche nel caso della giustizia l'Italia è un paese molto eterogeneo, con le regioni del Nord che staccano nettamente quelle del Sud: nel 2007 la durata media di un processo di cognizione ordinaria in primo grado a Taranto era più di quattro volte superiore a quella di Torino. Il distacco è netto anche per quel che riguarda i tempi di risoluzione delle controversie commerciali: secondo uno studio della Banca d'Italia, al Sud sono di circa il 20% più lunghi rispetto al Nord.

L'Italia con 200 mila procedure avviate l'anno supera la Germania. Gli altri tre Paesi più virtuosi, infatti, Germania, Olanda e Regno unito, superano di poco le 10mila. È quanto emerge da

uno studio condotto da più 800 esperti degli Stati membri dell'Unione Europea. Il numero di richieste di mediazione torna a crescere, dopo lo stallo che si era creato in seguito alla sentenza della Corte costituzionale, i dati di Unioncamere hanno fatto registrare un vero boom di richieste con il deposito di 1.537 procedure con un aumento dell'84% rispetto alle 835 depositate fino al settembre scorso quando il ricorso era facoltativo. Secondo lo studio, infatti, i tempi medi di definizione di un processo civile sono di 1.210 giorni con un costo per l'intero sistema di 15.370 euro, contro 47 giorni di una mediazione con la quale il costo si abbatterebbe a 4.369 euro. In base allo studio se tutti passassero per il mediatore con l'accordo nella metà dei casi, in Italia il risparmio medio sarebbe di 588 giorni e 3.315 euro. A livello europeo il tasso minimo di successo perché la procedura generi risparmi di tempo e denaro in un determinato Paese è del 19% per tagliare sui tempi e del 24 per tagliare i costi. In Italia è sufficiente un tasso rispettivamente del 4% e del 28. Questo perché, i risparmi in caso del successo della singola mediazione sono molto maggiori dell'incremento dei costi se la procedura fallisce.

L'Analisi dell'ISDACI

L'ISDACI Istituto scientifico per l'arbitrato, la mediazione e il diritto commerciale, ha presentato l'ottava edizione del rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, che conferma il successo di questi strumenti di risoluzione delle controversie. Il mondo adr viene a volte giustamente definito come una "multidoor house", una casa con più porte: la mediazione è solo una delle tante porte da cui si può accedere per entrare in questo mondo. Questo rapporto ci consente di collocare la mediazione all'interno di un quadro più ampio.

Vediamo insieme qualche numero.

Nel 2010 le procedure sono state 86 mila tra cui:

- conciliazioni Corecom (49.348);
- negoziazioni paritetiche (17.407),
- mediazioni amministrate (18.525),
- arbitrati amministrati (753)

– riassegnazioni di nomi a dominio (50).

Vediamo qualche altro dato che è emerso da questo rapporto:

– In aumento il numero dei successi: quando le parti si presentano in mediazione, viene raggiunto l'accordo in più del 74% dei casi;

– le procedure di adr sono più veloci della giustizia ordinaria: 228 giorni in media la durata di una procedura di arbitrato, circa 56 giorni per la mediazione amministrata, contro i 7 anni e tre mesi per la definizione dei procedimenti di giustizia civile;

– valore medio delle controversie: circa 520.000 euro per gli arbitrati, 16.331 euro per la mediazione amministrata.

– materie del contendere: telecomunicazioni, commercio e contratti bancari e finanziari per la mediazione, diritto societario, appalti, commercio e immobiliare per gli arbitrati

Nel 2014 le domande di ADR sono state complessivamente 267.006, più del doppio (+101,4%) rispetto alle 132.577 del 2013. Il dato non comprende le domande relative alla negoziazione paritetica, la cui relazione annuale non risultava ancora pubblicata al momento della chiusura della presente ricerca. Non è ricompreso, altresì, il numero di 115.423 domande gestite da un Organismo di Mediazione considerato "outlier statistico" dal Ministero della Giustizia.

Il trend delle domande di ADR si dimostra complessivamente confermato, fatto salvo per quanto riguarda le domande di mediazione, che risultano in crescita esponenziale rispetto al 2013 (di circa +331,7 %), grazie alla reintroduzione della previsione della domanda di mediazione stessa come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In particolare, le domande di conciliazione presso i Corecom risultano in aumento del 20,8%, le domande di arbitrato risultano in diminuzione dell'8,2% e le domande di riassegnazione dei nomi a dominio risultano in diminuzione del 22%.

Per quanto riguarda la Mediazione Amministrata nel 2014 il numero di domande di mediazione registrate è risultato pari a 179.587, oltre il doppio rispetto alle domande registrate nel

2013, anno in cui non vigeva l'obbligatorietà del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, a causa della Sentenza n. 272/2012 della Corte Costituzionale. In relazione alla modalità di avvio della domanda, la mediazione obbligatoria (e quindi ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. n. 28/2010) rappresenta l'83,8% del numero complessivo di mediazioni (nel 2013 costituiva il 57,5%), mentre la mediazione volontaria il 10% (il 41,9% nel 2013), la mediazione disposta dal giudice, il 5,6% (rispetto al 2% del 2013) e la mediazione attivata in forza di clausola contrattuale, lo 0,6% (contro l'1,5% del 2013).

Per quanto riguarda la collocazione geografica, il 45% delle domande si concentra al Nord, il 20% al Centro, il 25% al Sud e il 10% nelle isole. La materia che riguarda il maggior numero di mediazioni risulta quella dei contratti bancari con il 25,1% del totale complessivo, seguita dai diritti reali con il 13,1%. La locazione riguarda l'11,6% delle domande, il condominio il 10,7%, il risarcimento del danno da responsabilità medica il 6,7%, i contratti assicurativi il 6%, le divisioni dei beni il 4,7%, le successioni ereditarie il 4%, i contratti finanziari il 2,9% e il comodato l'1,3%. Infine, l'11,9% delle domande risulta di "altra natura" (che, presumibilmente, riguardano prevalentemente la mediazione volontaria e la mediazione avviata in forza di clausola contrattuale).

Il valore medio delle mediazioni è di € 110.556 (contro i 156.464 euro dell'anno precedente). La durata media di una procedura è pari a 63 giorni (-33% rispetto ai 94 giorni del 2011-2012), qualora l'aderente sia comparso e non sia stato raggiunto un accordo, mentre nel caso in cui l'accordo sia stato raggiunto, la durata media risulta di 83 giorni. Il dato cambia se si considerano le mediazioni gestite unicamente dagli organismi espressione del Sistema camerale, che hanno una durata media pari a 42 giorni.

Nel 63% dei casi chi propone la domanda di mediazione, partecipa all'incontro facendosi assistere da un avvocato mentre gli aderenti si fanno assistere nel 73% delle procedure. Risulta in crescita, rispetto al 2013, la percentuale di adesione della parte chiamata in mediazione (40,5% contro il 32,4%) e, contestualmente, è diminuita la percentuale di mancate adesioni (56,7% contro il 57,3%). Quando la parte chiamata alla mediazione compare, l'accordo viene raggiunto solo nel 24,4% dei casi (in calo rispetto al 42,4% dell'anno precedente). Il tasso di accordi raggiunge il 47% quando le parti non si fermano al solo primo incontro, in particolare, il 67% nelle mediazioni volontarie, il 45% in quelle obbligatorie e il 33% nelle mediazioni demandate dal giudice. Il successo delle procedure di risoluzione delle controversie alternative alla giustizia ordinaria cominciano ad avere successo anche nel nostro Paese per gli indiscutibili vantaggi che portano alle parti coinvolte e al sistema giustizia in

generale.

E' necessaria una continua opera di diffusione di questi strumenti, tra i consumatori e tra le imprese. Sicuramente questi dati e quelli che sono stati forniti dal Ministero nel corso del 2014 mostrano uno spaccato di quello che sarà il futuro della giustizia italiana: uno spaccato che a mio parere dà molta speranza. La mediazione costa meno della giustizia ordinaria.

Banca Mondiale

La mediazione costa meno della giustizia ordinaria.

Secondo uno studio della Banca Mondiale, nel rapporto denominato «Doing Business», in Italia, attualmente, per una parte il costo tributario di una causa ammonta, in media, al 2,9% del valore del bene richiesto, e quello per l'esecuzione forzata il 5,2%, tuttavia i costi complessivi della stessa causa arrivano al 29,9% del valore della controversia. Si riporta di seguito una simulazione di massima per una causa del valore di € 70.000

Calcolo del costo della mediazione obbligatoria • compenso per l'organismo € 1.000 euro – 1/3 = € 667 (anche nell'ipotesi in cui intervengano due mediatori di cui uno dotato di particolari cognizioni tecniche) • credito di imposta di € 500 se si raggiunge l'accordo = 667- 500 = € 167 • credito di imposta di € 250 se non si raggiunge l'accordo = 667-250= € 417 • Imposta di registro solo su € 20.000

Calcolo del costo della giustizia ordinaria • contributo unificato: € 550 euro + € 8 euro circa di bolli + diritti di copia (€ 14.62 ogni copia) • eventuale consulenza tecnica di parte (addebitata a chi la introduce o, se d'ufficio, addebitata provvisoriamente dal giudice ad una delle parti o ad ambedue) • diritti di copia su fotocopie verbali di udienza e su copia autentica sentenza • compenso avvocato (i parametri medi dello studio della Banca Mondiale individuano un'incidenza media del 21,8% sul valore • imposta di registro (sull'intero valore di 70.000 euro): a) 170 euro circa se la sentenza non determina un trasferimento di ricchezza; b) 1% del valore se la sentenza è di mero accertamento (nel ns esempio € 700); c) 3% del valore se la sentenza è di condanna al pagamento di una somma di denaro che comporta trasferimento di ricchezza (nel ns esempio se il giudice liquida 70.000 euro 2100 euro).

Vantaggi della Mediazione per il sistema giustizia

Riduzione dell'input

Se si raggiunge il tasso di successo registrato in altri paesi europei – che va dal 60% all'80% - i flussi in ingresso nei Tribunali si ridurrebbero dagli attuali 5 milioni a 4,2 - 4,4 milioni, consentendo, a parità di produttività, una significativa erosione dell'arretrato.

Riduzione della durata

La riduzione dei tempi sarebbe drastica perché si andrebbe dai non più di 4 mesi per tutte le conciliazioni positive alla riduzione fino a un terzo dei tempi attuali della giustizia ordinaria (a condizione che rimanga immutata la produttività dei giudici e siano rispettate le stime di flusso delle mediazione e i tassi di successo)

Ipotizzando una produttività dei giudici costante e un livello di successo delle conciliazioni in linea con le altre esperienze europee e mondiali, si potrebbero quasi dimezzare le pendenze portandole a poco più di 3 milioni in 5 anni.

La giustizia italiana - numeri fonte Ministero della Giustizia

I dati statistici sulla mediazione stragiudiziale civile e commerciale relativi all'anno 2014 (diffusi dalla Direzione generale di statistica del Ministero della giustizia) indicano che l'istituto funziona sempre meglio. Le parti invitate a negoziare un accordo, durante l'anno 2014, hanno aderito alla procedura nel 40,5% dei casi e hanno conciliato la lite il 24,4% delle volte, impegnando mediamente 83 giorni, rispetto agli 844 in tribunale.

Ciò significa che la mediazione conduce a un accordo nel 9,88% dei casi (il 24,4% del 40,5%). Prestazione che sembrerebbe peggiorata, rispetto al 13,73% dell'anno precedente (2013), ma che, come precisa la Direzione generale di statistica del Ministero della Giustizia, dobbiamo ponderare, distinguendo due atteggiamenti: quello, da una parte, di chi abbandona la mediazione al termine del primo incontro informativo (preferendo litigare in tribunale o accordarsi al di fuori della mediazione); e quello di chi, dall'altra parte, svolge la fase negoziale e conclude un accordo in mediazione nel 47% dei casi.

Informazione che dimostra l'efficacia della mediazione civile, quando le parti acconsentano a

svolgerla, e la necessità di continuare a promuovere intensamente l'istituto. Diffondere una cultura negoziale ha portato infatti le parti invitate in mediazione a comparire nel 43,4% dei casi (quarto trimestre 2014), dal 25,8% (primo trimestre 2012). La percentuale degli accordi potrebbe inoltre essere superiore, ove potessimo tracciare le conciliazioni concluse al di fuori della mediazione e stimolate durante il primo incontro informativo col mediatore, che consente di intuire gli spazi negoziali.

Il successo dell'istituto dipende anche dai giudici che, nell'anno 2014, hanno invitato le parti a tentare la mediazione più che nell'anno precedente: il 5,6% delle mediazioni, nel 2014, è stato incardinato su impulso del giudice, rispetto all'1,9% dell'anno 2013. Un'altra informazione conferma il successo della mediazione: le parti conciliano il 44,8% delle procedure incardinate su base volontaria.

Lo spirito collaborativo della cultura negoziale consentirebbe perciò di dimezzare il numero delle liti giudiziarie, trasformandole addirittura in occasioni di pacificazione o di creazione di valore, con un miglioramento del benessere individuale e sociale, anche per il profilo psicologico, oltreché per quello economico.

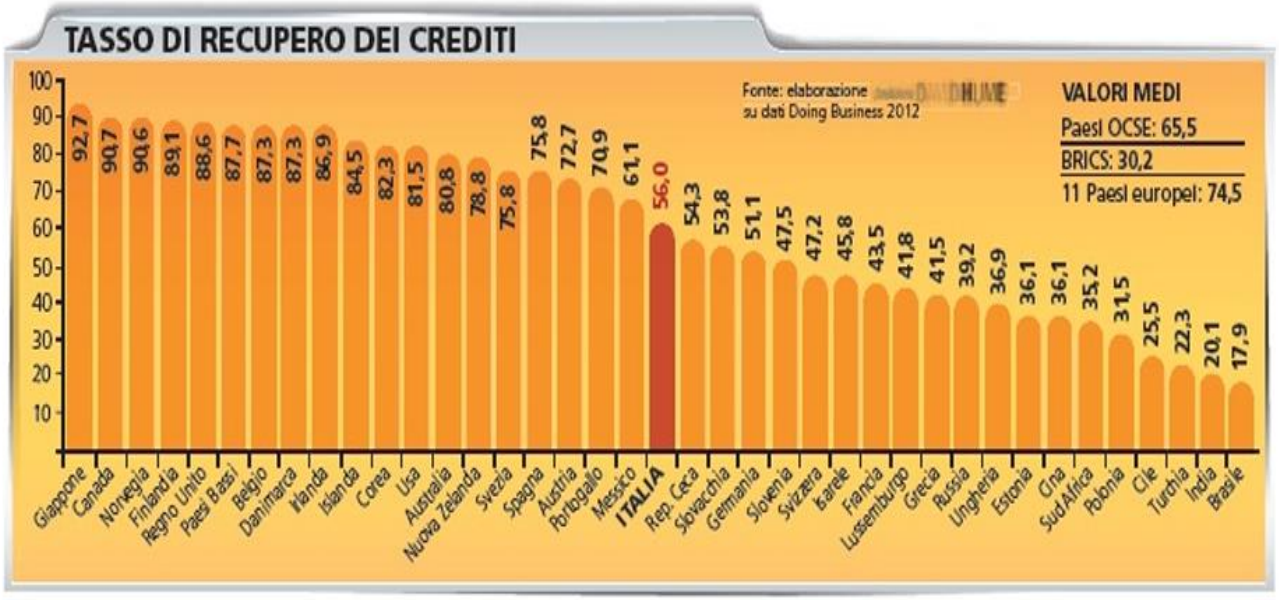
I patti di famiglia continuano a detenere il primato di materia meno discussa in mediazione (cfr. tab. 1), probabilmente perché rappresentano un argomento poco diffuso anche nei tribunali oppure perché l'invischiamento affettivo disincentiva le parti ad affrontare i problemi. Continuiamo a rilevare perciò che professionisti come gli psicologi potrebbero avere un'attitudine maggiore a gestire casi di questo genere, rispetto ai tecnici del diritto.

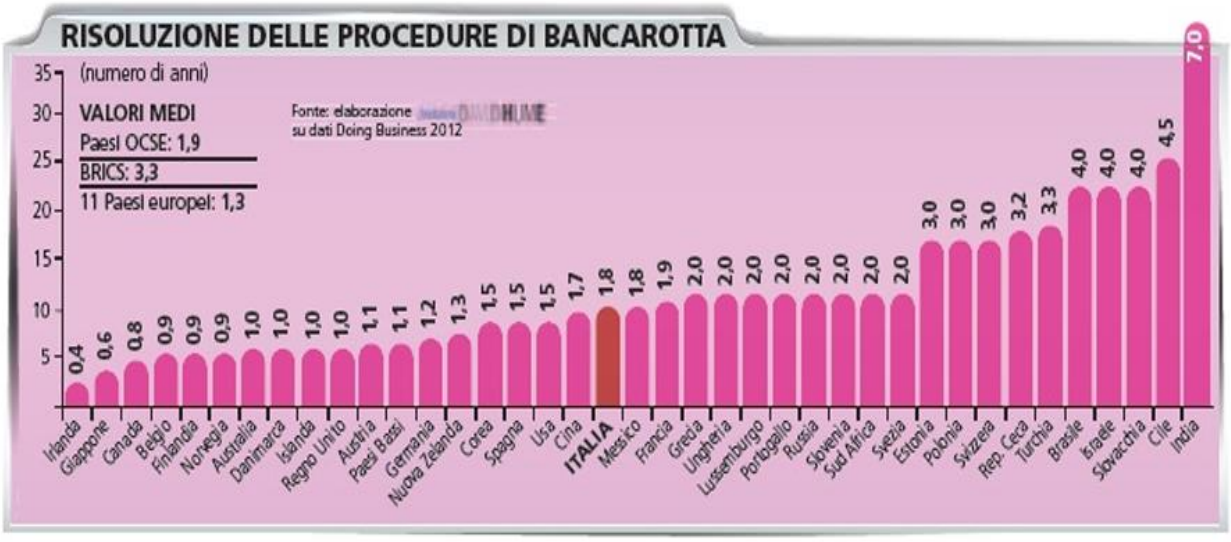
Materie	Pendenti	Iscritti	Carico Pend+Iscr	Definiti	Efficacia Def/Tot
Condominio	3.087	19.263	22.350	16.139	0,72
Diritti reali	6.429	23.602	30.031	20.689	0,69
Divisione	2.282	8.499	10.781	7.311	0,68
Successione	1.762	7.152	8.914	6.123	0,69
Patti di famiglia	86	108	194	89	0,46
Locazione	3.716	20.763	24.479	17.993	0,74

Comodato	591	2.269	2.860	2.085	0,73
Affitto di aziende	571	1.464	2.035	1.311	0,64
Circolazione	1.071	700	1.771	668	0,38
Sanitaria	2.639	11.996	14.635	10.836	0,74
Diffamazione	403	1.292	1.695	1.217	0,72
Assicurazioni	2.530	10.833	13.363	9.913	0,74
Banche	5.888	44.992	50.880	38.184	0,75
Finanza	1.148	5.280	6.428	4.364	0,68
Altra natura	9.020	21.376	30.396	19.395	0,64
Totale	41.223	179.589	220.812	156.317	0,71

Le materie di trattazione più veloce (contratti bancari, contratti assicurativi e responsabilità sanitaria) conferiscono invece i risultati più scarsi, soprattutto per la mancata adesione della parte invitata (86,9% di diserzione in materia assicurativa; 66% in materia sanitaria). Ipotesi confermata dai dati relativi a un organismo 'anomalo' (outlier), che ha trattato solo conflitti assicurativi, per un totale di 115.423 casi, di cui solo 68 conciliati. La presenza fisica delle parti e la presenza di un mediatore terzo, incentivate dalla giurisprudenza recente, consentono alle persone di guardarsi negli occhi per dare sfogo alle proprie frustrazioni e superarle, quindi di affrontare gli aspetti razionali dei problemi.

Tre grafici spiegano tempi e costi della giustizia civile e mostrano la posizione dell'Italia nel 2012, nel 2015 i dati, come espresso all'inizio dell'elaborato, hanno avuto un miglioramento medio del 5%.


TASSO DI RECUPERO DEI CREDITI
Fonte: elaborazione su dati Doing Business 2012
VALORI MEDI
Paesi OCSE: 65,5
BRICS: 30,2
11 Paesi europei: 74,5
100
90
80
70
60
50
40
30
20
10
Giappone 92,7
Canada 90,7
Norvegia 90,6
Finlandia 89,1
Regno Unito 88,6
Paesi Bassi 87,7
Belgio 87,3
Danimarca 87,3
Irlanda 86,9
Islanda 84,5
Corea 82,3
Usa 81,5
Australia 80,8
Nuova Zelanda 78,8
Svezia 75,8
Spagna 75,8
Austria 72,7
Portogallo 70,9
Messico 61,1
ITALIA 56,0
Rep. Ceca 54,3
Slovacchia 53,8
Germania 51,1
Slovenia 47,5
Svizzera 47,2
Israele 45,8
Francia 43,5
Lussemburgo 41,8
Grecia 41,5
Russia 39,2
Ungheria 36,9
Estonia 36,1
Cina 36,1
Sud Africa 35,2
Polonia 31,5
Cile 25,5
Turchia 22,3
India 20,1
Brasile 17,9


RISOLUZIONE DELLE PROCEDURE DI BANCAROTTA
(numero di anni)
VALORI MEDI
Paesi OCSE: 1,9
BRICS: 3,3
11 Paesi europei: 1,3
Fonte: elaborazione su dati Doing Business 2012
35
30
25
20
15
10
5
Irlanda 0,4
Giappone 0,6
Canada 0,8
Belgio 0,9
Finlandia 0,9
Norvegia 0,9
Australia 1,0
Danimarca 1,0
Islanda 1,0
Regno Unito 1,0
Austria 1,1
Paesi Bassi 1,1
Germania 1,2
Nuova Zelanda 1,3
Corea 1,5
Spagna 1,5
Usa 1,5
Cina 1,7
ITALIA 1,8
Messico 1,8
Francia 1,9
Grecia 2,0
Ungheria 2,0
Lussemburgo 2,0
Portogallo 2,0
Russia 2,0
Slovenia 2,0
Sud Africa 2,0
Svezia 2,0
Estonia 2,0
Polonia 3,0
Svizzera 3,0
Rep. Ceca 3,0
Turchia 3,2
Brasile 3,3
Israele 4,0
Slovacchia 4,0
Cile 4,0
India 4,5
7,0

COSTO DELLA CONTROVERSIA
(in % sul valore della marce non pagata)
VALORI MEDI
Paesi OCSE: 21
BRICS: 23
11 Paesi europei: 20
Fonte: elaborazione su dati Doing Business 2012
35
30
25
20
15
10
5
8,2
9,7
9,9
10,3
11,1
12,0
12,7
13,0
13,3
13,4
14,4
14,4
14,4
15,0
16,5
17,2
17,4
17,7
18,0
21,8
22,3
22,3
22,4
23,3
23,9
24,0
24,8
25,3
26,9
27,9
28,6
29,9
30,0
31,2
32,0
32,2
33,0
33,2
39,6
Islanda
Lussemburgo
Norvegia
Corea
Cina
Polonia
Slovenia
Portogallo
Finlandia
Russia
Germania
Grecia
Usa
Ungheria
Brasile
Spagna
Francia
Belgio
Austria
Australia
Canada
Estonia
Nuova Zelanda
Danimarca
Paesi Bassi
Svizzera
Regno Unito
Israele
Irlanda
Turchia
Cile
ITALIA
Slovacchia
Svezia
Messico
Giappone
Rep. Ceca
Sud Africa
India

Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo del 28 agosto 2016.

La direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, compreso il diritto di famiglia, ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie (ADR) e di promuoverne la composizione amichevole incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario. Si applica nelle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, e il suo termine di recepimento negli ordinamenti nazionali è scaduto il 21 maggio 2011. La presente valutazione della sua applicazione è condotta conformemente all'articolo 11 della direttiva.

L'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, comprende l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie. La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente dalle parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che presentano elementi di portata transfrontaliera.

Benché la mediazione sia in genere vantaggiosa nell'ambito delle questioni civili e commerciali, occorre sottolinearne l'importanza nel settore del diritto di famiglia. La mediazione può creare un'atmosfera costruttiva di discussione e garantire rapporti equi tra i genitori. Inoltre, le soluzioni amichevoli tendono ad essere durature e possono riguardare, oltre alla residenza principale del minore, le disposizioni o gli accordi di visita relativi al mantenimento del minore.

Dallo studio risulta che in cinque Stati membri la mediazione è obbligatoria in determinati casi specifici. Ad esempio, in Italia la mediazione è obbligatoria per svariati tipi di controversie, in Ungheria e in Croazia per determinate controversie di diritto di famiglia.

Vari Stati membri promuovono la mediazione offrendo incentivi finanziari alle parti. 13 Stati membri offrono incentivi finanziari alla mediazione sotto forma di riduzioni o rimborso integrale delle spese e dei costi legati al procedimento giudiziario se la mediazione permette di raggiungere un accordo durante la sospensione del procedimento. Ad esempio in Slovacchia, a seconda della fase

processuale in cui viene raggiunto l'accordo, è rimborsato il 30%, 50% o 90% dei diritti di cancelleria. In alcuni Stati membri la mediazione è offerta gratuitamente o a costi inferiori in funzione della situazione economica delle parti.

Gli incentivi finanziari possono assumere anche la forma di patrocinio a spese dello Stato. Gli Stati membri applicano norme diverse per i vari tipi di controversie o procedimenti di mediazione. Ad esempio, in Germania il patrocinio a spese dello Stato si applica sempre alla mediazione giudiziale, ma è limitato per la mediazione extragiudiziale, in Slovenia si applica solo alla mediazione giudiziale, in Lussemburgo è disponibile per la mediazione giudiziale e familiare condotta da un mediatore qualificato e in Italia è disponibile per la mediazione obbligatoria. In questo contesto, bisogna sottolineare che l'articolo 10 della direttiva 2003/8/CE estende il diritto al patrocinio a spese dello Stato per le controversie transfrontaliere ai procedimenti stragiudiziali, tra cui la mediazione, qualora l'uso di tali mezzi sia richiesto dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa.

Cinque Stati membri prevedono sanzioni come strumento per promuovere l'uso della mediazione. In Ungheria sono imposte sanzioni alle parti che dopo aver concluso un accordo di mediazione agiscono comunque in giudizio o non adempiono agli obblighi stabiliti nell'accordo di mediazione. In Irlanda le sanzioni si applicano al rifiuto ingiustificato di prendere in considerazione la mediazione. In Italia la parte vincitrice di una controversia non può ripetere le spese sostenute se il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde al contenuto di una proposta di mediazione che detta parte ha in precedenza rifiutato. Sono inoltre previste per il caso in cui, nonostante l'obbligatorietà della mediazione, le parti non vi ricorrano agendo invece in giudizio. In Polonia la parte che dapprima acconsente alla mediazione e poi rifiuta senza giustificazione di parteciparvi può essere condannata al pagamento delle spese processuali indipendentemente dall'esito del giudizio. In Slovenia l'organo giurisdizionale può condannare la parte che senza giustificazione rifiuta la mediazione giudiziale al pagamento totale o parziale delle spese legali della controparte.

La questione dell'obbligatorietà o meno della mediazione è controversa. Secondo alcuni portatori di interessi, la non obbligatorietà della mediazione ne ostacola la promozione. Secondo altri, invece, per sua natura la mediazione può essere solo volontaria per poter funzionare correttamente e, se resa obbligatoria, perderebbe la sua attrattiva rispetto alle procedure legali.

È importante ricordare che la mediazione obbligatoria incide sull'esercizio del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale sancito all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La maggior parte dei portatori di interessi è favorevole a un approccio più coercitivo nei confronti della mediazione. Tuttavia la maggioranza degli Stati membri e del mondo accademico si oppone. Tra i favorevoli, alcuni caldeggiano l'obbligatorietà della mediazione per determinate categorie di controversie (commerciali, di diritto di famiglia, di diritto del lavoro o per

quelle di modesta entità). In misura minore è stata propugnata l'obbligatorietà della mediazione per tutti i tipi di controversie.

In generale è stato espresso poco sostegno alle sanzioni contro il mancato ricorso alla mediazione, sebbene la condanna al pagamento delle spese inflitta alla parte che rifiuta la mediazione senza motivo abbia ricevuto un certo appoggio. Gli incentivi per le parti a ricorrere alla mediazione hanno riscosso maggiore successo. Esempi di incentivi utili menzionati dai partecipanti alla consultazione sono: la riduzione delle spese di giudizio per le parti che hanno tentato la mediazione prima di agire in giudizio; deduzioni fiscali effettive e interessanti; la gratuità della mediazione o, quanto mento, un supporto finanziario dello Stato per i servizi di mediazione.

L'uso di incentivi sembra utile a incoraggiare le parti a ricorrere alla mediazione. I costi connessi alla risoluzione di una controversia sono un fattore importante per le parti quando decidono se tentare la mediazione o agire in giudizio. Gli incentivi finanziari che rendono economicamente più attrattiva la mediazione rispetto a un procedimento giudiziario possono quindi essere considerati una migliore prassi. L'imposizione della mediazione nel quadro di un procedimento giudiziario potrebbe essere prevista quando le parti, per la natura della loro relazione, potrebbero avere motivo di ripetuto disaccordo o di contenzioso, ad esempio in alcune controversie di diritto di famiglia (come in materia di diritti di visita) o nelle controversie di vicinato. Bisogna sottolineare che anche in tali casi deve essere rispettato il diritto di accesso alla giustizia garantito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Conclusioni

In conclusione possiamo affermare, alla luce dei dati sopra esposti e degli orientamenti di una buona parte dei paesi europei, che l'istituto della Mediazione, se ben utilizzata, presenta notevoli vantaggi per la Giustizia e per l'Economia Italiana.

La cultura negoziale può dimezzare il numero delle liti giudiziarie, trasformandole in occasioni di pacificazione, con un miglioramento del benessere individuale e sociale sia sotto il profilo psicologico che economico.

Questo obiettivo politico è valido ancora oggi e per il futuro: la mediazione può contribuire a evitare procedimenti giudiziari inutili a spese dei contribuenti e a ridurre i tempi e i costi associati alle controversie giudiziarie. A lungo termine può creare una cultura non contenziosa in cui non esistono né vincitori né perdenti, ma Partner.

A cura di Pasqua D'arienzo

CONCLUSIONI dello STUDIO

La mediazione e la conciliazione sono espressioni di un modo di affrontare il conflitto che rivela un comportamento sicuramente più maturo rispetto al passato.

Cos'è il bisogno di giustizia?

Quando nelle vicende umane e di lavoro si manifesta un conflitto frutto di contrapposizione di interessi, quasi sempre questa contrapposizione esprime solo la parte più affiorante delle esigenze che si vorrebbero tutelare.

Vi sono certamente interessi economici, ma quasi sempre gli interessi che emergono dalle carte processuali sono solo l'espressione più evidente del conflitto, mentre le ragioni più profonde e gli interessi veri delle parti non sempre affiorano.

Un retaggio culturale porta molti nostri concittadini ad esprimere, nella contrapposizione del conflitto, comportamenti non tanto razionali e quasi sempre il desiderio di giustizia è soprattutto la voglia di far pagare alla controparte i presunti torti subiti, sviando i comportamenti rispetto alla realtà del possibile e dell'evidente e affidando in modo fideistico le proprie ragioni - vere o presunte- alla professionalità di soggetti terzi - gli avvocati - e alla decisione di un soggetto autoritativo - il giudice - che con la propria decisione imporrà l'accoglimento o il rigetto delle proprie ragioni.

Quasi sempre però il ricorso alla causa civile si rivela deludente per vari motivi: il costo del giudizio che appare elevato, anche se in realtà non lo è affatto, i tempi della giustizia che sono sempre molto lunghi e, quasi sempre il risultato, che anche quando dà ragione comporta una serie di danni collaterali.

Tali danni sono non solo di carattere economico quali, ad esempio, costi sostenuti non recuperati, costo della rottura di rapporti economici con la controparte, spese accessorie alla causa civile, ma anche di ordine psicologico quali, ad esempio, la tensione emotiva che si manifesta nel tempo della causa, nei rapporti con la controparte e con il giudice, nell'attesa della sentenza e nella successiva decisione di appellarsi o di resistere all'appello di controparte ed, inoltre, problemi di vario genere legati alla continuazione della propria esistenza sia in senso economico che in senso umano.

D'altra parte se è vero che il costo dell'apparato giudiziario in Italia è complessivamente più elevato che in molti paesi europei: tra cui ad esempio la Francia[45], ciò vuole forse anche dire che - a parte una riorganizzazione ed un processo di efficientamento del sistema giudiziario, anche con l'adozione della informatizzazione - un punto importante sul quale bisogna spingere è quello del non intasamento dei tribunali, con vertenze che possono essere risolte attraverso un uso più ampio degli strumenti alternativi di risoluzione di conflitti.

Se tutto questo è vero allora sorge spontanea la necessità di ripensare il conflitto in altri termini, e vederlo come problema da risolvere nel minor tempo possibile ed al costo minore.

Questo ripensamento è certamente in grado di promuovere la pace sociale ed in genere un minor ricorso al sistema di giustizia ordinario, con conseguenti vantaggi per il sistema di ordine economico oltre che sociale.

---

45 Comunicazione Europea : quadro di valutazione UE della giustizia 2016 spesa totale delle amministrazioni pubbliche per i tribunali pg.28– fonte Eurostat

Questa esigenza era già stata espressa dall'ONU attraverso l'UNCITRAL[46] con le "**conciliation rules**" una serie di regole rivolte a tutti gli stati facenti parte dell'ONU, al fine di incentivare ed incoraggiare la conciliazione nelle dispute commerciali e sociali ed ha trovato indicazione specifica con la direttiva U.E. 52/2008 che in Italia ha trovato pieno accoglimento con il d.lgs.4 marzo n. 28/2010 conseguente alla delega ricevuta dal governo con l'art.60 della legge18 giugno 2009 n.69.

La normativa italiana, che ha poi trovato sviluppo con i decreti attuativi, è stata giudicata la più avanzata in Europa ed una volta tanto l'Italia è stata citata come paese che prima di altri la ha adottata introducendo un buona pratica nel sistema giudiziario.

D'altra parte la rapida e vasta adozione dello strumento della mediazione civile e commerciale ha trovato in Italia un motivo in più per essere adottato. L'Italia infatti, come è stato ripetuto in varie occasioni, detiene un primato europeo del numero eccessivo dei processi, secondo gli ultimi dati circa 2.000.000 di cause pendenti in più rispetto a Francia e Spagna, oltre 3.000.000 rispetto alla Germania.[47]

Questo eccezionale numero di cause pendenti è certamente il frutto di un esagerato ricorso al sistema della giustizia civile che, evidentemente, a causa di questo numero eccessivo di arretrati, non riesce a smaltire le cause ordinarie in tempi normali e comporta una eccessiva durata dei processi per la quale sulla base dell'apposita normativa comunitaria l'Italia è stata più volte condannata.

Nelle tabelle di doing business 2016 della Banca Mondiale, riferite ai tempi di risoluzione delle dispute commerciali, l'Italia - sebbene in netto progresso rispetto all'anno precedente - occupa pur sempre il 111° posto su 189 paesi considerati, posizione molto arretrata rispetto a Germania, Francia e Spagna.

Se quindi la cultura della mediazione è espressione di un atteggiamento più maturo rispetto al conflitto, il suo sviluppo può concorrere ad un minore afflusso di cause civili presso i tribunali, con conseguenti ed evidenti vantaggi sui tempi dei processi.

Un punto rilevante che in qualche modo ha favorito il successo della mediazione in Italia è certamente la cosiddetta obbligatorietà del tentativo di mediazione prima dell'accesso al giudizio ordinario.

Se andiamo a vedere lo sviluppo della mediazione dalla data della sua introduzione ad oggi possiamo infatti notare che dal 2011 - tempo di entrata in vigore della obbligatorietà - rispetto ad alcuni temi, la mediazione si è sviluppata in modo esponenziale per tutto il 2011 e fino alla sentenza della Corte Costituzionale del 2012 che ha censurato l'eccesso di delega del d.lgs. 28/2010, riguardo appunto la obbligatorietà, per poi riprendere in misura crescente fino ad oggi, dall'entrata in vigore del decreto del fare (a fine 2013) che ha ripristinato il tentativo obbligatorio di mediazione.
V.tab.2 e 3. Delle statistiche pagg. 41 e ss.

In termini economici è stato poi rilevato che, un numero di mediazioni apparentemente non rilevante, produce un risparmio economico moltiplicato, poiché il costo della causa civile vale X volte il costo della mediazione e poiché il costo della mediazione è pressoché nullo in caso di insuccesso. Se infatti a livello europeo il tasso minimo di successo, perché la procedura generi risparmi di tempo e

46 United Nations Commission on International Trade Law

47 Comunicazione Europea: quadro di valutazione UE della giustizia 2016 numero di contenziosi civili e commerciali pendenti pg.12– fonte Eurostat

denaro in un determinato Paese è del 19% per tagliare sui tempi e del 24% per tagliare i costi, in Italia è sufficiente un tasso rispettivamente del 4% e del 28%.

Anche sulla base di queste considerazioni, uno studio della Confindustria indicava uno 0,8% di punto di pil di incremento per lo smaltimento in mediazione del 10% delle cause civili.[48]

Dobbiamo quindi ritenere sulla base delle argomentazioni espresse che un efficientamento del sistema giustizia anche per effetto della mediazione, potrebbe comportare in Italia un incremento esponenziale del pil.

Dall'esame dei dati statistici emerge che nel periodo da marzo 2011 (entrata in vigore della obbligatorietà), fino ad ottobre 2012 quindi prima del fermo legato alla sentenza della corte costituzionale, il numero delle domande di mediazione su scala nazionale è stato pari a nr. 208.123 e con esclusione dei mesi di agosto a nr. 200.186 con una media mensile rispettivamente pari a nr. 10.954 ed a nr. 11.776.

All'interno di questo lasso temporale il numero medio mensile delle mediazioni nel periodo da marzo 2012 ad ottobre 2012 in cui sono diventate obbligatorie anche le materie relative a responsabilità civile da incidenti stradali e le liti condominiali con esclusione del mese di agosto è stato pari a nr. 17.653.

Nel periodo successivo al ripristino della obbligatorietà per effetto dell'entrata in vigore del decreto del fare il numero delle mediazioni complessive è stato di 295.010 nel 2014 e di 300.455 nel 2015 con una media mensile che, con esclusione dei mesi di agosto, è pari rispettivamente a nr. 26.819 per il 2014 ed a nr. 27.314 nel 2015.

La crescita del dato medio da 11.776 mediazioni nel 2012 a 27.314 nel 2015 è impressionante, ancor di più in considerazione del fatto che la nuova obbligatorietà ha escluso la materia relativa a responsabilità civile da incidenti stradali, che sicuramente rappresenta un numero molto significativo di controversie.

E' interessante, inoltre, notare come il numero delle iscrizioni presso i Tribunali nelle materie oggetto di mediazione sia pari appena all'8% del totale delle iscrizioni e quindi quanto rilevanti siano i margini di miglioramento dal punto di vista quantitativo.

Sotto un profilo qualitativo e con riferimento ai dati più recenti (primo trimestre 2016) è importante rilevare (v.tab.5 delle statistiche pag 40) come la mediazione si concluda con esito positivo nel 43,2% dei casi: quando le parti accettano di sedersi al tavolo di mediazione, mentre appare ancora alto il numero dei rinuncianti alla mediazione (52,6%); tale percentuale però andrebbe riesaminata alla luce di accordi che spesso vengono fatti al di fuori degli organismi dopo l'incardinamento della mediazione, anche allo scopo di non pagare gli onorari di mediazione in caso di successo.

Per quanto riguarda il tasso di successo della mediazione il dato complessivo di appena il 20% non deve trarre in inganno, poiché è un dato che non tiene conto di quanti partecipano solo formalmente alla mediazione al solo scopo di assolvere l'obbligo di legge.

Un dato invece più attendibile è quello che (v. tb.5 delle statistiche pag 40) la mediazione conduce all'accordo nel 43,2% dei casi, quando la parte chiamata in mediazione compare.

Altro dato estremamente interessante è quello che si riferisce alla tipologia di procedimento e rileva che nella mediazione volontaria il tasso di successo è pari addirittura al 62% quando le parti

48 v.ricerca citata Confindistria

accettano di incontrarsi per un accordo mentre tale tasso è pari al 21,4% nella obbligatoria (compresi i primi incontri ai quali i convocati non hanno aderito).

Inoltre dal confronto tra le tipologie di procedure presentate emerge un dato promettente delle procedure incardinate per invito del giudice.

Infine rispetto agli organismi, appare significativo il dato che riguarda gli organismi forensi che presentano il tasso più basso di successo rispetto a tutti gli altri organismi, a dimostrazione che la mediazione non può essere configurata come una nuova procedura giuridica, ma deve essere pensata come possibilità diversa di risoluzione del conflitto.

In conclusione dai dati statistici non appare ultroneo affermare che la mediazione, dalla data della sua introduzione ad oggi, ha manifestato un crescente successo in termini numerici e che laddove si manifesta consapevolezza della utilità dell'esperimento del tentativo di mediazione, lo stesso porta al successo in un gran numero di casi.

Questa consapevolezza non è ancora purtroppo molto diffusa poiché contrastata da una visione processualistica dell'istituto, che tende ad utilizzarlo solo al fine di promuovere la causa civile.

In questo quadro appare fondamentale la formazione dei mediatori e la spinta che importanti organismi, come ad esempio l'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, possono dare alla conoscenza ed allo sviluppo della mediazione.

Pensiamo solo a quale enorme possibilità si apre per la categoria dei commercialisti riguardo ai conflitti di impresa.

Questa riflessione che oggi è di semplice evidenza, è stata alla base della costituzione del CPRC organismo di categoria dell'Ordine di Roma e partiva dalla considerazione che i commercialisti sono per propria natura propensi a risolvere problemi economici, nei vari aspetti nei quali si manifestano e, che per vocazione naturale, tendono quasi sempre a ricercare soluzioni positive ed a volte alternative rispetto al conflitto.

Se inoltre consideriamo che i commercialisti hanno al loro interno la possibilità di esprimere le migliori professionalità del sistema economico nei vari aspetti e nelle varie tipologie di conflitto, il progetto del CPRC ha ritenuto di costituire un centro di mediazione ed un centro di formazione che riguardassero tutti gli aspetti del conflitto ed una mediazione che si potesse avvalere non solo di mediatori formati secondo standard qualitativi elevati, ma anche consulenti esterni in grado di valutare ed indirizzare le mediazioni per la migliore soluzione possibile.

Sulla base di questo progetto di partenza e con le finalità sopraindicate la formazione svolta dall'Ente formativo del CPRC, è stata accuratamente progettata al fine di consentire lo sviluppo del progetto stesso, realizzando una completa sinergia con l'Organismo di mediazione sostenendo costi e reperendo le relative risorse economiche senza gravare sull'Ente di provenienza, ma reggendosi sulle proprie gambe e sviluppando un progetto di categoria.

Con questo operando un servizio utile all'economia ed al mondo delle imprese, ed una possibilità importante per la categoria di sviluppare nuove professionalità per tanti colleghi soprattutto giovani, di supporto alle imprese nella risoluzione dei conflitti sia in via preventiva attraverso una assistenza contrattuale al momento della nascita di un nuovo rapporto economico, sia in via ordinaria nel monitoraggio dei rapporti economici e commerciali, sia ancora in via successiva, nella consulenza all'atto dell'insorgere del conflitto.

Un ultimo punto di riflessione riguarda la riforma della mediazione portata dal decreto del

fare, in cui vi sono alcuni aspetti che non convincono; in particolare già l'iniziale impianto normativo conteneva una contraddizione di fondo. Per chiarire, lo spirito della riforma puntava su motivazioni assolutamente condivisibili, quali la prospettiva di soluzioni alternative nella visione della mediation, di stampo common law, ma coniugava l'evoluzione culturale richiesta con la necessità di dare un contributo alla soluzione dei problemi della giustizia e la obbligatorietà vista come passaggio necessario per accelerare questo processo.

Lo spirito andava nel senso giusto, tuttavia la contraddizione stava nel non considerare attentamente la necessità di una qualità elevata e controllata dei mediatori e degli organismi o meglio di considerarla solo da un punto di vista burocratico dei controlli, legati alle funzioni specifiche del Ministero di Giustizia.

Ma il punto è un altro, se la qualità è necessaria occorre investire e sotto questo profilo si appalesano tutti i limiti dell'impianto normativo. Se, infatti, gli organismi deputati a gestire la mediazione e la formazione possono essere sia pubblici che privati, ci si chiedeva già allora: come gli organismi privati avrebbero potuto reperire le risorse per realizzare e mantenere la qualità, posto che le tariffe per la mediazione imposte per legge non consentivano nemmeno una remunerazione sufficiente delle spese minime necessarie e questo ancor più oggi, con le modifiche normative portate dal decreto del fare e la sostanziale gratuità dell'incontro preliminare e della mediazione obbligatoria.

Per gli organismi pubblici si pone lo stesso problema posto che il maggior onere per garantire una qualità vera e non di facciata ricadrebbe sulla collettività, perlomeno finché la mediazione non sia in grado di consentire lo sviluppo di un volano virtuoso per acquisire risorse dai risparmi ottenibili da un efficientamento dell'apparato giudiziario.

In ogni caso sia gli organismi privati, per un motivo, sia gli organismi pubblici per un altro motivo, non dispongono ad oggi di risorse sufficienti per garantire la qualità né nelle camere di mediazione né nei centri di formazione.

Per questo si ritiene che per avere pieno successo, si dovrebbe o liberalizzare le tariffe, ancorché con particolari agevolazioni sociali, favorendo una soluzione di mercato come ad esempio avviene negli U.S.A., dove è il mercato libero, favorendo gli organismi di qualità e penalizzando invece gli organismi meno efficienti, oppure favorire l'intervento degli organismi pubblici programmando stanziamenti mirati nel tempo per garantire la qualità, con un controllo stringente sugli stessi organismi da parte del Ministero, poiché in tal caso non vi sarebbe la selezione naturale del mercato.

La soluzione ad oggi attuata è spuria perché impone tariffe minime e addirittura la gratuità ma pretende una qualità soggetta a controlli ministeriali.

E come spesso avviene in Italia, alla fine si è trovata una soluzione empirica ed alla buona che ha ammesso nel tempo una miriade di organismi, sia di mediazione che di formazione, senza controlli adeguati, favorendo una specie di cannibalizzazione dell'istituto che si voleva promuovere.

In questa evidente contraddizione ha avuto buon gioco una visione processualistica dell'istituto, che è l'esatto contrario di quello che la riforma si prometteva di ottenere.

Si rischia in tal modo di vanificare il crescente successo della mediazione creando l'ennesimo istituto processuale, che aggraverà ulteriormente i lavori dei tribunali con dispute sulla competenza territoriale e con l'obbligatorietà del patrocinio legale e soprattutto con vantaggi minimi o addirittura nulli sul numero dei processi e sulla durata degli stessi.

In riferimento a quanto sopra, si segnala che è stata istituita dal Guardasigilli, a marzo 2016, una Commissione di studio per l'elaborazione di una riforma organica degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie, presieduta dall'avvocato Guido Alpa, che ha il compito di armonizzare e razionalizzare il quadro normativo in materia e di elaborare una ipotesi di riforma che sviluppi gli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato.

"Nei confronti degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie - ha affermato il Guardasigilli - esiste una certa diffidenza che va battuta con un progressivo sviluppo di una cultura della conciliazione in tutto il Paese: ci sono infatti realtà dove questi strumenti sono utilizzati più intensamente ed altre dove c'è una fortissima diffidenza. Per questo occorre porre in essere da un lato interventi normativi che possano costituire ulteriori tappe in questo percorso di cambiamento culturale e dall'altro pensare a come incentivare e costruire un sistema di maggiori convenienze all'utilizzo delle forme stragiudiziali di risoluzione delle controversie".

La Commissione, che sta lavorando ad una ipotesi di modifica delle norme in vigore (alla data di pubblicazione del presente lavoro) grazie anche al supporto dei contributi della comunità scientifica nazionale e, che ha chiesto una proroga dei termini di presentazione della proposta elaboranda al gennaio 2017, rappresenta una valida opportunità di sfrondare le norme degli elementi che rendono la mediazione civile e commerciale in alcuni casi inefficace (ad esempio per la previsione di un incontro informativo anche quando la materia trattata è condizione di procedibilità o è delegata dal giudice, o è volontaria o derivante da clausola compromissoria, tanto più perché tentativo gratuito e soprattutto in alcune materie, come ad esempio nella materia bancaria finanziaria, dei contratti assicurativi o sanitaria ed in molti altri, meno efficace di quanto potrebbe essere senza i vincoli del primo incontro o della sua gratuità o della assenza fisica delle parti agli incontri, solo per fare qualche esempio.

L'ipotesi ventilata di allargare le materie oggetto di istanza di mediazione, estendendo l'obbligo alle controversie del Tribunale delle imprese e alla contrattualistica, che ben si prestano ad ipotesi di soluzione mediata, per la tipologia e la natura dei rapporti che le contraddistinguono, si ritiene sia particolarmente interessante ed auspicabile, per rilanciare ulteriormente l'istituto della mediazione civile e commerciale.

Si ringraziano tutti i componenti della Commissione.

Allegati allo studio:

Appendice 1) IL COSIDDETTO "INCONTRO PRELIMINARE" di Edoardo Merlino

Appendice 2) LA NUOVA MEDIAZIONE DELEGATA DOPO IL "DECRETO DEL FARE" di Stefania Pieroni

Appendice 3) IL QUADRO INTERNAZIONALE (EUROPA E STATI UNITI) di Edoardo Merlino

APPENDICE 1)

L'INCONTRO PRELIMINARE a cura di Edoardo Merlino

ARTICOLO 8 D.Lgs. 28/2010

……*Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello steso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento*….

L'innovazione portata dalla nuova formulazione dell'art.8 del d.lgs.nr.28/2010, rappresenta una delle più rilevanti tra le novità procedurali della nuova mediazione introdotte dal cosiddetto "decreto del fare". In particolare rilevano in tale articolo le modifiche introdotte al primo comma e l'introduzione del comma 4 bis.

Il primo comma stabilisce il nuovo termine di trenta giorni per la fissazione del primo incontro (in precedenza quindici giorni) e ne indica una valenza particolare prevedendo l'obbligo di assistenza legale e dando a questo incontro una funzione di orientamento preliminare delle parti rispetto alla mediazione, delineando anche le funzioni del mediatore.

L'esame della norma fornisce una prima chiave di lettura della modifica e chiarisce in modo inequivoco l'orientamento del legislatore ed il senso che, con la novella, si è voluto dare al tentativo di conciliazione.

Questo incontro viene infatti configurato come la prima occasione che si offre alle parti per valutare la possibilità di risolvere la controversia attraverso l'istituto della mediazione. Al fine di consentire alle parti di operare questa scelta, il mediatore dovrà chiarire loro "la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione" dovrà cioè illustrare tutti quegli aspetti previsti dalla normativa ed indicati nell'art.1 del d.lgs.nr.28 che recita " a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione della controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

La norma sopra richiamata, infatti, a guardar bene è già chiaramente indicativa della funzione della mediazione e del possibile esito della stessa nonché delle funzioni del mediatore e dell'Organismo.

Se il compito del mediatore nell'incontro preliminare fosse strettamente aderente al contenuto didascalico della norma si potrebbe ritenere la sostanziale inutilità del suo intervento, poiché, tranne aggiungere agli elementi già indicati nella normativa variazioni sul tema offerte dal regolamento e dalla prassi adottate dall'Organismo il suo intervento sarebbe solo una ripetizione di quanto già noto alle parti ed agli avvocati delle parti.

La informazione della funzione della mediazione è, infatti, già presente nell'obbligo di informativa da parte dell'avvocato di cui all'art.4 [49]e la scelta dell'Organismo posta in essere dalla parte che deposita la domanda di mediazione avrà già tenuto conto della competenza territoriale e del criterio di priorità(v.art.4) e, d'altronde, nella informativa data dall'avvocato sarà stata data anche adeguata informazione delle conseguenze della mancata partecipazione nonché degli eventuali vantaggi legati all'esito positivo della mediazione

Se quindi tutto questo è già patrimonio di conoscenza delle parti e dei loro avvocati, quale potrà essere il contenuto dell'intervento del mediatore in questa fase per evitare che lo stesso si riveli come una inutile ripetizione di quanto già noto alle parti?

A questa domanda possono essere date risposte diverse:

-Volendo interpretare letteralmente la funzione del mediatore nell'incontro preliminare e volendo dare un significato alla sua presenza così come indicata nell'articolo 8 primo comma, lo stesso dovrebbe dare una indicazione più specifica della funzione della mediazione, delle modalità di svolgimento della stessa sulla base della normativa vigente e del regolamento dell'Organismo e per quanto attiene alla conclusione, la possibilità o meno di formulazione di una proposta e le relative modalità.

-Se invece si volesse dare alle indicazioni espresse dalla norma un significato più ampio, non sarebbe forse errato ritenere che l'intervento del mediatore potrebbe essere finalizzato non solo e non tanto a dare alle stesse parti informazioni già note, quanto piuttosto a dar loro una informativa su come potrebbe essere svolta la mediazione, una volta scelta questa opzione, in rapporto alla specifica controversia, andando a definirne tutti gli aspetti desunti da uno studio preliminare della controversia e presentando alle parti un programma di mediazione.

Nel primo caso l'incontro preliminare avrebbe in sostanza la funzione di riepilogare le caratteristiche della mediazione e le funzioni del mediatore rafforzando questa informativa e

[49] *All'atto del conferimento dell'incarico,l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17ve 20.L'avvocato indorma altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibiità alla domanda giudiziale.L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto.In caso di violazione degli obblighi du informazione,il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile.Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto inroduttivo dell'eventuale giudizio.Il giudice che verifica la mancata allegazionedel documento,se non provvede ai sensi dell'articolo 5,comma 1 bis,infoma la parte della facoltà di chiedere la mediazione*.

dettagliando i vari aspetti della mediazione sottolineandone le caratteristiche con le previsioni del regolamento e con la prassi generalmente in uso presso l'Organismo e seguite dal mediatore.

In questo caso, tuttavia, la funzione del mediatore verrebbe privata del suo contenuto professionale tipico e riportata ad una funzione puramente tecnica e rafforzativa delle conoscenze e delle informazioni già acquisite precedentemente dalle parti o direttamente o per il tramite dell'avvocato. La visione ispiratrice della norma si rivelerebbe, in tal modo, poco utile alle parti ed ai loro avvocati poiché non in grado di generare opzioni diverse da quelle che le stesse hanno già avuto modo di conoscere e di esaminare in precedenza ed appare anche difficile ipotizzare che il mediatore possa convincere le parti a porre in essere un tentativo di mediazione che ha già formato oggetto di valutazione in un momento precedente all'incontro stesso.

Non essendo ancora incardinata la mediazione, il mediatore non avrebbe nemmeno modo di esplicare la sua professionalità né potrebbe utilizzare le tecniche e le competenze apprese nel percorso formativo mentre l'incontro preliminare potrebbe essere visto dalle parti come passaggio obbligato prima della causa civile e quindi poco produttivo se non addirittura contrastante con l'opzione della mediazione ancorché non oneroso (a parte l'onorario dell'avvocato).

Più convincente appare la seconda soluzione poiché in tal caso il mediatore avrebbe la effettiva possibilità di far valere la propria professionalità dando una indicazione di come ritiene di affrontare quella mediazione e proponendo in sostanza alle parti non il generico rito della mediazione bensì un percorso mirato di quella mediazione con tutte le possibili variabili sul tappeto (ad esempio la nomina di un consulente tecnico). Lo svolgimento in comediazione, la possibilità di escludere a priori oppure no la formulazione della proposta oppure di non escluderla ma di stabilire in quale momento la stessa possa essere presentata (ad esempio dopo le sessioni separate).

Se questa è la lettura corretta da dare alla norma, la funzione del mediatore e quella dell'organismo ne uscirebbero ulteriormente rafforzate, poiché, in tal caso questo incontro potrebbe disvelarsi come occasione fondamentale forse unica ed irripetibile per stabilire un contatto diretto con le parti e per creare un rapporto di empatia e di fiducia prodromico alla decisione di svolgere la mediazione.

La norma prevede infatti che le parti debbano in tale incontro "partecipare con l'assistenza dell'avvocato" formulazione che sembra escludere una partecipazione dei soli avvocati muniti di mandato e quindi imporre la presenza diretta delle parti.[50]

[50] Sarà comunque opportuno prevedere nei regolamenti la obbligatorietà della presenza personale delle parti al fine di superare esasperanti disquisizioni di diritto sulla funzione di assistenza e di rappresentanza degli avvocati

Si tratterebbe allora di stabilire un clima di fiducia e di concretezza convincendo le parti a tentare la mediazione, laddove è possibile, dando un senso di operosità concreta per ricercare una effettiva soluzione della controversia.

Un aspetto di particolare rilevanza dell'incontro preliminare è poi quello legato alla mancata partecipazione senza giustificato motivo "*Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art.118, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'art.5 non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per ol giudizio.*"

La norma è mutuata dalla precedente disposizione dell'art.8 resa non operativa a causa della nota sentenza della Corte Costituzionale.

Occorre qui rilevare che la norma si inquadrava, in precedenza, nella mediazione incardinata per effetto della presentazione della domanda di mediazione mentre la disposizione attuale riguarda la partecipazione all'incontro preliminare quando la mediazione non è stata ancora incardinata.

Il fatto di aver previsto conseguenze processuali correlate alla mancata partecipazione all'incontro preliminare, fa ora ritenere che lo stesso si collochi in un'area processuale poiché la manifestazione della volontà, della parte invitata a partecipare all'incontro preliminare, assume rilevanza ancor prima che si sia manifestata l'intenzione di procedere al tentativo di mediazione.

In sostanza mentre nella previgente normativa veniva penalizzato il comportamento della parte chiamata in mediazione che non partecipava alla mediazione, nell'attuale normativa viene penalizzato il comportamento della parte chiamata, in una fase anteriore alla mediazione, nella quale decidere se svolgere o meno il tentativo di mediazione.

Si sposta quindi il momento della eventuale sanzione al momento precedente a quello della mediazione e questo momento viene considerato come momento di informazione dell'istituto della mediazione e valutazione della possibilità di svolgerla attraverso un incontro che, correttamente a nostro avviso, è privo di oneri.

La valutazione del comportamento della parte chiamata, trova allora una sua giustificazione legata non più alla mancata partecipazione ad un tentativo definitorio non voluto, quanto alla partecipazione ad una valutazione rispetto alla sola possibilità di definire la controversia attraverso il tentativo di mediazione.

Da una ricerca effettuata dall'Osservatorio sui Conflitti e sulla Conciliazione nella capitale riportiamo alcuni grafici significativi sulla conoscenza dell'istituto della mediazione e

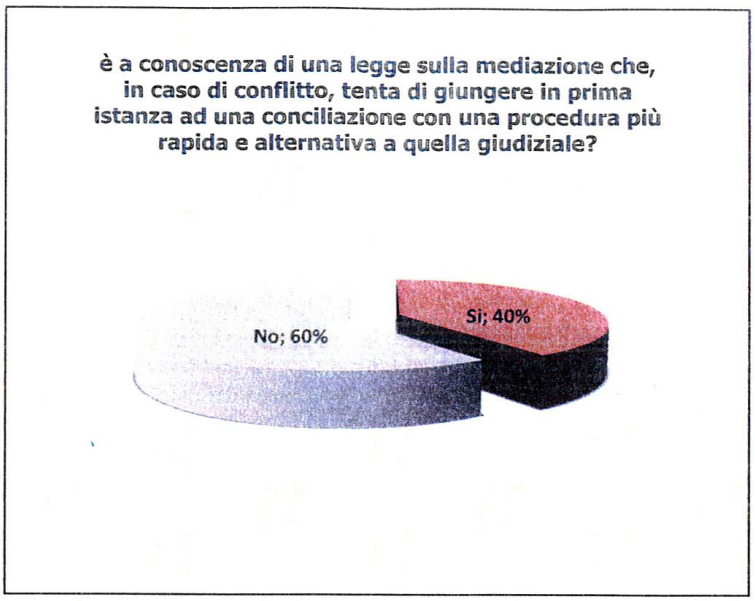
sulla propensione a risolvere i conflitti con tale istituto:

grafico 5

Conoscenza della legge sulla mediazione

Il 40% degli intervistati dichiara di conoscere la legge sull'obbligo di mediazione che impone il tentativo di conciliazione in alcune delle controversie civili e commerciali a pena di improcedibilità della domanda giudiziale. Nella lettura di questa informazione bisogna sempre tener conto che si tratta di un dato filtrato su un campione di cittadini che ha vissuto o sta vivendo esperienze di conflitto.

23[56]



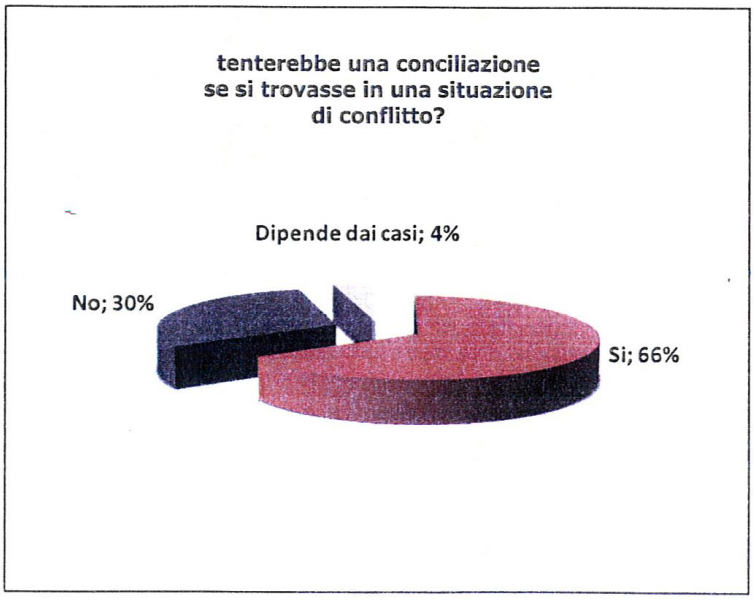


grafico 6

Propensione alla conciliazione

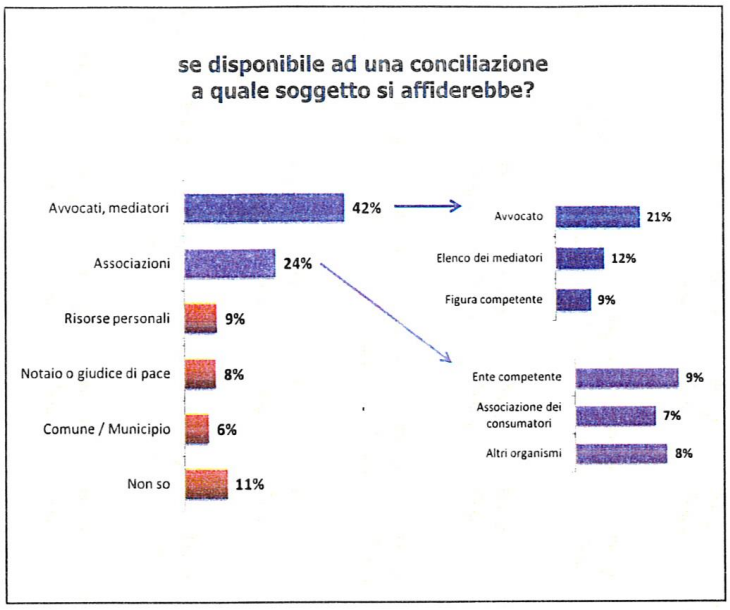
Circa il 70% degli intervistati in caso di conflitto è favorevole al tentativo di mediazione (il 70% è costituito da un 66% di "si" ed un 4% di "dipende dai casi").

[56]24

grafico 7

Soggetti di fiducia

Il 42% dei cittadini intervistati sa che esiste una figura preposta a gestire il procedimento di mediazione e in caso di conflitti si affiderebbe all'"avvocato" (21%), all'"elenco dei mediatori" (9%) o, in generale, a una "figura competente" (9%).



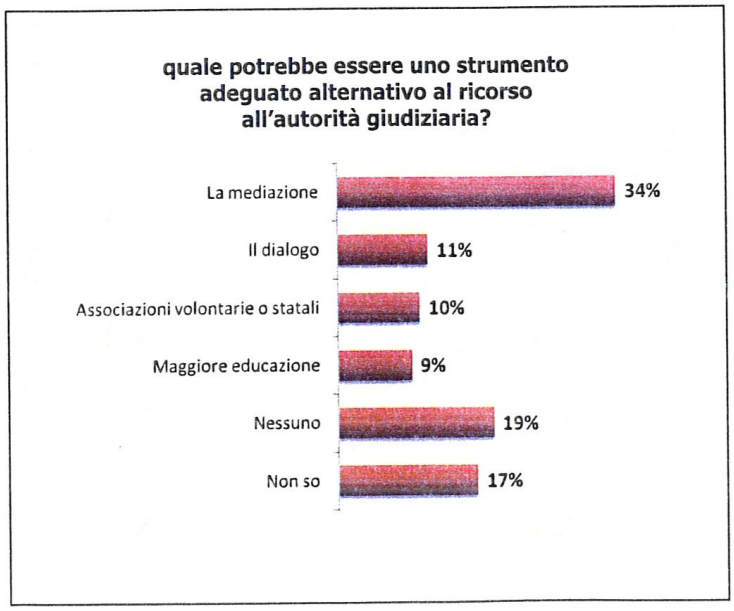


grafico 8

Strumenti altermativi

Tra i possibili strumenti alternativi al ricorso all'autorità giudiziaria vengono menzionati spontaneamente, oltre alla "mediazione" (34%), il "dialogo" (11%) e la "maggiore educazione" (9%), optando nel primo caso per una soluzione di tipo personale e nel secondo caso per una soluzione preventiva, demandata in particolare alla scuola e alla famiglia.

Il grafico 5 della ricerca da evidenza che la maggior parte delle persone intervistate (60%) non conosce la mediazione mentre il grafico 6 dimostra che in caso di controversia una maggioranza del 66% sarebbe favorevole a risolverle in mediazione.

Questo dato rilevato nel 2012 ci fa capire come una informazione distorta naturalmente o interessatamente da parte di chi doveva informare sulla opportunità o sulla necessità di svolgere la mediazione prima di affrontare una causa civile abbia invece portato ad uno scarso incardinamento dei tavoli di mediazione per mancanza della parte chiamata (oltre il 70%).

Ancora il grafico nr.7 ci dà una chiara indicazione che la maggior parte dei soggetti intervistati in caso di mediazione si rivolgerebbe all'avvocato con ciò confermando una visione prevalentemente giuridica dell'istituto mentre nel grafico nr.8 viene riaffermato il concetto che la maggioranza relativa degli intervistati ritiene che la mediazione sia lo strumento più valido per la risoluzione di un conflitto rispetto al ricorso all'autorità giudiziaria.

In sostanza l'analisi dei dati sembra dimostrare che la maggior parte delle persone sarebbe favorevole a risolvere i conflitti in mediazione ma che all'atto pratico non sa esattamente cosa sia e che comunque la ritenga una specie di procedura giudiziaria da affrontare rivolgendosi all'avvocato.

Se questa analisi è corretta emerge in modo chiaro la necessità di dare una informativa ampia e dettagliata nell'incontro preliminare che non sia basata solo sulla funzione della mediazione ma che si completi in modo più coerente con il caso specifico e che in qualche modo possa orientare le parti anche stabilendo quei rapporti di empatia e di lavoro comune così importanti nell'efficace svolgimento della mediazione.

In tale incontro quindi il mediatore potrà individuare ed esporre un percorso possibile della mediazione andando ad identificare sia la struttura della mediazione, sia la concreta possibilità definitoria della stessa, individuando, se del caso, anche soluzioni alternative rispetto alla mediazione classica.

Si potrebbe ad esempio ipotizzare un arbitraggio o una consulenza tecnica oppure la ricerca di una soluzione attraverso una comediazione magari affrontata con professionalità diverse.

Sarà poi anche l'Organismo attraverso la propria organizzazione a dare alle parti quel senso di efficienza creando un clima di fiducia e di affidamento per la riservatezza e la terzietà ed indipendenza affinché la decisione delle parti non sia inquinata da elementi legati alla scarsa organizzazione ed alla mancanza di riservatezza e di indipendenza.

Sarà anche possibile, si ritiene, trasformare l'incontro preliminare in incontro di mediazione qualora già nel corso dello stesso le parti manifestino la volontà di proseguirlo immediatamente. Questo potrà accadere poiché intendendo l'incontro preliminare come una informativa mirata a delineare un percorso di mediazione per la singola controversia inevitabilmente saranno affrontati i temi oggetto della domanda di mediazione ed in tal caso potrebbe rivelarsi utile per le parti proseguire l'incontro trasformandone il contenuto da incontro preliminare ad incontro effettivo di mediazione.

Qualora ciò accadesse, potrebbe essere opportuno concludere la fase preliminare con un verbale nel quale le parti si danno atto di optare per la prosecuzione dell'incontro, dopo aver deciso di tentare lo svolgimento della mediazione.

Al fine di rendere più efficace l'incontro preliminare si potrebbe anche ipotizzare una particolare formazione del mediatore rivolta principalmente ad approfondire le possibilità definitorie della controversia attraverso la mediazione.

Questa necessità, di creare una figura particolare di mediatore, rivolta ad una efficace informazione delle parti e dei loro avvocati nasce dalla considerazione che purtroppo, come già rilevato, la maggior parte delle persone non conosce l'istituto della mediazione oppure ne ha una informativa approssimativa ed a volte basata solo sull'aspetto tecnico di tentativo obbligatorio prima della causa civile ma non ne conosce tutte le potenzialità ed i vantaggi connessi.

Per quanto attiene alla gratuità dell'incontro preliminare la circolare del Ministero di Giustizia ha chiarito che si riferisce esclusivamente alle indennità previste dalla tariffa mentre,come era logico ritenere, sono dovute le spese di avvio e le spese vive dell'organismo purchè regolarmente documentate.

Indubbiamente resta il problema dell'impegno del mediatore che, come già detto sopra, dovrà dispiegare tutta la propria professionalità ed il cui compenso resta interamente a carico dell'Organismo e rappresenta un costo non recuperabile, a tal proposito sarà necessario che gli organismi di mediazione pensino ai loro budget preventivi considerando anche questi costi aggiuntivi.

Ci chiediamo se la norma non avrebbe potuto stabilire un compenso seppur ridotto per questa fase preliminare senza andare ad incidere sui delicati meccanismi proposti per superare le obiezioni di costituzionalità della norma.

Punto di criticità in tale prospettiva è l'obbligo di nomina del difensore che sarà foriero di costi aggiuntivi per le parti in aperta e clamorosa contraddizione della gratuità dell'incontro preliminare.

Per concludere si riporta per tutti l'orientamento, cui si aderisce, sui contenuti concreti della fase di avvio e sul ruolo in essa svolto dal mediatore che tende a valorizzare l'importanza anche sostanziale del primo incontro informativo, espresso **dal Tribunale di Firenze 26.11.2014,** dal quale è scaturita ampia giurisprudenza conforme, si ricordano:

Il rifiuto 'a prescindere' di una parte durante il primo incontro informativo non è svolgimento di mediazione **Trib. di: Lecce - Sentenza del: 06-11-2014**

Mediazioni aventi ad oggetto contratti bancari: la mera partecipazione della banca al primo incontro non è sufficiente a ritenere effettivamente esperito il tentativo di mediazione **Trib. di: Firenze - Sentenza del: 15-10-2015**

Mediazione conclusa negativamente al primo incontro: il giudice ordina la prosecuzione della mediazione ovvero la rinnovazione del procedimento **Trib. di: Civitavecchia - Ordinanza del: 15-01-2016**

La mera partecipazione al primo incontro non è sufficiente a ritenere esperito il tentativo di mediazione T**rib. di: Siracusa - Ordinanza del: 11-04-2016**

Nella mediazione demandata dal giudice l'impossibilità di procedere oltre il primo

incontro implica la sussistenza di concreti impedimenti all'effettivo esperimento della procedura **Trib. di: Roma - Sentenza del: 28-04-2016**

Pronunciandosi sulla necessità della presenza personale delle parti, il Tribunale toscano, rilevata la non felice formulazione della norma, osserva che la possibilità, espressamente prevista, che il primo incontro possa concludersi "senza l'accordo" implica che:

"*il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di 'mancato accordo' se il primo incontro fosse destinato a non ricercare l'accordo tra le parti, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria".*

"*Ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione* – prosegue il Tribunale – *vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione".*

E' dunque necessaria, nella mediazione obbligatoria come in quella delegata, la presenza personale delle parti perché sin dal primo incontro "*Nella mediazione è fondamentale … la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo dei rapporti empatici ed è pertanto indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto. Il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti, e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori (che comunque assistono la parte).*

D'altronde, il principale significato della mediazione è proprio il riconoscimento della capacità delle persone di diventare autrici del percorso di soluzione dei conflitti che le attraversano e la restituzione della parola alle parti per una nuova centratura della giustizia, rispetto ad una cultura che le considera 'poco capaci' e, magari a fini protettivi, le pone ai margini".

Il primo incontro, quindi, come occasione nella quale il mediatore (soprattutto se delegato dal giudice) deve innanzitutto mettere le parti al centro del gioco, facendone emergere in primis "*i bisogni, gli interessi, i sentimenti"*.

APPENDICE 2)

LA NUOVA MEDIAZIONE DELEGATA DOPO IL "DECRETO DEL FARE" a cura di Stefania Pieroni

Premessa: quadro normativo di riferimento

Al Decreto Legislativo del 4 marzo 2010 n. 28, che ha disciplinato compiutamente l'istituto della **mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali**, sono state **apportate modifiche** dalla **Legge del 9 agosto 2013 n. 98** (di conversione del c.d. "decreto del fare" del 21/06/2013 n. 69) pubblicata nella G.U. del 20 agosto 2013 n.194 - Suppl. Ordinario n. 63, e più esattamente dalle norme del Capo VIII denominato: Misure in materia di mediazione civile e commerciale, artt. 84 e seg..

Le modifiche introdotte hanno riguardato anche le norme che disciplinano l'istituto della "mediazione delegata" dal giudice, argomento oggetto di questa trattazione, ovvero la previsione che stabilisce che la procedura di mediazione sia attivata su impulso dell'organo giurisdizionale adito.

La norma che specificatamente regola la mediazione delegata è quella dell'**articolo 5** del D.Lgs. 28/2010 (e successive modifiche**)** intitolato: **"Condizione di procedibilita' e rapporti con il processo";** il quale, al **comma 2** prevede, infatti, che: "*fermo quanto previsto dal comma 1bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, **il giudice**, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può **disporre** l'esperimento del procedimento di mediazione, in tal caso l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.*

Per chiarezza espositiva e sistemica si ricorda che, al comma 1 bis dell'articolo 5, è disciplinata la condizione di procedibilità della domanda giudiziale, quella che viene nell'uso comune definita "mediazione obbligatoria" secondo il quale: ***chi intende esercitare in giudizio un'azione*** *relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari,* ***e' tenuto****, assistito dall'avvocato,* ***preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione*** *ai sensi del presente decreto. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.*

Stabilisce il comma 2 bis che: *quando l'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilita' della domanda giudiziale* - quindi sia per disposizione del giudice, ovvero mediazione delegata, sia per materia ricompresa nel comma 1 bis, ovvero mediazione obbligatoria - *la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo.*

Al successivo comma 5 (art. 5) la norma prevede che*: Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4 (*rispettivamente provvedimenti urgenti cautelari e trascrizione, nonché procedimenti nei quali non trovano applicazione i commi 1 bis e 2*), se il* ***contratto****, lo* ***statuto*** *ovvero l'****atto costitutivo*** *dell'ente prevedono una* ***clausola di mediazione o conciliazione*** *e il tentativo non risulta esperito,* ***il giudice o l'arbitro****, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa****, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione*** *e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi.* Rileva in questo caso un comportamento omissivo delle parti, di dare seguito ad una regola già concordata nella clausola compromissoria, ed una decisione del giudice o dell'arbitro di assegnazione di un termine per adempiere.

1. Disamina della normativa in vigore

Quanto precede quale quadro normativo di riferimento, attualmente in vigore, dell'istituto della mediazione delegata; esaminiamone di seguito e nel dettaglio i contenuti e le modifiche introdotte dalla nuova normativa del decreto del fare.

Come sappiamo, l'attivazione del procedimento di mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale che verta su diritti disponibili, secondo le disposizioni del d.lgs. 28/2010, può avere impulso ed essere avviato sulla base di diverse modalità o fattispecie: **a)** può derivare sempre dalla libera e volontaria determinazione della o delle parti che richiedono ad un terzo imparziale di svolgere l'attività, comunque denominata, finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, che li vede coinvolti; **b)** può derivare dall'applicazione di una clausola contrattuale o statutaria o compromissoria, che ex ante disciplinava la regolamentazione dell'eventuale controversia, poi effettivamente insorta; **c)** può derivare da un obbligo imposto per legge come nella condizione di procedibilità ex art. 5 comma 1 bis, se si tratta di una delle materie espressamente ivi elencate; **d)** può derivare da un provvedimento del giudice adito.

Quello della mediazione delegata o, come molti studiosi preferiscono, demandata dal giudice, quindi, è il procedimento che in corso di giudizio, anche nel grado successivo al primo o giudizio di appello, viene **disposto** con un provvedimento dello stesso giudice che ne ha valutato la **natura della causa**, lo **stato dell'istruzione** e il **comportamento delle parti**.

Occorre evidenziare che prima delle modifiche apportate con la legge 98/2013, la mediazione delegata si poteva attivare su "**invito"** del giudice a procedere alla mediazione – era prevista quindi una mera facoltà del giudice di proporre alle parti il tentativo di una soluzione amichevole della controversia - ed inoltre se a questo invito le parti aderivano, il giudice fissava la successiva udienza del giudizio, dopo il termine previsto per l'espletamento del tentativo di mediazione stesso, anche in questo caso era necessaria la ferma convinzione delle parti che fosse utile procedere al tentativo di mediazione, ed in ogni caso occorreva una manifestazione espressa della loro volontà.

Nella normativa in vigore dopo la conversione del decreto del fare con la legge 98/2013, l'invito si è trasformato nella possibilità per il giudice di "**disporre"** l'esperimento del tentativo di mediazione in seguito alla valutazione dei parametri già ricordati che esamineremo in appresso.

Non appare ultroneo sottolineare che maggiore forza e nuovo valore assume la **mediazione delegata** per la previsione del **novellato comma 2 dell'articolo 5**, secondo il quale nel caso in cui il giudice disponga l'esperimento del procedimento di mediazione, quest'ultimo è **condizione di procedibilità della domanda giudiziale**, ricordiamo anche in sede di appello. In sostanza c'è nelle norme attuali un ampliamento ed un rafforzamento delle disposizioni che prevedono il tentativo di mediazione - seppur nella forma di un primo incontro nel quale le parti assumono la decisione di iniziare la procedura di mediazione - quale condizione di procedibilità del giudizio, rendendo la **mediazione delegata** dal giudice **una delle fattispecie di mediazione obbligatoria**.

Esaminando ora i parametri di valutazione a disposizione del giudice per disporre il rinvio al procedimento di mediazione, cioè: la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti; possiamo affermare che la **natura della causa** attiene all'indagine già volta a stabilire l'ammissibilità del ricorso, il giudice competente, il tipo di procedimento di cognizione di esecuzione o cautelare ed il rito applicabile; deve trattarsi quindi di diritti disponibili in materie rientranti in diritto civile o commerciale, come dettato dal D. Lgs. 28/2010. Non possono ad esempio essere configurati tali i diritti della personalità costituzionalmente garantiti che, in quanto tali, riguardano la sfera strettamente personale e quindi non sono trasmissibili.

Lo **stato dell'istruzione**, è il momento processuale o termine ultimo, da cui non si può più promuovere la l'esperimento del tentativo di mediazione, coincidente con la fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni ex art. 189 cpc o l'udienza di discussione della causa; l'istruttoria del giudizio può essere, quindi, già stata espletata e/o essere già esaurita a seconda che ad esempio si tratti di rito sommario o non sommario.

Ai fini del rito sommario, ad esempio, la distinzione tra le cause non si basa tra cause oggettivamente complesse e cause semplici, ma tra cause in cui l'istruttoria può essere complessa e/o lunga ed altre cause in cui l'istruttoria può essere condotta con più semplicità e maggior rapidità. La differenza tra le due tipologie può dipendere dalla natura della lite, per la quale non sono necessari accertamenti in punto di fatto, o sono richiesti in misura limitata ovvero, spesso, dalle posizioni assunte dalle parti, in riferimento alla quantità e la qualità di domande ed eccezioni, che

integrano il "petitum" e di conseguenza la necessaria integrazione di istruttoria attraverso le contestazioni o meno dei fatti allegati dalla controparte.

Poiché nel giudizio civile opera il principio di disponibilità della prova, è attraverso le difese delle parti che si può accrescere o diminuire il carico istruttorio della causa, cosicché anche una causa teoricamente complessa - quale può essere una causa di responsabilità professionale o un'azione revocatoria - può essere decisa senza fare luogo ad un'istruttoria lunga e "formale".

Il **comportamento delle parti** è il terzo parametro di valutazione della formulazione dell'invio in mediazione. Questo parametro deve essere interpretato come atteggiamento di propensione della parte o delle parti all'eventuale soluzione bonaria della controversia, anche in considerazione del rispetto del principio di economia processuale: non dovrebbe essere necessario preliminarmente prevedere che vengano assunte le prove orali, che possono richiedere anche molto tempo, quando il Giudice ha ipotizzato e verificato l'astratta percorribilità di un accordo conciliativo.

Da quanto sopra, dunque, emerge che la norma del comma 2 dell'articolo 5 è applicabile a tutte le controversie e non solo a quelle oggetto di mediazione obbligatoria per materia, di cui al comma 1bis dell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010, che disciplina una condizione di procedibilità *ad hoc;* questa impostazione si basa, come afferma il Tribunale di Prato: "non solo alla luce di un principio di economia processuale, ma è anche maggiormente compatibile con il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 della Costituzione".

Si vedano a supporto le seguenti ordinanze:

Il Tribunale di Verona, con l'ordinanza 18 gennaio 2012, ha desunto la sussistenza della volontà di conciliare dal contegno processuale delle parti in causa, dove l'una ha richiesto espressamente l'avvio della mediazione e l'altra non ha sollevato obiezioni di sorta a tale eventualità.

Il Tribunale di Termini Imerese, con l'ordinanza 09 maggio 2012, ha affermato che "non costituisce giustificato motivo della mancata partecipazione al tentativo di mediazione l'assunta inutilità dello stesso per essere espletato dopo la proposizione del giudizio, né la permanenza di una situazione di litigiosità.

Il Tribunale di Prato, con l'ordinanza 16 gennaio 2012, in considerazione della ricorrenza dei presupposti di cui sopra, nella fattispecie concreta, invita le parti a procedere alla mediazione, rinvia all'udienza del 31 gennaio 2012 per l'eventuale adesione delle parti all'invito a procedere alla mediazione e rimette all'esito della verifica dell'intento delle parti di aderire all'invito a procedere alla mediazione, la decisione sui mezzi istruttori.

2. Prima del "decreto del fare" che ha reintrodotto la condizione di procedibilità.

Premesso che con l'emanazione del decreto legislativo 28 del 2010, il legislatore italiano ha inteso introdurre nell'ordinamento, sistematizzandone le norme, uno strumento, tra i più tipici di

quelli che rientrano nei cosiddetti ADR (Alternative Dispute Resolution): la mediazione, fin dai lavori propedeutici alla sua adozione che si trovano agli atti parlamentari, riferendoci alla legge delega del 2009, si legge:

" Gli interventi sul processo civile contenuti nella legge 69/2009 perseguono la duplice finalità, da un lato, di semplificare e ridurre i tempi dei giudizi civili; dall'altro, di disincentivare lo stesso ricorso alla giustizia civile, attraverso la previsione di modelli extragiudiziali di composizione delle liti".

Per adempiere a queste finalità deflattive del carico giudiziario dei Tribunali italiani, secondo il decreto 28/2010, poi adottato dal Governo, fu anche previsto il tentativo di mediazione a carattere obbligatorio, quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, in relazione ad alcune determinate categorie di controversie (articolo 5, comma 1 ante novella decreto del fare), sulla base ai seguenti criteri:

- *"rapporti destinati a prolungarsi nel tempo o in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, gruppo sociale o area territoriale, per i quali appaiono preferibili soluzioni extragiudiziali che meglio consentono la prosecuzione del rapporto (condominio, locazione, comodato, affitto di azienda, diritti reali, divisione, successioni, patto di famiglia);*
- *rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali appare più fertile il terreno della composizione giudiziale (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa);*
- *tipologie contrattuali che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti, conoscono una diffusione di massa (contratti assicurativi, bancari e finanziari)".*

Tale previsione è stata dichiarata incostituzionale, per eccesso di delega, ed eliminata dalla sentenza della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272, in quanto la legge delega è nata con un evidente richiamo al previgente modello della conciliazione societaria su base facoltativa. Tale circostanza ha avvalorato, secondo alcuni, l'ipotesi che il legislatore delegante aveva in mente anche per la mediazione civile un analogo carattere facoltativo. Inoltre - si legge nella sentenza - l'art. 60 della legge delega n. 60/2009, nel prevedere per gli avvocati l'obbligo di informare i propri clienti in merito alla mediazione, parla di *"…..informare l'assistito della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione …"* e non di obbligo di avvalersi dell'istituto della mediazione.

Questa premessa per cercare di comprendere come è stata vissuta nel periodo della validità della norma (marzo 2011-dicembre 2012) la condizione di procedibilità, prevista per alcune materie specificamente elencate dall'articolo 5 (e attualmente reinserita, sostanziandosi nell'obbligo di presenziare ad un *primo incontro* informativo sulla procedura di mediazione, per poi eventualmente - anche contestualmente - iniziarne il percorso) e per estensione quale il carattere fondante, lo scopo della introduzione e l'obiettivo da raggiungere della previsione, nella norma ad oggi in vigore, della condizione di procedibilità, nel caso il rinvio in mediazione sia disposto dal giudice in corso di giudizio.

3. **Contributo - tesi: la mediazione delegata quale impulso ai sistemi di ADR, svincolata dalla funzione deflattiva dell'arretrato nei tribunali, tratto da interventi istituzionali**

Esaminiamo, al fine che ci siamo proposti, il pensiero e l'esperienza di rappresentanti delle istituzioni, magistrati, studiosi ed esperti che hanno attuato e promosso, in Italia e all'estero, la mediazione quale strumento di *alternative dispute resolution.*

- ✓ Dall'**intervento del Ministro della Giustizia Paola Severino** al plenum del Consiglio Superiore della Magistratura, del 9 maggio 2012:

"Nel quadro del recupero dell'efficienza nel settore civile, particolare attenzione viene dedicata all'istituto della mediazione civile obbligatoria. Nel periodo compreso tra il 21/3/2011 ed il 31/3/2012 gli affari iscritti presso gli organismi di mediazione abilitati risultano pari a 91.690, tenendo conto comunque che il flusso è destinato a crescere sensibilmente, dal momento che le materie del risarcimento da circolazione stradale e quella delle liti di condominio sono state inserite solo dal 21/3/2012.

Per i tentativi di mediazione cui ha aderito la controparte, il risultato è particolarmente confortante, dal momento che almeno nella metà dei casi si giunge all'accordo. Si tratta tuttavia di un dato relativo in quanto, per altro verso, i due terzi dei tentativi di mediazione non vedono purtroppo la partecipazione della controparte, cosicché lo strumento realizza i suoi effetti per il solo 35% degli affari previsti.

***Pertanto**, può dirsi che se vi è partecipazione al tentativo di mediazione, la sua percentuale di riuscita è alta; quindi, **quanto più si sensibilizzerà l'adesione al meccanismo della mediazione**, **tanto più si accrescerà l'effetto deflattivo** sui carichi di lavoro della giustizia civile. **In quest'ottica, è di fondamentale importanza il ruolo del giudice, nella possibilità di delegare l'accesso alla mediazione anche nelle materie non previste come obbligatorie**, nelle quali uno degli effetti favorevoli per le parti è indubbiamente il risparmio delle spese processuali. Purtroppo si constata che la mediazione delegata si colloca a livelli bassissimi, nella misura del solo 3% di quella complessiva.*

***Appare quindi necessario sensibilizzare i magistrati del settore civile alla pratica della mediazione, sia attraverso specifiche azioni formative e sia valorizzando, a livello professionale, la definizione della controversia con strumenti alternativi alla tipica decisione giudiziaria"**.*

Da questo intervento effettuato prima della decisione della Corte Costituzionale, quindi non influenzato dal provvedimento della stessa, emerge con forza l'auspicio all'utilizzo della norma che consentiva l'invito, oggi disposizione, dell'esperimento del tentativo di mediazione, oggi nella formula del "primo incontro".

- ✓ Nell'ambito del Programma Specifico "GIUSTIZIA CIVILE" 2007-2013 finanziato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, si è svolto a Roma, 3 febbraio 2012, presso la CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE il convegno Il giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione prima e dopo la Direttiva europea: IL RUOLO DEL MAGISTRATO NELLA MEDIAZIONE IN ITALIA; ha introdotto i lavori l'allora Presidente della Corte di Appello di Roma **Giorgio Santacroce** (**attuale Primo Presidente della Corte di Cassazione**) secondo il quale, tra le altre cose e a proposito della mediazione delegata espone nei seguenti termini il suo pensiero:

*"La previsione di un sistema generale di composizione delle liti rappresenta per l'Italia una **novitá di portata rivoluzionaria nell'amministrazione della giustizia civile**, avendo il d.lgs. n. 28 del 2010 esteso a una vasta gamma di controversie l'ambito di operativitá della giustizia alternativa che era oggetto in precedenza di discipline settoriali e lacunose, anche se per due materie (che sono poi quelle connotate da maggiore conflittualitá: il condominio e il risarcimento dei danni da incidenti stradali), l'entrata in vigore, fissata in origine al 21 marzo 2011, é stata fatta slittare di un anno, al 21 marzo 2012.*

***Ad onta dei dubbi e delle incertezze sollevate dalla rimessione al giudizio della Corte Costituzionale dell'obbligatorietá del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilitá** per la presentazione della domanda giudiziale e dell'affidamento ad enti pubblici e privati della costituzione di organismi di conciliazione, le nuove norme che costituiscono il "cuore" del d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010 e del Decreto Ministeriale n. 180 del 18 ottobre 2010 che ne detta la disciplina di dettaglio **hanno il sapore di una rivoluzione di autentica qualità etica**.*

*Perché **la mediazione**, come metodo negoziale di composizione delle controversie, **non va vista solo e prevalentemente come** uno strumento di commodus discessus dalla Giustizia civile statale, cioè come **un innegabile mezzo deflattivo** atto a decongestionare il carico di lavoro dei giudici professionali, **ma rappresenta anche uno strumento di accesso alla giustizia**, in quanto **espressione tangibile di "quel movimento mondiale per rendere i diritti effettivi", che é stato alla base del grande progetto di Access to justice di matrice nordamericana promosso da Mauro Cappelletti alla fine degli anni settanta e ripreso più recentemente del professor Varano**.*

*La flessibilità dello strumento, favorendo la composizione delle controversie in modo semplice, rapido e informale, svolge una **funzione di rete di contenimento rispetto all'abuso del processo, ma opera anche di sponda per ampliare l'accesso a soluzioni del conflitto che dispongano di plurime vie d'uscita, non limitate all'arbitrato o all'innesco dei procedimenti giudiziari, consentendo alla mediazione di dimensionarsi rispetto a contrasti che la logica del processo potrebbe non riuscire a***

mettere completamente a fuoco.

La stessa Commissione Europea non ha mancato di rilevare come i programmi di Alternative Dispute Resolutions sono nati "per creare una forma di pacificazione sociale su base più consensuale e appropriata di un ricorso al giudice", spingendo le parti verso una soluzione amichevole e bonaria, per cui ***sembra estremamente riduttivo confinare le forti potenzialità di sviluppo sociale della mediazione al mero sfoltimento dei processi civili, oppure fare i conti sul numero di liti che alleggeriranno i nostri tribunali, senza dare evidenza alla portata avanguardista della novità introdotta.*** *Anche se forse è la meno valorizzata,* ***la pacificazione è sicuramente la più importante funzione che la mediazione è chiamata ad assolvere dal punto di vista antropologico e culturale, perché essa guarda fondamentalmente avanti e agisce sul rapporto complessivo tra le parti, puntando a far scoprire, attraverso un accordo, le virtù del consenso e della negoziazione paritaria***.

La novità della mediazione delegata però sta proprio in questo ***potere persuasivo del giudice****, il quale, senza scoprire troppo le carte e senza quindi anticipare soluzioni,* ***può svolgere, con l'ausilio degli avvocati, un'efficace opera di valorizzazione del nuovo strumento della mediazione, illustrando i vantaggi che comporta****: dalla* ***flessibilità*** *che permette di ricercare una pluralità di soluzioni conciliative, anche discostandosi dall'oggetto della lite, alla* ***riservatezza*** *in ordine alle dichiarazioni e alle informazioni comunque acquisite (art. 9), ivi compresa la possibilità di sentire le parti separatamente.*

Esplicita sul punto è la relazione illustrativa secondo cui "il mediatore non è, come il giudice, vincolato strettamente al principio della domanda e può trovare soluzioni della controversia che guardano al complessivo rapporto tra le parti", aggiungendo che "il mediatore non si limita a regolare questioni passate, guardando piuttosto a una ridefinizione della relazione intersoggettiva in prospettiva futura"".

Anche in questo autorevolissimo intervento, si respira il convincimento che lo strumento della mediazione debba essere utilizzato con sempre maggior frequenza, non solo su base volontaria o per disposizione di legge ma anche in virtù della valutazione che ne fa il giudice quanto alla natura della causa, allo stato dell'istruzione e al comportamento delle parti.

- ✓ **Lo stesso allora Presidente Giorgio Santacroce**, in qualità di Primo Presidente della Corte Cassazione ha effettuato ulteriori considerazioni nella relazione svolta al convegno "L'arbitrato: un'altra strada" organizzato dalla Corte Arbitrale Europea presso la Corte d'Appello di Roma il 6 maggio 2013, che cita in un passaggio anche la Commissione dei Saggi istituita dal Presidente Giorgio Napolitano nella primavera del 2013:

"Lo snodo di collegamento tra giustizia ed economia passa dalla manutenzione del processo civile. Ciò emerge a chiare lettere, tanto per citare un recente dato normativo, dall'art. 54 del decreto c.d. sviluppo del 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge n. 134 del 2012, che apre il capo VII, contenente "ulteriori misure per la giustizia civile", rendendo evidente che certe iniziative (come la previsione di un filtro di ammissibilità dell'appello civile) sono, nelle intenzioni del

legislatore, funzionali al raggiungimento di un obiettivo di politica economica, che è quello di farne delle "misure urgenti per la crescita del Paese".

Purtroppo esiste una vistosa sproporzione del numero delle cause civili in entrata rispetto alla capacità di smaltirle, sia per la sopravvenienza di sempre nuove tutele (si pensi alle materie dell'antitrust e delle class action, al riconoscimento e alla revoca dello status di rifugiato politico, ai nuovi risvolti del diritto di famiglia, come l'affido condiviso, l'amministrazione di sostegno, l'equiparazione dei figli di persone non sposate ai figli nati in costanza di matrimonio, ecc.), sia per un incremento progressivo e inarrestabile della domanda di giustizia. Nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, non si manca di evidenziare che ormai spetta sempre più ai giudici – senza che per questo si debba accusarli di indebite invasioni di campo o di esercitare un'illegittima supplenza legislativa – "risolvere le più gravi e difficili questioni di diritto civile poste dal cambiamento dei costumi, dalla scienza e dalla tecnica" (come i temi "eticamente sensibili" e quelli che rientrano più in generale nella bioetica). Questo – si spiega – non è l'effetto di distrazioni o ritardi del legislatore, ma del fatto che la vita propone ormai una molteplicità di situazioni sempre nuove e sempre variabili, che nessuna legge può cogliere e disciplinare nella loro singolarità, in un inseguimento continuo e irraggiungibile.

Di qui la necessità di una drastica limitazione del ricorso al giudice, riducendo il flusso delle controversie in entrata e contrastando la convinzione tutta italiana che rivolgersi al giudice statale sia l'unico rimedio a disposizione del cittadino per ottenere il riconoscimento e l'affermazione dei propri diritti. All'estero funzionano da tempo istituti come l'arbitrato e la mediazione, che da noi hanno rivestito invece sempre un ruolo di carattere sussidiario e subalterno.

La realtà giudiziaria ha dimostrato da tempo l'infondatezza della tesi dell'esclusività giurisdizionale e dello stesso postulato del monopolio statale del diritto e della giurisdizione per cui "il giudice e soltanto il giudice possa dichiarare il diritto nei rapporti tra i privati".

Ha scritto Carmine Punzi - ordinario di diritto processuale civile all'Università di Roma La Sapienza - *che, se appare essenziale al nascere dello Stato il monopolio della forza nell'attuazione coattiva dei diritti e se può apparire essenziale il monopolio legislativo, non altrettanto essenziale è l'affermazione del monopolio della composizione delle controversie e in particolare del potere di risolverle e deciderle mediante lo jus dicere. La realizzazione dell'ordinamento giuridico in relazione ai singoli concreti episodi della vita può infatti avvenire non solo con lo spontaneo adeguamento dei consociati, ma anche quando le parti, di fronte all'insorgenza di un conflitto, impegnandosi in un'opera di buona volontà, riescano a porre in essere atti tendenti a comporre la lite, escludendo il ricorso alla giurisdizione dello Stato.*

E' in questo contesto che si colloca la categoria degli "equivalenti giurisdizionali" creata da Carnelutti o, se si vuole, dei negozi di composizione o prevenzione di controversie giuridiche e, in epoca più recente, degli strumenti alternativi per la soluzione delle

controversie (noti con l'acronimo ADR: Alternative Dispute Resolutions).

Non a caso nella Relazione Finale del Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali istituita il 30 marzo 2013 dal Presidente Napolitano, nel capitolo V dedicato all'amministrazione della giustizia, tra gli obiettivi da perseguire nel settore della giustizia civile, si indica "l'instaurazione effettiva di sistemi alternativi (non giudiziari) di risoluzione delle controversie, specie di minore entità, anche attraverso la previsione di forme obbligatorie di mediazione (non escluse – si dice – dalla pronuncia costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità della mediazione obbligatoria solo per motivi formali, per carenza di delega, e non per altre ragioni come si paventava). La proposta dei saggi di reintrodurre l'obbligatorietà della mediazione civile e commerciale è stata accolta con favore dall'Unioncamere, che, per bocca del suo vicesegeretario generale, non ha esitato a dichiarare che il sistema camerale è pronto a mettere la propria esperienza a disposizione del Paese affinché il ritorno all'obbligatorietà possa essere solido ed efficace, superando quelle resistenze che in passato l'avevano ostacolata.

Lo stato di impasse della mediazione obbligatoria può far conquistare spazio alla mediazione delegata, su invito del giudice, che è molto diffusa e praticata nei paesi di common law e può facilitare strategicamente la composizione di vertenze che hanno per oggetto materie non coinvolte dall'originaria mediazione obbligatoria.

- ✓ Nell'Aula Magna della Corte di Cassazione, il 26 gennaio 2013, ha avuto luogo la cerimonia di inaugurazione del nuovo anno giudiziario. **Il primo presidente della Suprema Corte, Ernesto Lupo** ha svolto una *Relazione sull'Amministrazione della Giustizia nell'anno 2012*, se ne riportano i punti essenziali in tema di mediazione:

"Gli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione (ADR), pur non potendo essere considerati direttamente come strumenti generali di deflazione del contenzioso, ma costituendo più propriamente forme di risposta a domande di giustizia di particolare natura, possono certamente fornire un contributo alla riduzione dell'accesso alle corti o quanto meno alla riduzione del numero delle decisioni giudiziarie. Nella valutazione di tali strumenti, la CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice)[51] ha individuato tre diverse tipologie di procedimento, la mediazione, la conciliazione e l'arbitrato.

Com'è noto, con sentenza n. 272 del 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, emanato dal Governo in attuazione della delega conferita dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, nella parte in cui, nel disciplinare la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, prevedeva, all'art. 5, comma 1, l'obbligatorietà del ricorso a tale strumento alternativo di definizione delle controversie, condizionando, in numerose tipologie di controversie civili, la procedibilità della domanda giudiziale al preventivo esperimento del procedimento di mediazione.

[51] ndr dal 2012, le A.D.R. sono state selezionate dalla CEPEJ (Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa) come uno degli elementi di valutazione del sistema giudiziario.

Nelle precedenti relazioni sull'amministrazione della giustizia, pur esprimendosi qualche riserva in ordine alla disciplina specificamente dettata dal decreto legislativo, in particolare con riguardo alla genericità dell'indicazione delle categorie di controversie assoggettate all'obbligo di mediazione, si era formulato un ***giudizio complessivamente positivo*** *in ordine all'istituto in esame, evidenziandosi l'idoneità dello stesso a favorire una riduzione della durata dei processi civili attraverso la rimozione della principale causa di tale fenomeno, comunemente individuata nell'incapacità del nostro sistema giudiziario di far fronte ad una domanda di giustizia in costante crescita.*

La brevità del periodo in cui la normativa ha avuto applicazione nel suo testo originario non ha consentito di verificare appieno la fondatezza di tali auspici, soprattutto con riguardo alle controversie in materia di condominio e risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, per le quali l'obbligo della mediazione è entrato in vigore soltanto il 20 marzo 2012 (a differenza delle controversie in materia di diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, per le quali ha trovato applicazione dal 21 marzo 2011).

Ciò che può dirsi, peraltro, sulla base dei dati statistici forniti dal Ministero della giustizia (DGStat), è che il procedimento in questione ha avuto ampia applicazione non solo nelle controversie, come quelle in materia di diritti reali (19,3% dei casi), locazione (12,7% dei casi), divisione (5,6% dei casi), successioni ereditarie (3,3% dei casi), in cui il raggiungimento di un accordo tra le parti è agevolato dalla natura personale dei rapporti intercorrenti tra le parti e dal carattere non seriale degli interessi coinvolti, ma anche nelle controversie che, come quelle in materia di contratti bancari (9,1% dei casi) e assicurativi (8,3% dei casi), investono prevalentemente rapporti di massa.

L'efficacia deflativa dell'istituto trova poi conferma nella costatazione che, là dove le parti vi hanno fatto ricorso, esso si è rivelato realmente capace di favorire una soluzione conciliativa della controversia, avendo condotto ad una definizione concordata nel 46,4% dei casi in cui entrambe le parti sono comparse.

Positivo sarebbe potuto risultare il giudizio anche in ordine al livello di adesione delle parti alla procedura, in costante incremento (dal 26% al 35,7%) dall'entrata in vigore del decreto legislativo fino al momento in cui l'obbligo della mediazione è divenuto applicabile anche alle controversie in materia di risarcimento dei danni derivanti da circolazione dei veicoli e natanti, se su tale dato non avesse pesato in misura determinante l'atteggiamento di sfiducia, se non addirittura di preconcetta opposizione, manifestato dalle compagnie di assicurazione, le quali si sono astenute sistematicamente dal comparire dinanzi ai mediatori.

Questi rilievi, unitamente alla considerazione che nel 16% dei casi le parti hanno scelto di

percorrere la strada della mediazione senza esservi costrette da alcuna disposizione di legge, dovrebbero indurre a meditare approfonditamente sulla convenienza di abbandonare al proprio destino un istituto la cui disciplina, opportunamente rimodulata alla luce della pronuncia d'illegittimità costituzionale, potrebbe contribuire a fornire una risposta tempestiva ed efficace alle esigenze di tutela nei rapporti tra privati.

In tale prospettiva, pur dovendosi prendere atto che, come ritenuto dal Giudice delle leggi, l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, assunta dal legislatore delegato quale profilo caratterizzante nella disciplina dell'istituto, non trovava adeguato riscontro nei principi e criteri direttivi enunciati dalla legge delega, ispirati invece alla volontarietà dell'iniziativa e all'intento di promuoverne la diffusione mediante la previsione di incentivi di carattere fiscale, non può non osservarsi che la scelta di favorire l'utilizzazione di strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione risponde ad esigenze di deflazione del contenzioso e di miglioramento dell'accesso alla giustizia fatte proprie anche dagli organi dell'Unione europea.

La fine anticipata della legislatura ha impedito l'esame di proposte di modificazione della disciplina della mediazione, idonee a vincere le resistenze culturali nei confronti di modalità innovative di gestione dei conflitti civili, attraverso l'imposizione quanto meno iniziale dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in alcune materie, magari temperata dalla previsione di una procedura meno gravosa nelle liti in cui esso ha minori chances di successo: mi riferisco, in particolare, alla proposta di rendere obbligatorio non il tentativo di conciliazione, ma solo quello di un incontro preliminare con il mediatore, al fine di valutare in concreto l'opportunità di procedere al tentativo, ovvero di porvi termine in quella sede, con costi e tempi decisamente inferiori.

Nell'attesa che il nuovo Parlamento prenda in esame proposte simili ed altre volte a favorire il ricorso alla mediazione, non può che ribadirsi quanto già affermato nelle relazioni sull'amministrazione della giustizia degli scorsi anni, e cioè che ***il successo d'interventi legislativi volti ad apprestare e promuovere l'utilizzazione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie esige un forte coinvolgimento di tutti i potenziali attori del processo****, e quindi non solo delle parti, cui si richiede «una salda fiducia nella possibilità di trovare un accomodamento dinanzi al mediatore», ma anche della classe forense, chiamata a recuperare «la vocazione alla conciliazione delle parti in conflitto, che il nostro ordinamento assegna all'avvocato come fisiologico ruolo funzionale alla piena realizzazione della tutela dei diritti».* ***Neppure va sottovalutata l'importanza dell'iniziativa del giudice, la cui facoltà di invitare le parti a tentare la mediazione, finora sottoutilizzata (2,8% dei casi), potrebbe contribuire a promuoverne la diffusione****, soprattutto se accompagnata da un adeguato monitoraggio degli esiti di tale invito."*

In questo ultimo intervento istituzionale preso in esame, di particolare interesse risulta essere la considerazione che nel breve periodo di sperimentazione fino alla pronuncia della Corte Costituzionale del dicembre 2012, si può esprimere un complessivo giudizio positivo sia in termini assoluti sia in termini relativi quanto a successo dei tentativi esperiti che abbiano visto l'adesione delle parti chiamate in mediazione; inoltre merita attenzione la considerazione che, ad una

obbligatorietà almeno iniziale del tentativo di mediazione, ben si può sostituire un obbligo, disposto per ordine del giudice, c.d. mediazione delegata, di partecipare all'incontro informativo dal quale può scaturire la volontà delle parti di proseguire nella procedura di mediazione stessa; apprezzabile infine che la diffusione della cultura della riappacificazione su base negoziale sotto la guida di un terzo neutrale possa essere promossa dall'iniziativa del giudice, iniziativa finora sottoutilizzata.

- ✓ DALL'AUDIZIONE DEL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA ANNAMARIA CANCELLIERI IN COMMISSIONE GIUSTIZIA SENATO SULLE LINEE PROGRAMMATICHE DEL DICASTERO DEL 20 MAGGIO 2013

L'annosa e grave questione dei tempi dei processi è una emergenza e una priorità della politica che richiede un corale impegno di tutti i soggetti che operano nel processo.

Il ministro, osservando che ''senza dubbio occorre un intervento straordinario anche sul piano delle risorse, e su questo versante profonderò ogni sforzo possibile, compatibilmente con l'attuale e difficile situazione congiunturale'', aggiunge che ''ciascun Tribunale deve dotarsi del programma di smaltimento dell'arretrato, da coordinarsi con la riorganizzazione degli uffici giudiziari''.

Un'ulteriore linea d'azione, ha quindi aggiunto, ''attiene alla revisione della normativa sulla mediazione obbligatoria. Uno strumento che nell'esperienza europea si è dimostrata di grande efficacia sotto il profilo dell'abbattimento del contenzioso civile, con un positivo effetto anche sul piano della composizione dei conflitti tra le parti, per circa la metà dei quali è stato raggiunto l'accordò'.

Il ministro ha infine fornito qualche numero sulla situazione a tutto giugno 2012 sui procedimenti pendenti: quelli civili davanti ai tribunali ammontavano a 3,357 milioni e quelli penali 1,279; in Corte d'Appello erano rispettivamente 439.506 e 239.125. In Cassazione 99.487 procedimenti civili e 28.591 penali.

Per affrontare la strada della riforma della giustizia ''la strada è obbligata: quella di mettere da parte pregiudizi ideologici e visioni monocolori per assumerci tutti insieme la responsabilità'' di rimettere il cittadino al centro del pianeta giustizia''.

- ✓ Dal mondo della dottrina, un illuminante contributo alle funzioni proprie dei sistemi di Alternative Dispute Resolution, ci venne fornito, in occasione del Salone della Giustizia che si svolse a Roma nel 2011, dalla **relazione di Giovanni Maria Flick**, avente come titolo: **"La mediazione civile e commerciale: giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?".**

Nella sua relazione, l'illustre giurista già ministro della Giustizia e presidente della Corte Costituzionale, pone degli interrogativi per sensibilizzare il mondo giuridico/accademico e quello

operante nel campo della mediazione, a sviluppare, attraverso risposte coerenti, un comune senso dell'istituto quale fenomeno sociale oltre che tecnico-giuridico, posto al centro dell'attenzione di tutti i cittadini dalla introduzione effettuata dal d.lgs. n. 28/2010 e dai suoi decreti ministeriali attuativi, fornendocene una testimonianza, basata su tre fondamentali interrogativi, che lo ha portato, a maturare la convinzione che la **mediazione civile e commerciale** debba essere intesa non tanto come una giustizia alternativa, quanto come **un'alternativa alla giustizia**.

Ho scelto di riportare una versione pressoché integrale della relazione de Professor Flick, a motivo del fatto che l'*escursus* logico non né risulti compromesso da omissioni dettate da esigenze di spazio e se ne possa apprezzare la validità, basando l'analisi su concetti che travalicano l'esigenza di ridurre il carico giudiziario dei nostri tribunali.

"Le domande alla ricerca di una risposta, intorno alla mediazione civile e commerciale, sono:

1) Ce ne era veramente bisogno? 2) Si poteva fare? 3) A che serve?

Tra le premesse, prima di rispondere agli interrogativi di cui sopra, deve affermarsi che in primo luogo, di fronte alla domanda di giustizia dei cittadini, lo Stato deve assumere il compito di farsi promotore di ***una soluzione autodeterminata del conflitto****, in quanto essa è comunque nella maggior parte dei casi* ***la migliore soluzione possibile****.*

In secondo luogo, devono essere garantiti e incentivati dei percorsi di fuoriuscita dalla definizione contenziosa del conflitto; è necessario ripensare al valore costituzionale del diritto al processo come diritto all'utilizzazione di un bene la cui fruibilità per tutti i cittadini non è illimitata e quindi non può porsi in contrasto con l'interesse generale.

" Ce ne era veramente bisogno?"

È una domanda che stimola le reazioni ostili degli oppositori, i quali senza indugio suggeriscono una risposta negativa. In fondo, si viveva bene anche prima (anzi, meglio), quando nessuna condizione di procedibilità si imponeva per regola generale alla domanda giudiziale ed il fenomeno conciliativo (noto in ambiti circoscritti) era monopolio del giurista.

Per guardare più obiettivamente allo stato delle cose, occorre invece muovere dall'esperienza comunitaria. Non era e non è vincolante il fatto che in molti altri paesi d'oltralpe (soprattutto nel mondo anglosassone) la mediazione funziona da tempo quale efficiente strumento di soluzione del contenzioso. Il nostro sistema è radicato su strutture molto diverse da quelle anglosassoni, né ha le dimensioni ed i numeri per recepire agilmente i tipici modelli conciliativi nordamericani, consolidatisi sotto ben altra luce.

Non basta guardare all'esperienza degli altri paesi, per ritenere che altrettanto si sarebbe dovuto fare nel nostro. Ciò almeno per due ragioni: sia, perché nel mondo anglosassone l'affermarsi del fenomeno conciliativo è frutto di una cultura molto diversa; sia, perché non è detto che quella

stessa esperienza sia facilmente riproducibile in Italia. Non basta quindi invocare il fatto che in tanti altri paesi la mediazione già funzioni da anni, per ritenere che anche nel nostro fosse necessario (per maturità dei tempi) introdurre una analoga disciplina a carattere generale.

A vincolare verso l'adozione di una regolamentazione generalizzata del fenomeno conciliativo conduce invece l'esperienza europea, con la quale l'Italia non poteva non confrontarsi. Da anni l'ordinamento comunitario vive il problema delle ADR come una "priorità politica". Verso l'esigenza di rivalutare il modello specifico della mediazione conduce il Libro verde predisposto dalla Commissione nel 2002 e volto a disciplinare i "modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale".

Perciò, "ce ne era veramente bisogno?". La risposta che suggerisce il fronte comunitario è senz'altro positiva, dal momento che prima o poi anche l'Italia avrebbe dovuto adeguarsi alle esigenze europee. Se non è questa la legge di recepimento della direttiva 2008/52/CE, un'altra legge di contenuto similare avrebbe dovuto essere approvata entro il 2011; ed oggi (a prescindere dalle specifiche soluzioni di diritto positivo adottate nel d.lgs. n. 28 cit.) ci troveremmo comunque a combattere con una legge omnibus sulla mediazione.

Al medesimo interrogativo ("ce ne era veramente bisogno?") occorre dare risposta anche sotto il profilo dei precedenti di diritto interno. Tante le leggi speciali che conoscevano in passato modelli conciliativi di diverso tipo (obbligatori, facoltativi, condizioni di procedibilità della domanda giudiziale, condizione di proponibilità, conciliazioni amministrate ecc.). Tra tali modelli primeggiava quello del processo del lavoro, per il quale non si era esitato – sul finire degli anni '90 – ad introdurre l'obbligatorietà del tentativo; ma le sue peculiarità non consentono oggi di farne lo schema guida per la migliore lettura del vigente sistema.

Paradossalmente, la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010 conduce verso conclusioni contrarie, assumendo expressis verbis il tentativo obbligatorio di conciliazione di estrazione lavoristica (nella sua versione ante l. n. 183/2010) quale modello di riferimento (soprattutto in punto di obbligatorietà del tentativo). Altri sono invece i modelli che hanno aperto la strada a quello attuale, e rispetto ai quali occorre chiedersi se il transito per una disciplina generale sulla mediazione costituisse un passaggio obbligato. Il riferimento è al sistema camerale conciliativo ed a quello societario, sia l'uno che l'altro in qualche modo qualificabili come "precedenti" dell'istituto vigente.

Il sistema camerale. Da anni l'attività delle camere di commercio riveste un ruolo dominante nell'esperienza conciliativa: non solo perché plurime leggi speciali prevedevano in passato forme di conciliazione stragiudiziale (obbligatorie o facoltative), rinviando alle Commissioni istituite presso le camere di commercio; ma anche perché i dati statistici dimostrano come, laddove al cittadino era lasciata la scelta nel prediligere una via autonoma ovvero proporre le istanze presso le commissioni camerali, l'opzione pendeva a favore di queste ultime. In altri termini, la preferenza per il sistema camerale è stata segnata, in passato, non solo da esplicite scelte del legislatore ordinario (che ha spesso richiamato il modello camerale, piuttosto che crearne di nuovi); ma anche dalla volontà dei

singoli, i quali, posti di fronte all'alternativa, non hanno esitato a privilegiare tale sistema rispetto agli altri pure prospettati ex lege.

La conciliazione societaria. E' questo l'altro esplicito tentativo di promuovere il fenomeno conciliativo, individuandolo (seppure in forma facoltativa) quale modello per tutte le controversie societarie (artt. 39 – 40 d.lgs. n. 5/200321). Trattasi di schema che è confluito per diversi profili nel d.lgs. n. 28/2010; e che perciò ha operato quale modello ispiratore rispetto a quest'ultimo.

Questi i precedenti che hanno anticipato il decreto delegato e quest'ultimo ne è la riproduzione, seppure in una versione generalizzante; sistemi tutti di media-conciliazione "amministrata", in cui la via conciliativa è percorsa tramite appositi organismi che se da un lato aggravano il problema dei costi, dall'altro offrono maggiori garanzie di serietà ed efficienza del servizio.

*Torno all'interrogativo iniziale. "C'era veramente bisogno" di una rivoluzione normativa come quella operata dal d.lgs. n. 28 cit. nel diffondere il fenomeno conciliativo (spesso ponendolo come obbligatorio) ad una vasta gamma di materie? Anche qui la risposta è positiva. Non si parla ovviamente di "necessità"; non si può certo dire che questo tipo di riforme fosse una strada "obbligata" nell'economia generale dell'evoluzione normativa. Si può però parlare di "**opportunità**", essendo ormai maturi i tempi per una riforma capace di generalizzare la mediazione amministrata già conosciuta nell'esperienza camerale non meno che in quella societaria.*

Anche da questo punto di vista, dunque – pure prescindendo dalla tecnica legislativa, dalle modalità con cui è stata data concreta attuazione al programma – era opportuna una nuova disciplina sulla mediazione, la quale, confermando le felici esperienze societaria e camerale, ne portasse a compimento il disegno evolutivo. Essendo ormai maturi i tempi in questa direzione, bene ha fatto il legislatore ad ispirarsi a quei modelli. Ogni diversa soluzione – affidarsi all'indiscriminato proliferare di tante media-conciliazioni nella frammentaria legislazione speciale – avrebbe prodotto fragili risultati.

Riassumendo: "ce ne era veramente bisogno?" Probabilmente si, tenuto conto del nesso di causalità tra precedenti normativi ed attuale disciplina; nesso certamente non spezzato dal fatto che tante e diverse avrebbero potute essere le scelte alternative per corrispondenti risultati.

"Si poteva fare?".

Era possibile pensare ad una riforma in tema di mediazione con scelte di diritto positivo come quelle dettate nel d.lgs. n. 28/2010? Il problema si complica ed invade questioni (che non è mia intenzione esaminare) attinenti alle specifiche soluzioni tecniche privilegiate. Ve ne è però una che non può essere tralasciata neppure in una indagine che opera per principi: quella della conformità a Costituzione della fonte ordinaria. Non voglio anticipare responsi della Consulta circa la costituzionalità della nuova mediazione; si impone però un quadro di sintesi dei problemi attualmente

affiorati, in base alle plurime questioni di costituzionalità tuttora pendenti.

Il tema della conformità a Costituzione dei preesistenti modelli conciliativi (o in generale delle ADR) non è nuovo. In precedenza, la Corte se ne è occupata con riferimento all'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nelle materie (in primis, quella laburistica) in cui esso era contemplato come condizione di procedibilità-proponibilità della domanda giudiziale.

Questo in estrema sintesi l'orientamento piuttosto consolidato. ***Imporre l'obbligatorietà di un rimedio stragiudiziale di soluzione del contenzioso*** *(in specie, nelle forme del tentativo di conciliazione)* ***non contrasta con i principi costituzionali****, a condizione che ciò non impedisca o renda eccessivamente difficoltoso l'accesso alla giustizia. A tal fine, il meccanismo è salvo dai sospetti di illegittimità qualora esso sia imposto come "condizione di procedibilità" della domanda giudiziale, piuttosto che come "condizione di proponibilità"; nonché qualora esso sia in grado di assicurare alla domanda di mediazione i medesimi effetti (sostanziali e processuali) che la domanda di giustizia produce sul diritto controverso. La fase stragiudiziale supera poi il vaglio di costituzionalità qualora si dimostri capace di deflazionare il contenzioso civile, nonché di giungere a conclusione in tempi rapidi.*

Vengo alla mediazione civile e commerciale, sulla quale diversi sono i sospetti di illegittimità e varie le norme costituzionali assunte a parametro. Mi limiterò sul tema a qualche breve riflessione.

Prescindo dai sospetti di eccesso di delega, in quanto attinenti ad un profilo tecnico che non incide sull'opportunità-necessità di una disciplina omnibus sulla mediazione. Seguendo la linea ad oggi segnata dalla Corte costituzionale, escluderei (salvo inversioni di rotta) la fondatezza dei sospetti sull'obbligatorietà della mediazione dell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010, in quanto costruita come "condizione di procedibilità". Non individuo quindi alcun contrasto con l'art. 24 cost.,essendo l'accesso alla via giudiziale non già irreversibilmente pregiudicato, bensì al limite solo ritardato (in misura "ragionevole").

Si può parlare invece dell'incostituzionalità delle disposizioni di legge ordinaria che affrancano il ruolo del mediatore dalle professionalità tecnico giuridiche (art. 16 d.lgs. cit.)? e di quelle che collocano l'avvocato in ombra nel procedimento conciliativo, non imponendo la sua assistenza come obbligatoria? Scelte di diritto positivo di cui non mi voglio occupare specificamente e che invece nell'opinione pubblica rivestono una posizione centrale, tanto che su di esse è già stata a più riprese investita la Corte costituzionale.

Anche sul punto, poche brevi osservazioni. ***La mediazione non è un processo, il mediatore non decide una causa, ma gestisce un conflitto; l'oggetto della mediazione non sono diritti, ma interessi****. Dietro questi slogans che fanno notizia oggi, ma che in tanti altri paesi costituiscono una realtà consapevole e consolidata, si nascondono i profondi distinguo tra mediazione e giudizio, tra soluzione autonoma e soluzione eteronoma della lite.*

La migliore comprensione di queste differenze è la risposta ai quesiti di cui sopra. Il mediatore può ben essere un soggetto non dotato di formazione giuridica, perché non è suo il compito di

decidere una controversia. Al contempo, la figura dell'avvocato non è necessaria in sede di mediazione, perché in essa si gestiscono conflitti e non si decidono cause; e perché il suo oggetto sono gli interessi e non i diritti. Piuttosto, qualora l'assistenza dell'avvocato diventasse obbligatoria (così almeno secondo alcuni progetti di riforma), egli sarebbe chiamato ad assumere in mediazione un atteggiamento molto diverso da quello che assume nel processo: difensore delle parti non per la tutela di diritti, ma per la protezione degli interessi.

"A che serve?"

Per dare un senso ad ogni sforzo di superare le ostilità (spesso mosse da banali pregiudizi, altre volte fondate su obiettive criticità) verso la nuova mediazione civile e commerciale, occorre individuarne la vera funzionalità. È diffusa l'idea che la mediazione – soprattutto secondo le modalità con cui si impone oggi – abbia come primo obiettivo quello di deflazionare il contenzioso civile, di fungere da strumento per evitare o al più rallentare l'accesso alla giustizia. Questa prospettiva, in realtà, non può essere prioritaria rispetto ad altre.

È indubbio che la mediazione – non diversamente dalle altre ADR – persegua lo scopo (comune a tutte le più recenti riforme del processo civile) di decongestionare il contenzioso. È però errato pensare che la sua funzione vada intesa solo in negativo, quale espressione dell'esigenza di fungere da soluzione ai mali della giustizia; e non anche in una ***prospettiva positiva****, come* ***espressione del principio di prossimità****. Diverse le ragioni che conducono a siffatta conclusione.*

Innanzi tutto, qualificare la mediazione come un rimedio ai mali dell'irragionevole durata del processo rischia di essere conclusione parziale, se non del tutto errata: affinché il procedimento conciliativo funzioni è – al contrario – necessario che la giustizia funzioni altrettanto bene. Una buona mediazione non può non fondarsi sul buon funzionamento dello strumento giurisdizionale, mentre sarebbe paradossale il contrario.

Se l'accordo conciliativo viene avvertito dalle parti come il "male minore" rispetto ai risultati a cui potrebbe condurre il processo, è evidente che le parti stesse saranno disincentivate dal cercare un vero accordo, ben sapendo comunque di poter contare sulla durata del processo giurisdizionale e quindi sull'incapacità di esso nel "fare giustizia". Né la mediazione può risolversi in (o essere percepita come) una copia del processo, peraltro di "seconda categoria": perché si sarebbe comunque tentati di scegliere l'originale.

Leggere nello strumento conciliativo un rimedio ancillare al processo e ad esso asservito (per favorirne l'efficienza) è dunque secondario. ***La mediazione va guardata in sé*** *e non per quello che può dare al e nel processo. E' in questa prospettiva che occorre allora individuarne l'utilità ("a che serve?"). Ciò non significa rifiutarsi di rapportarla al processo, con cui è chiamata a confrontarsi, se non altro per i risultati a cui essa è in grado di condurre (da comparare, appunto, a quelli che realizza il processo, alla sentenza).*

*Si è soliti dire che la sentenza si colloca all'interno del sistema giurisdizionale (e ne è espressione) quale provvedimento a contenuto decisorio e massimamente garantista, in quanto proiettato sulla formazione della cosa giudicata; mentre la mediazione è fenomeno di diritto sostanziale, da inquadrare entro le categorie dei contratti, in grado di regolare i rapporti tra le parti prima ed a prescindere dalle patologie della giurisdizione. Senza voler negare questo dato certo, occorre però anche guardare alla funzionalità dell'istituto in una diversa prospettiva: quella "**sociale**".*

*Nel cercare possibili soluzioni al male della giustizia civile, ho altrove posto in risalto come la prospettiva del "federalismo" – attraverso l'affermazione e lo sviluppo delle c.d. buone pratiche – si ponga quale **utile strumento per la convivenza civile**: non solo nella sua dinamica "verticale", quale espressione di un decentramento istituzionale, proveniente "dall'alto"; ma anche nella prospettiva "orizzontale", in quanto rappresentazione di un decentramento proveniente "dal basso". Prospettiva quest'ultima di cui si fa espressione l'art. 118 cost., nella sua formulazione attuale e più moderna costruzione ideologica.*

Il riconoscimento esplicito del principio di sussidiarietà orizzontale apre la via al cd. terzo settore, cioè ad un privato-sociale da collocare a metà strada tra il settore pubblico (all'insegna del formalismo e dell'inefficienza) e quello privato (all'insegna del profitto e dell'egoismo).

*Secondo il principio di sussidiarietà verticale, i soggetti di rango superiore non debbono interferire nell'autonomia di quelli di rango inferiore, se questi ultimi sono in grado di perseguire i propri fini; anzi, devono sostenerli, ove necessario. La sussidiarietà orizzontale impegna alla **valorizzazione della libertà, dell'autonomia, della dignità e della responsabilità della persona, da rivalutare attraverso organizzazioni e istituzioni che possano operare in termini cooperativi e competitivi**. In questo senso, la sussidiarietà – più che rappresentare una terza via e una sorta di mediazione o di compromesso tra il pubblico e il privato, con le loro rigidità – propone una **prospettiva fondata sulla centralità della persona**, per superare l'egoismo tipico della società moderna; per valorizzare l'aggregazione dal basso; per incentivare il dialogo con la realtà locale e l'attenzione al sociale; per favorire l'aggregazione, l'impegno individuale, la cooperazione. La sussidiarietà supera il confronto fra stato e mercato, coordinando fra loro libera iniziativa economica e libera iniziativa sociale; e deve definirsi non tanto in una prospettiva di contrapposizione, negativa (né Stato, né mercato), quanto in una positiva, che valorizzi e sviluppi le potenzialità del volontariato, della società civile, del dialogo (oltre allo Stato, oltre al mercato).*

Insomma, occorre superare una logica dello sviluppo che imponeva di ricondurre tutto allo Stato o al mercato o, al più, ad un mix fra di loro. Il bipolarismo Stato-mercato è superato dall'affermarsi del tripolarismo tra pubblico, privato e civile-sociale, di cui offre un esempio la riforma dell'articolo 118 ultimo comma della Costituzione. Anche i singoli cittadini e i corpi intermedi della società hanno titolo per operare direttamente a favore dell'interesse generale, e devono essere posti nelle condizioni concrete per poterlo fare.

Ai due pilastri rappresentati rispettivamente dal principio di eguaglianza, garantito e

legittimato dallo Stato, e dal principio di libertà, reso concretamente possibile dal mercato, si avverte la necessità di affiancare un terzo pilastro: il principio di reciprocità, che esprime il fondamento delle organizzazioni della società civile e del sociale, cioè del c.d. terzo settore.

Provo dunque a trasporre questo schema - che oggi governa la nostra società e del quale non si può fare a meno – nel contesto della mediazione quale strumento civilistico di tutela degli interessi, in contrapposizione alla funzione pubblicista del giudizio (di riconoscimento dei diritti). Il processo rappresenta il "pubblico", strumento ingessato nei formalismi e nelle inefficienze delle istituzioni, seppure con le sue migliori prospettive teoriche (il giudicato); il contratto (nella sua versione primigenia) individua il "privato", la libertà di iniziativa economica in cui alla prospettiva migliore dell'efficienza e del profitto si contrappone quella deteriore (non meno patologica del formalismo pubblicistico) dell'egoismo individualista.

Tra i due si colloca la mediazione (nelle forme di quella "amministrata", come offerta dal d.lgs. n. 28/2010) che condivide con il primo alcune rigidità, ma al contempo assicura maggiori garanzie; e condivide con il secondo la libertà ed autonomia nell'iniziativa sociale, ma al contempo la circoscrive attraverso quelle garanzie. Anche la mediazione quindi – come il federalismo e la sussidiarietà orizzontale – è frutto di un mix tra Stato e mercato, capace di recuperare l'efficienza di quest'ultimo nelle rigidità garantiste del primo.

E' ovvio, si tratta qui di voler offrire la prospettiva migliore, potendosi al contrario in quella peggiore figurare una mediazione che – sempre collocata a metà tra Stato e mercato – recuperi dell'uno e dell'altro le peculiarità deteriori (l'inefficienza del primo e l'arbitrarietà del secondo). L'idea (piuttosto ottimistica) è però quella di un ***sistema funzionante****, in cui gli strumenti che oggi l'ordinamento pone a disposizioni siano utilizzati quali* ***risorse migliori****.*

In altre parole – e per scendere nel dato concreto – la mediazione è un istituto che oggi si impone e che l'osservatore lungimirante deve imparare a sfruttare nelle sue più preziose funzionalità. Una riforma che funzioni non è quella che figura proiezioni perfette e regole perfette che colgano riforme istituzionali "dall'alto", senza farsi espressione delle esigenze provenienti "dal basso". La prospettiva migliore è quella di "governare la quotidianità", muovendo innanzi tutto dalle "buone pratiche".

Si tratta di promuovere la riattivazione di un importante dialogo tra tutte le componenti del circuito giudiziario, sul terreno della quotidianità, appunto: non solo tra quelle classiche e tradizionali (giudice, avvocato, operatore amministrativo); ma anche tra esse e tutte le componenti da cui proviene la domanda di giustizia, gli utenti ed i loro organismi rappresentativi di vario genere, nonché gli enti rappresentativi della realtà locale. In questo contesto, il dialogo si apre agli organismi di mediazione, ai mediatore (perché no? agli enti di formazione ed ai formatori, di cui il d.lgs. n. 28/2010 pure si occupa), anch'essi operatori e rappresentanti delle realtà locali a cui va riconosciuto il giusto ruolo.

Si impone allora l'esigenza di un cambiamento di vedute anche da parte della classe forense che si avvicina alla mediazione. A prescindere dal ruolo che l'avvocato è destinato a ricoprire nella mediazione (a prescindere dunque dalla sua partecipazione necessaria o facoltativa, a fianco di uno dei litiganti; o, per altro verso, dal suo eventuale e peraltro importante ruolo di mediatore) è importante che egli comprenda il contesto nel quale è chiamato ad operare, un contesto direi del "sociale" in cui ci si muove in un ambito privatistico, ma per il tramite di una struttura (più o meno complessa) che è quella conciliativa. L'avvocato, in altri termini, non sarà chiamato a difendere le parti in un giudizio, né solo a riprodurre in un contratto la loro volontà privata. Sarà piuttosto chiamato a contribuire nella gestione di un servizio che non conduce alla sentenza (con la sua autorevolezza), ma neppure si ferma ad un contratto, quale che sia.

Per concludere. In un tempo in cui vanno valorizzate le prassi virtuose, in cui le riforme migliori non sono quelle che muovono dall'alto, ma quelle che coinvolgono tutti ad ogni livello e dimensione del sociale, non vedo perché non guardare al nuovo modello conciliativo in una prospettiva ottimistica. "Serve?": i delatori della mediazione non esitano a dire di no. Io credo invece di si, quale espressione del "sociale" a metà strada tra Stato ed autonomia privata." (G.M. Flick)

Infine **Confindustria**, in un messaggio inviato alla **Commissione Ministeriale di studio** per la riforma degli strumenti di ADR - istituita dal guardasigilli a **marzo 2016,** presieduta dall'avvocato Guido Alpa, che ha il compito di armonizzare e razionalizzare il quadro normativo in materia e di elaborare una ipotesi di riforma che sviluppi gli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato, e che avanzerà le sue proposte di modifica delle norme entro gennaio 2017, di cui si è parlato nel testo del presente studio - ha affermato che la mediazione ***"è uno strumento trasversale, idoneo a qualunque lite che abbia ad oggetto diritti disponibili, comprese quelle relative al rapporti di diritto privato tra la Pubblica Amministrazione (PA) e privati"*** e che l'introduzione dell'istituto della mediazione su ordine del giudice (c.d. "*delegata*") è "*una scelta condivisibile, soprattutto in funzione dello smaltimento delle cause pendenti. La autorevolezza del giudice, infatti, spinge le parti a considerare con maggiore serietà e disponibilità l'ipotesi di risolvere in via stragiudiziale la loro controversia, aumentando le chance di trovare un accordo. Purtroppo, però, le potenzialità della mediazione su ordine del giudice non vengono ancora sfruttate adeguatamente. Sul punto,* ***sarebbe opportuno incentivare maggiormente i magistrati a valutare per quali procedimenti iscritti a ruolo sia opportuno avviare un procedimento di mediazione****, ad esempio comprendendo tale attività tra gli indici di valutazione della produttività dei giudici".*

4. .....segue **contributo - tesi: la mediazione delegata quale impulso ai sistemi di ADR, svincolata dalla funzione deflattiva dell'arretrato nei tribunali, i progetti nell'esperienza italiana e nelle esperienze delle Corti straniere (l'esempio delle multi-door courthouse), i recenti provvedimenti relativi alla mediazione delegata.**

Tra i progetti attuati da alcuni Tribunali italiani ed alcuni Ordini professionali dall'entrata in

vigore delle norme sulla mediazione civile e commerciale (del d.lgs. 28/2010) se ne richiamano alcuni basati in parte su protocolli approvati anche negli anni immediatamente precedenti:

Il primo che si riporta è Il **Progetto Nausicaa** del 2009, con implementazione delle mediazione delegata 2013c.d. **Nausicaa 2**, che nasce quale iniziativa promossa dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Firenze, con gli auspici del Presidente del Tribunale e la collaborazione dell'Università di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, volta a sperimentare forme di "conciliazione delegata" dagli uffici giudiziari in alcune controversie civili e commerciali aventi ad oggetto diritti disponibili, nel distretto della Corte d'Appello di Firenze.

In attuazione del protocollo i giudici del tribunale e della corte di appello, investiti di una causa, possono invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia, delegando il tentativo di conciliazione ad uno degli organismi esterni accreditati che forniscono il servizio di mediazione. Secondo l'intendimento dei firmatari del protocollo d'intesa, nella prima fase si tratterà di favorire la formazione di una «cultura della mediazione» tra tutti gli operatori della giustizia, quindi non solo dei conciliatori ma anche di tutti i professionisti - avvocati e commercialisti – i quali come consulenti dei propri clienti potranno suggerire il ricorso al tentativo di mediazione affidato ad un mediatore terzo, imparziale, neutrale ed indipendente, debitamente formato nelle tecniche di conciliazione, il quale sia in grado di condurre la mediazione in modo efficace, competente e nel rispetto della riservatezza.

Per consentire a tutti gli operatori del contenzioso di avvicinarsi alla mediazione su invito del Giudice in modo agevole e veloce, senza incontrare barriere (spaziali, temporali, o ideali), il Laboratorio congiunto universitario, gestisce sessioni informative a favore dei Giudici, degli Avvocati e dei privati interessati. Il servizio di orientamento e in-formazione offre l'opportunità di acquisire una più profonda conoscenza e comprensione delle dinamiche interne alle varie tipologie dei conflitti, nonché la consapevolezza di ciascun ruolo in merito alla mediazione.

La sperimentazione Nausicaa e Nausicaa 2, offre modelli di procedura, ossia provvedimenti di invito alla mediazione secondo le diverse fasi processuali e i diversi riti, tenendo conto sia delle peculiarità della controversia che degli elementi tipizzati di invito alla mediazione.

Inoltre la sperimentazione, per meglio coordinare la mediazione endo-processuale con la successione dei tempi e fasi processuali, prevede la possibilità di fissare una udienza ad hoc, al fine di consentire il monitoraggio da parte del Giudice dell'adesione all'invito e la conseguente gestione delle successive fasi processuali.

Il giudice, tanto nel caso di tentativo giudiziale, quanto nel caso di invito a mediare in sede stragiudiziale, fisserà in ogni caso una nuova udienza per verificare l'esito del tentativo di conciliazione.

Il monitoraggio (*ndr* anche successivo) ha lo scopo di rilevare i risultati del rinvio in

mediazione, soprattutto al fine di individuare eventuali criticità ed ottimizzare le azioni svolte.

Un servizio ben gestito può inoltre conseguire l'obiettivo di migliorare il rapporto dei cittadini con il sistema giustizia nel suo complesso, costituire occasione di incontro e confronto fra i diversi operatori del diritto su temi di interesse comune, aumentare le competenze di tutti gli utenti sui temi della natura del conflitto, dei suoi fattori scatenanti, e dell'importanza di una buona gestione delle relazioni interpersonali e inter-istituzionali.

Altra esperienza di cui si vuole dare nota, è quella del Tribunale di Milano, con il "Progetto mediazione demandata dal giudice" elaborato e promosso dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano. Si tratta di un progetto volto a sperimentare e monitorare la mediazione delegata dal giudice prevista dal secondo comma dell'art. 5 del D.lgs. 28/2010, al quale hanno aderito l'Ordine degli avvocati di Milano e gli Uffici della formazione dei magistrati togati e onorari del distretto, con il quale si è voluto favorire il ricorso alla mediazione ex d.lgs. 28/2010; nel caso di diritti disponibili, infatti, il giudice quale soggetto qualificato alla individuazione dei casi mediabili, avuto specifico riguardo per quelle controversie nelle quali si ha particolare interesse alla salvaguardia del rapporto e della relazione interpersonale tra le parti coinvolte, attua il disposto delle norme sulla mediazione delegata, favorendo la presenza delle parti davanti agli organismi di mediazione nell'ambito del tentativo giudiziario di conciliazione previsto dal c.p.c. in alternativa o all'esito di questo (della conciliazione giudiziaria e della proposta di conciliazione si tratterà più avanti) ed è previsto nel relativo protocollo, redatto dallo stesso Tribunale, un monitoraggio degli esiti della sperimentazione avvenuta nel corso 2013, con disamina dei risultati nella prima parte del 2014.

Per chi volesse approfondire sul progetto del Tribunale di Milano si consiglia Buffone Giuseppe, "*La mediazione demandata dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'osservatorio sulla giustizia civile di Milano*", Milano, Palazzo di Giustizia, 23.1.2013, in http://www.adrmaremma.it/buffone01.pdf oppure http://www.osservatoriogiustizia.re.it/wp-content/uploads/2013/04/Osservatorio-Milano-progetto-mediazione-demandata-dal-giudice.pdf

Altra sperimentazione analoga si è avviata, con l'introduzione della normativa sulla mediazione civile e commerciale del 2010, nel Tribunale di Bari dove si è adottato un modello particolare di invito in mediazione (si ricorda che fino a prima delle modifiche introdotte dal c.d. decreto del fare, il giudice poteva invitare le parti ad esperire un tentativo di mediazione, successivamente con la legge 98/2013 di conversione del decreto, il giudice dispone l'esperimento del procedimento di mediazione); In tale protocollo, formalizzato con i rappresentanti degli ordini professionali, le parti in causa sono invitate ad una fase preliminare esplorativa, in cui, previa adesione spontanea all'invito, scambiano proposte ed offerte tra di loro, eventualmente davanti ad un organismo di mediazione; qualora il magistrato titolare del fascicolo ritenga più consono al caso specifico il tentativo endoprocessuale di conciliazione procede secondo le norme del codice di rito. In entrambi i casi, mediazione delegata o endoprocessuale si è standardizzata la fase informativa con la predisposizione di uno sportello ad hoc presso il tribunale.

Ulteriore sperimentazione di cui si riferisce è quella del Tribunale di Perugia, dove su impulso dell'Ordine forense locale, è stata siglata una intesa di sperimentazione della conciliazione stragiudiziale basata sulla diffusione della conoscenza dell'istituto della mediazione, promossa dai firmatari del protocollo e attuata attraverso la sensibilizzazione degli iscritti all'albo affinché sottopongano con particolare attenzione, ai loro assistiti, la possibilità di ricorrere alla composizione stragiudiziale delle controversie ed attraverso una particolare sensibilità del giudice della causa ad incoraggiare le parti reiterando l'invito all'esperimento del tentativo di mediazione, prevedendo anche un ridimensionamento delle spese di giudizio nel caso di esito positivo del componimento.

Diversi sono, soprattutto nei paesi di common law, i programmi di ADR cui si è dato seguito nell'ambito della giurisdizione ordinaria, in alternativa al ricorso al giudice: tra i più conosciuti il sistema della *multi-door Courthouse* sviluppatosi in seguito alla sua ideazione da parte del Professor Sander della Harvard Law School che ne espose le caratteristiche già nel 1976, nella "Conferenza nazionale sulle cause dell'insoddisfazione popolare nei confronti dell'amministrazione della giustizia", meglio conosciuta come *Pound Conference*; Le molteplici porte del palazzo di giustizia (*multi-door Courthouse)* rappresentano un modello di risoluzione delle controversie poliedrico, ovvero le varie possibilità di risoluzione della lite, attraverso altrettanti istituti, principalmente, la mediazione, l'arbitrato, la negoziazione , le procedure med – arb, verso cui le parti che entrano in Tribunale possono essere indirizzate.

Gli obiettivi di un approccio multi-door sono quelli di fornire alle parti un più facile accesso alla giustizia, in alternativa alla sola funzione giurisdizionale statale, di ridurre i ritardi e fornire accesso a servizi correlati, rendendo disponibili più opzioni attraverso le quali le controversie possono essere risolte. Per un approfondimento si suggerisce La Dispute Multi-Door Risoluzione Division della Corte Superiore di Columbia (Washinton DC) che aiuta le parti a raggiungere accordi che soddisfino i loro interessi, mantenere le relazioni, e risparmiare tempo e denaro (a tale proposito si segnala il programma pubblicato sul sito:
http://www.dccourts.gov/internet/superior/org_multidoor/main.jsf).

Si può anche fare riferimento all'International ADR Research Network cui fa capo il direttore esecutivo e fondatore della (UST) University of St. Thomas · Minnesota, professor Mariana Hernandez Crespo.

L'UST internazionale ADR Research Network è un programma di ricerca progettato per creare modelli di problem-solving inclusive che utilizzano tecniche di costruzione del consenso (nella risoluzione delle controversie si ascoltano le voci di tutti i soggetti interessati, in particolare i membri diseredati di una comunità). Applicato in un progetto pilota svolto in Brasile, i partecipanti si sono riuniti in un forum virtuale, seguendo la metodologia di costruzione del consenso progettata dal professor Lawrence Susskind del MIT e della Harvard Law School. Il progetto è stato realizzato sotto la direzione del professor Hernandez Crespo, insieme ad un team di esperti brasiliani, globali e collaboratori (per maggiori dettagli si veda il sito http://www.stthomas.edu/news/2010/11/30/maximizing-the-

potential-of-dispute-resolution-systems/.

CONCLUSIONI

Da tutti gli interventi istituzionali e non, appena riportati, emerge con chiarezza il pensiero che utilizzare i procedimenti di ADR, come mezzi deflattivi del sistema di giustizia civile, appare senz'altro riduttivo e che l'evoluzione dei tempi ed i mutamenti della società, l'integrazione dei mercati, la rivalutata autonomia privata, sono elementi imprescindibili per una positiva valutazione degli strumenti di ADR in generale e della mediazione in particolare (anche delegata) e che fanno propendere per un ampio competente e sempre più apprezzato utilizzo dell'istituto della mediazione ai fini conciliativi, di risoluzione alternativa delle controversie, cioè, destinata a ingenerare quella cultura della definizione dei conflitti basata sull'autodeterminazione delle parti, supportate dalla presenza di un terzo neutrale, il quale ultimo, oltre alla possibile soluzione del caso specificamente sottoposto alla sua attenzione, favorisca una ripresa del dialogo e della comunicazione tra i soggetti in virtù di una nuova o rinnovata sensibilità al convivere civile.

APPENDICE 3)

IL QUADRO INTERNAZIONALE (EUROPA E STATI UNITI) a cura di Edoardo Merlino

Considerazioni preliminari relativi alle differenze tra un sistema di civil law ed un sistema di common law

Al fine di valutare entro quali limiti culturali è possibile una sistematica diffusione della mediazione e delle altre numerose forme di a.d.r. in Europa e nel nostro paese è opportuno porre in essere una sintetica esposizione delle principali e significative differenze tra un sistema di common law dove la mediation è ampiamente diffusa ed un sistema di civil law nel quale come il caso del nostro paese si tenta di trasferire questa cultura.

Al fine poi di dare espressione concreta allo stato dell'arte sul tema della mediazione

sono state considerate due realtà significative quali quelle della Germania e degli Stati Uniti d'America.

Un punto fondamentale della reintroduzione nel nostro paese delle cosiddette a.d.r. è quello di verificare se tali metodi di risoluzione delle controversie che, come abbiamo visto appartenevano già alla cultura italiana ed europea, ma che solo in epoca recente hanno trovato una maggiore affermazione attraverso una particolare evoluzione dei metodi e delle forme applicative nei paesi di common law, siano poi effettivamente compatibili con il nostro sistema giuridico o, se, per raggiungere lo stesso risultato applicativo avuto in quei sistemi, non sia invece necessario un loro aggiustamento.

Lasciando per un attimo in ombra le ragioni storico-giuridiche che hanno comportato l'affermarsi dei due sistemi nei rispettivi ordinamenti, è più utile a nostro avviso vederne le differenze e valutare quali di esse costituiscono elemento non modificabile e quali invece potrebbero essere adattate ad un sistema di civil law con le stesse possibilità di successo.

Come noto il sistema di common law si caratterizza per non essere codificato in regole scritte ma per essere basato sull'esperienza dei casi concreti, motivo per cui i giudizi vengono stabiliti sulla base di precedenti sentenze riguardanti casi simili.

Al contrario, il sistema di civil law si basa su regole scritte che disciplinano in modo dettagliato le varie materie oggetto di giurisdizione e così abbiamo un codice civile, un codice penale e i codici di procedura.

Nei paesi di common law tale termine sta quindi ad indicare una branca del diritto nella quale si configura il diritto positivo in contrapposizione con lo Status law che invece rappresenta il complesso delle leggi emanate dall'autorità statale. All'interno della common law si pone una ulteriore distinzione per competenza e per procedura tra law ed equity.

Le differenze strutturali tra il sistema di common law e quello di civil law si manifestano in tutta una serie di elementi:

- la funzione di giudice che nel common law è determinata dalla scelta dei migliori avvocati "barrister" mentre nel sistema di civil law è fatta sulla base di concorsi pubblici;
- la differente formazione che nel sistema di civil law è basata sul ruolo fondamentale dell'insegnamento della dottrina giuridica, mentre nel common law tale ruolo è molto ridotto assumendo invece rilevanza l'approfondimento di casi concreti;
- l'assenza di ricezione delle norme di diritto romano nel common law che invece rappresentano l'intelaiatura di base del civil law;

- il precedente giurisprudenziale, che, nel sistema di common law diventa elemento fondamentale del decidere mentre nel sistema di civil law ha una valenza molto ridotta, la prassi di seguire il precedente è antica, secondo l'antico brocardo stare decisis et non quieta movere, in quanto rispondente alla logica razionale di decidere casi simili in maniera simile ed alla necessità di certezza del diritto;
- la mancanza di codificazione delle norme nei sistemi di common law che invece è essenziale nei sistemi di civil law;
- l'assenza nei sistemi di common law della figura del notaio che viene assolta dagli avvocati.

Da tutte queste differenze sopra evidenziate e dallo stesso formarsi del common law emerge chiaramente una differenza importante che è necessario mettere in evidenza per risolvere il problema enunciato all'inizio di questo paragrafo e cioè la compatibilità di una serie di strumenti risolutivi delle controversie messi a punto in questi sistemi di common law.

Se infatti il sistema di risoluzione alternativa nei paesi di civil law affonda le sue origini in epoche remote e viene poi inserito nel sistema di regole del diritto positivo romano trovando poi sviluppo successivo nell'affermarsi dell'autorità ecclesiale e delle comunità laiche, il sistema di common law si basa fondamentalmente su un sistema di regole non scritte ma del tutto condivise poiché tendenti a dare valore morale al giudicato e sulla base di regole di onore atte ad identificare il valore sociale dei soggetti.

In tale quadro è quindi di tutta evidenza che le cosiddette a.d.r. mentre trovano un loro naturale sviluppo in un sistema di common law poiché si inseriscono in un contesto socio-economico e giuridico già pronto a ricevere questi strumenti ed a valorizzarli al massimo, altrettanto non potrebbero raggiungere in un sistema di civil law dove per potersi sviluppare, in mancanza di un ambiente socio-economico così favorevole e così specifico avrebbero bisogno per affermarsi di tempi molto lunghi e di difficile modifica dei comportamenti individuali e collettivi.

Da questa considerazione nasce quindi l'esigenza di prevedere un inserimento delle a.d.r. nella legislazione italiana che valorizzando tali tecniche, ne favorisca una generale e rapida applicazione sulla base di regole scritte.

LA MEDIAZIONE NELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA [52]

La legislazione tedesca prevede competenze esclusive della federazione insieme a

52 Amtsgericht

competenze concorrenti dei Länder la mediazione è diffusa in molti settori della vita civile ma solo nel 2012 è stata varata, con ritardo la normativa[53] per la mediazione civile e commerciale prevista dalla direttiva U.E. del 2008.

Esistono numerosi organismi arbitrali e di conciliazione per la risoluzione delle controversie soprattutto nell'ambito dei consumatori, tali organismi hanno una emanazione professionale o camerale e competenze specifiche a seconda della categoria cui appartengono.

Per effetto della organizzazione dello stato in senso federale ogni Länder può istituire organismi di mediazione in alcuni Länder per le controversie fino a € 750,00 è obbligatorio il tentativo di conciliazione prima di poter iniziare una causa civile davanti al giudice(6)).

In molti Länder le funzioni di conciliazione sono svolte presso gli organismi arbitrali delle camere di commercio, in altri Länder invece la camera di conciliazione viene organizzata dagli organismi di conciliazione degli avvocati o dei notai.

Tutte le grandi città hanno organismi arbitrali e di conciliazione presso le camere di industria e di commercio e le camere di artigianato e in molte di esse esistono anche organismi di conciliazione in settori specifici come ad esempio quelle riguardanti le controversie in merito al settore automobilistico (vendita e riparazione di auto).

Nella maggior parte dei Länder sono inoltre presenti organismi arbitrali e di conciliazione in vari settori tra cui soprattutto nelle controversie che riguardano i servizi radiofonici, televisivi e di telefonia ed in alcuni settori dei servizi dell'artigianato come ad esempio pulizia dei tessuti e del pellame, carrozzieri, falegnami, copritetti, piastrellisti, ecc. o per controversie relative al settore calzaturiero.

In quasi tutti i Länder esistono organismi di conciliazione presso gli ordini professionali dei medici e degli architetti, degli avvocati, degli esperti in brevetti, dei fiscalisti e dei revisori dei conti.

Nella Repubblica Federale di Germania vi sono inoltre organismi di conciliazione nel settore della locazione immobiliare ed i relativi servizi sono svolti congiuntamente da organizzazioni di proprietari e di inquilini.

In sei Länder, inoltre, sono istituiti organismi di conciliazione per il settore dell'edilizia.

E' inoltre da segnalare la presenza della figura dell'Ombudsman nelle banche private, che si occupa dei reclami relativi ad ogni tipo di operazioni bancarie e finanziarie.

Conciliazione obbligatoria

La legislazione tedesca non prevede in genere caratteri di obbligatorietà, tuttavia ai

53 Meditionsgesetz

sensi dell'articolo 15 della legge relativa all'introduzione del codice di procedura civile[54], è previsto che un Länd possa prevedere una condizione di procedibilità prima che sia intentata una causa, attraverso un tentativo di conciliazione presso un organismo di conciliazione per le controversie patrimoniali fino al valore di € 750,00 e per controversie nell'ambito del diritto di vicinato o in materia di diffamazione. La conciliazione come causa di procedibilità è sino ad oggi stata prevista in otto Länder nei quali si prevede appunto l'obbligo di effettuare un tentativo di conciliazione extragiudiziale (Baden-Württemberg, Baviera, Brandeburgo, Assia, Renania settentrionale-Vestfalia, Saar, Sassonia-Anhalt e Schleswig-Holstein), è inoltre previsto, per quanto riguarda i procedimenti giudiziari, un tentativo di conciliazione da parte del giudice.

Il codice di procedura civile tedesco, prevede, infatti che la discussione (in contraddittorio) della causa sia preceduta da un'udienza di conciliazione, al fine di giungere a una composizione amichevole della controversia ed è in qualche modo assimilabile al nostro art.185 del c.p.c. con la differenza che questo principio non si applica se l'udienza di conciliazione giudiziale non ha alcuna prospettiva di successo in quanto sia già stato esperito un tentativo di conciliazione presso un organismo di conciliazione extragiudiziale.

Nel caso in cui sia stato introdotto l'obbligo di tentare in via preventiva la conciliazione è lo stesso legislatore del Land a disciplinare nel dettaglio la procedura.

Lo svolgimento della procedura di conciliazione giudiziaria[55] prevede che il tribunale esaminati con le parti i fatti e l'oggetto della lite, valuti liberamente tutte le circostanze e possa porre, se necessario, delle domande, di modo che si rende sempre necessario che le parti siano presenti personalmente all'udienza di conciliazione o ad ulteriori tentativi di conciliazione.

Il tribunale può prescindere da tale disposizione soltanto se una parte non possa ragionevolmente rispettare tale obbligo a causa dell'eccessiva distanza dal proprio luogo di residenza o per altra valida ragione.

Nel caso in cui non si presenti, la parte convocata può essere oggetto di una sanzione pecuniaria. La sanzione, tuttavia non si applica se la parte invia all'udienza un proprio rappresentante delegato a chiarire i fatti e a fornire le informazioni richieste, in particolar modo in vista della stipulazione di un accordo transattivo.

54 Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung, EGZPO

55 articolo 278, comma 2, seconda frase ZPO

Controversie fra lavoratori e datori di lavoro

Nel settore del lavoro esistono vari ambiti nei quali sono inseriti organismi di conciliazione: nel settore della formazione professionale per il lavoro ad esempio esistono le corporazioni di arti e mestieri che in base alla legge sulla formazione professionale[56] possono costituire commissioni per la risoluzione delle controversie, che possono sorgere nel quadro di una formazione professionale in corso, il ricorso ad esse è obbligatorio.

Le decisioni della commissione sono vincolanti se riconosciute dalle parti entro una settimana, tali decisioni o gli accordi stipulati di fronte alla commissione, hanno efficacia esecutiva. Solo ad esito del tentativo obbligatorio di conciliazione sarà possibile adire il tribunale del lavoro.

Per le controversie tra datore di lavoro e commissione interna è possibile fare ricorso ad un comitato di conciliazione composto da un numero paritetico di rappresentanti del datore di lavoro e della commissione interna nonché da un presidente designato concordemente dalle parti. In caso di impossibilità di nomina del presidente, la decisione viene presa dal tribunale del lavoro.

E' inoltre sempre possibile, con apposito accordo aziendale, istituire un comitato di conciliazione permanente.

Il comitato di conciliazione interviene su richiesta delle parti solo quando non è possibile trovare l'accordo fra datore di lavoro e commissione interna[57]. È il caso, in particolare, di controversie relative, ad esempio, alla cogestione negli affari sociali.

Le decisioni vengono prese secondo criteri equitativi che tengano conto degli interessi di entrambe le parti, se una parte ne fa richiesta entro due settimane, tale decisione discrezionale può essere sottoposta al tribunale del lavoro affinché venga verificato il rispetto dei limiti discrezionali.

Negli altri casi il comitato di conciliazione interviene solo su richiesta di entrambe le parti. La decisione si sostituisce all'accordo delle parti (datore di lavoro e commissione interna) quando esse hanno previamente convenuto di sottostare al potere decisionale del comitato o nel caso in cui accettano successivamente la sua decisione.

56 Berufsbildungsgesetz

57 articolo 87 BetrVG.

Le spese del comitato di conciliazione sono a carico del datore di lavoro[58].

Nell'ambito della contrattazione collettiva, nel caso di esito negativo dei negoziati tra le parti sociali generalmente si fa ricorso a una procedura di conciliazione per appianare i contrasti di interesse e evitare l'insorgere di un conflitto di lavoro.

Mediazione familiare

In materia di conflitti familiari, l'attività di mediazione viene generalmente svolta dalle autorità locali nel contesto dell'assistenza minorile come "aiuto all'autotutela"[59] ai sensi del codice di sicurezza sociale[60], questo intervento è diretto a consentire ai genitori di trovare di comune accordo una soluzione della quale si assumono la responsabilità e che risponda alle esigenze ed agli interessi comuni.

Per tale tipo di controversie nell'ambito extragiudiziale, gli ordini degli avvocati offrono servizi di mediazione e di conciliazione.

La legge inoltre impone al giudice di sforzarsi durante tutto il procedimento (in particolare in caso di controversie che riguardano i diritti dei figli) di giungere a una composizione amichevole della controversia, ad esempio attraverso la risoluzione extragiudiziale dei conflitti ai sensi della legge sulla volontaria giurisdizione[61] o attraverso l'introduzione di procedure di mediazione in caso di controversie sul diritto di visita [62]

Controversie fra privati

Con la legge che ha introdotto il nuovo codice di procedura civile [63] i singoli Länder possono prevedere **procedure di conciliazione obbligatorie:**

- per controversie patrimoniali di valore non superiore a € 750,00 prima di poter adire un giudice di primo grado (Amtsgericht),

58 articolo 76a BetrVG

59 Hilfe zur Selbsthilfe

60 Sozialgesetzbuch, SGB

61 Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,

62 Dell'articolo 52a FGG

63 Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung, EGZPO

- in determinate controversie che rientrano nell'ambito del diritto di vicinato,
- in controversie in materia di diffamazione, purché l'offesa non sia arrecata a mezzo stampa o radio.

Non è obbligatorio[64] ricorrere alla procedura di conciliazione in caso di:

- azioni di modificazione (di una decisione), azioni di domanda complementare a titolo di garanzia, azioni di riconoscimento di sentenze straniere, domande riconvenzionali e azioni da proporre entro un termine fissato dalla legge o da un giudice,
- controversie su questioni familiari,
- procedimenti di revisione,
- diritti rivendicati in un procedimento documentale o cambiario,
- esecuzione del procedimento in contraddittorio, quando viene rivendicato un diritto nell'ambito di un procedimento di ingiunzione di pagamento,
- azioni per provvedimenti giurisdizionali aventi efficacia esecutiva.

Non è inoltre obbligatorio ricorrere a una procedura di conciliazione, quando le parti non risiedono o non hanno la propria sede o stabilimento nello stesso Land.

I Länder, con una legge regionale, possono limitare il campo di applicazione della mediazione obbligatoria aumentandone i motivi di esclusione.

I primi risultati provvisori degli studi di valutazione suggeriscono che le procedure extragiudiziarie di conciliazione e di mediazione potrebbero diventare procedure standard soprattutto nell'ambito delle controversie di vicinato e delle controversie in materia di diffamazione. In particolare, le procedure di mediazione risultano spesso idonee alla risoluzione di controversie relative a rapporti contrattuali di lunga durata, in quanto le parti in lite, elaborando una soluzione del conflitto sotto la propria responsabilità, vengono messe in condizione di proseguire il proprio rapporto contrattuale.

64 dell'articolo 15a, comma 2 EGZPO

Conciliazione volontaria

La conciliazione volontaria è largamente presente nella realtà tedesca e può essere incardinata per effetto di una disposizione contrattuale o può essere congiuntamente decisa tra le parti in conflitto. Anche in Germania il mancato rispetto dell'obbligo previsto per contratto di fare ricorso ad una procedura di ADR prima di intentare un'azione giudiziaria permette alla parte che ne ha interesse di porre una eccezione di procedibilità.

Nel caso in cui la clausola è inserita nelle condizioni contrattualmente previste il contenuto delle stesse è soggetto al controllo previsto[65] dal codice civile.

Per effetto di tale articolo la clausola contrattuale non ha validità se reca un vantaggio ingiustificato alla parte opposta al contraente che ha inserito detta clausola. Occorre in tale contesto verificare se sia corretto per il contraente che aderisce al contratto attenersi a tale clausola oppure adire direttamente l'autorità giudiziaria.

Infatti[66] una clausola è ingiustificatamente pregiudizievole quando sopprime o limita l'esercizio di azioni legali o la possibilità di ricorso da parte del consumatore all'autorità giudiziaria.

I modi alternativi di risoluzione delle controversie, in virtù della loro flessibilità e delle molteplici forme che possono assumere, vengono utilizzati per la risoluzione delle più svariate controversie, ma il loro ricorso non può limitare l'accesso alla giurisdizione ordinaria.

Controversie fra imprese

Nell'ambito della mediazione commerciale, dove risulta particolarmente favorevole il rapporto fra costi e benefici della risoluzione dei conflitti, vi è un ampio ricorso a questo strumento.

La ricomposizione dei diversi interessi delle parti e l'elaborazione di compromessi in modo aperto, al di là delle pretese sostanziali, vengono effettuate considerando anche le future relazioni commerciali e la programmazione aziendale, allo stesso tempo, la mediazione contribuisce a mantenere o addirittura a rafforzare il rapporto fra le parti in lite. Un altro vantaggio della procedura di mediazione è la riservatezza, che viene particolarmente tutelata.

La mediazione fra imprese trova un ambito di applicazione importante soprattutto nei conflitti fra partner commerciali, caratterizzati da notevole complessità dal punto di vista

65 art.307

66 ai sensi dell'allegato 1, lettera q), della direttiva 93/13/CE

giuridico, fattuale e emotivo, in particolare tali procedure sono particolarmente adottate nei conflitti caratterizzati da una complessa fattispecie, ad esempio nell'ambito dell'edilizia o nel caso della costruzione di grandi impianti. Nondimeno, sono molto utilizzate le procedura di conciliazione e di mediazione nei conflitti inerenti il diritto societario o che interessano parti di diversa nazionalità. Il ricorso alla mediazione fra imprese viene fortemente incentivato in tutti gli ambiti commerciali nei quali, nonostante il conflitto in essere, risulta necessario mantenere buone relazioni fra le parti anche successivamente alla risoluzione del conflitto. Lo stesso si può dire per quei conflitti la cui risoluzione per via giudiziale, a causa della lunga attesa che implica tale procedura, produrrebbe gravi danni economici anche in caso di vittoria.

Controversie familiari

L'attività di intermediazione svolta dagli organi di assistenza minorile consiste in un aiuto preventivo destinato a promuovere l'autotutela dei genitori al fine di prevenire situazioni di crisi. In special modo, nei casi di crisi familiari, essa è diretta ad aiutare a superare i conflitti e le crisi, e in caso di separazione o divorzio, a creare le condizioni che consentano di esercitare congiuntamente la responsabilità dei genitori. Scopo della mediazione è, da un lato, aiutare a evitare o ridurre i rischi per lo sviluppo dei minori coinvolti e, dall'altro, fornire consigli e supporto utile ai genitori affidatari.

La mediazione familiare acquista sempre maggiore importanza nella regolamentazione delle conseguenze della separazione e del divorzio. I contenuti oggetto di tale regolamentazione sono:

- nuova regolamentazione dell'esercizio della responsabilità dei genitori/affidamento dei figli,
- ripartizione delle responsabilità in caso di affidamento congiunto,
- regolamentazione delle obbligazioni alimentari,
- finanziamento dei rispettivi nuclei familiari,
- divisione dei beni/compensazione patrimoniale,
- assegnazione della casa coniugale,
- divisione delle suppellettili domestiche.

Nella prassi, le procedure di mediazione si sono dimostrate efficaci soprattutto per la risoluzione di problemi relativi all'affidamento e al diritto di visita.

In linea di massima l'obiettivo dei modi alternativi di risoluzione delle controversie è quello di raggiungere un accordo volto a risolvere la questione che oppone le parti.

Tale accordo, di regola, viene redatto per iscritto e ha le caratteristiche di un contratto, esso è pertanto vincolante per le parti ed in caso di mancato rispetto può essere imposto giudizialmente.

Gli accordi di questo tipo generalmente comportano concessioni (perlomeno minime) da parte di entrambe le parti e in considerazione dell'insicurezza del rapporto giuridico o della realizzazione dei diritti rispettivamente rivendicati, se vengono conclusi tramite gli avvocati delle parti quale "transazione fra avvocati"[67], in caso di inosservanza possono essere eseguiti immediatamente, senza la necessità del procedimento giudiziario. In questo caso, se il debitore accetta la clausola di esecuzione forzata immediata e la transazione è depositata presso un Amtsgericht, la transazione può essere dichiarata esecutiva dal tribunale competente su richiesta di una parte[68], altrimenti, la transazione può essere conclusa sotto forma di atto notarile e ha efficacia esecutiva se il debitore ha accettato la clausola di esecuzione forzata immediata.

Per effetto di quanto sopra una transazione conclusa presso un organismo di conciliazione pubblico o riconosciuto dallo Stato ha uguale valore rispetto ad una transazione conclusa presso un'autorità giudiziaria e costituisce titolo esecutivo per l'esecuzione forzata [69].

Nell'ambito extragiudiziale, la mediazione familiare ha acquisito crescente importanza nel disciplinare le conseguenze della separazione e del divorzio.

Sebbene né la procedura di mediazione né la figura professionale del mediatore siano disciplinati per legge, nella Repubblica Federale di Germania si sono sviluppati elevati standard qualitativi per la formazione dei mediatori familiari. Per fare un esempio, si possono citare le linee guida sulla formazione professionale elaborate dall'organismo federale per la mediazione familiare.

---

67 Anwaltsvergleich

68 articoli 796a, 796b in combinato disposto con l'articolo 794, comma 1, n. 4b ZPO).

69 articolo 794, comma 1, n. 1 ZPO.

La mediazione familiare riguarda la risoluzione di controversie (familiari) tra coppie sposate, non sposate, divorziate o ex conviventi, per le quali occorre trovare una soluzione che tenga conto degli interessi in gioco. In caso di separazione o divorzio dei genitori, la mediazione mira a elaborare un progetto di accordo comune sull'esercizio congiunto da parte del padre e della madre della responsabilità verso i figli a seguito della separazione o del divorzio. Obiettivo della mediazione è sia risolvere le questioni che sorgono durante il divorzio che far emergere i conflitti sottostanti e renderne consapevoli le parti. Sono possibili, ad esempio, accordi contrattuali relativi al mantenimento, al patrimonio, alla proprietà e alla responsabilità dei genitori.

La soppressione (nel 1977) del principio di colpa nel procedimento di divorzio e il riconoscimento (dal 1982) della responsabilità congiunta hanno permesso di creare i presupposti fondamentali per ricorrere alla mediazione come strumento per raggiungere, in caso di separazione o divorzio, un accordo comune sotto la responsabilità di entrambe le parti.

Altri casi specifici (ad esempio rapporti con le pubbliche autorità)

Nella Repubblica Federale di Germania le procedure di mediazione sono utilizzate anche in casi attinenti il diritto pubblico o procedimenti amministrativi, in particolare nell'ambito del diritto ambientale (pianificazione del territorio, approvazione di progetti e procedure di autorizzazione). L'obiettivo è ottimizzare la cooperazione e conferire maggiore flessibilità ai procedimenti amministrativi grazie a soluzioni concertate. La complessità crescente dei temi di molte decisioni amministrative costituisce un campo di applicazione idoneo per la mediazione, dato che questa permette di considerare diversi fattori influenti e vari aspetti pluridimensionali. Ciò vale, in particolare, laddove sono in gioco non solo gli interessi dei singoli ma anche quelli della collettività, come nel caso della pianificazione.

Mentre le procedure arbitrali o di conciliazione sono disciplinate dalla normativa federale o dei Länder, e forniscono quindi garanzie paragonabili a quelle tipiche delle procedure giudiziali, le procedure di mediazione non sono disciplinate per legge.

La riservatezza delle trattative può essere garantita alle parti coinvolte in una procedura di mediazione soltanto tramite un accordo contrattuale. Il mediatore ha il diritto di non deporre soltanto se appartiene ad una categoria professionale a cui è accordato un tale diritto generale per tutte le domande connesse alla propria attività professionale. Ciò vale quindi in particolare per avvocati e notai.

Per quanto riguarda i modi alternativi di risoluzione delle controversie derivanti

dall'applicazione della normativa sui trasferimenti di fondi, il regolamento procedurale degli organismi di conciliazione prevede che il conciliatore nello svolgimento della propria funzione sia indipendente e non vincolato da direttive e che sia soggetto all'obbligo del segreto.

Le parti coinvolte in una procedura di mediazione o di riconciliazione non hanno l'obbligo di ricorrere all'assistenza di un legale.

In Germania coloro che svolgono professionalmente attività di ADR non costituiscono una figura professionale uniforme. I conciliatori e i mediatori vengono assunti non solo fra i giuristi ma anche e in special modo fra gli psicologi, i pedagoghi, gli esponenti del mondo degli affari e i sociologi, pertanto coloro che svolgono attività di ADR possono avere una formazione di base diversa.

Le parti scelgono liberamente la procedura di risoluzione e la persona del conciliatore, dell'intermediario o del mediatore. Se il conciliatore o il mediatore svolge attività legale, ad esempio fornendo consulenza legale alle parti coinvolte o partecipando alla stesura dell'accordo contrattuale che fissa i risultati della procedura di conciliazione o mediazione, deve rispettare le disposizioni della legge sulla consulenza legale. Ai sensi di questa legge, l'attività di consulenza legale e la cura di questioni giuridiche sono riservate a coloro che esercitano professioni di consulenza legale, in particolare avvocati e notai.

Gli avvocati che esercitano attività di conciliazione o di mediazione sono soggetti alle norme deontologiche professionali[70] e possono definirsi "mediatori" soltanto se sono in grado di dimostrare, tramite un'adeguata formazione, di padroneggiare i fondamenti della procedura di mediazione[71].

In Germania, nell'ambito del diritto privato, comincia ad essere molto diffusa la mediazione via Internet. Mentre nella mediazione tradizionale le parti in conflitto si incontrano in un luogo e lavorano alla risoluzione dei problemi in sale conferenze realmente esistenti, nella mediazione online lo spazio reale viene sostituito dal mondo virtuale di Internet. I vantaggi di tale mediazione sono dati soprattutto dalla possibilità di negoziare a grande distanza attraverso i computer. La comunicazione avviene via e-mail o in sale conferenze virtuali, gestite da mediatori.

Tutti i partecipanti si ritrovano in queste sale conferenza virtuali dove il mediatore ha anche la possibilità di dialogare in privato con una parte in una sala conferenza protetta con

70 articolo 18 del codice deontologico degli avvocati – Berufsordnung für Rechtsanwälte, BORA

71 articolo 7a BORA

una password, mentre l'altra attende online in un'altra sala. La scelta della forma di comunicazione dipende dal singolo caso e dalla situazione specifica, tuttavia poiché appare evidente che il fatto che le parti in conflitto e il mediatore non siano presenti fisicamente ha una grande influenza sulla procedura, non tutti gli oggetti di lite vengono trattati in queste procedure di mediazione online.

In genere, le spese procedurali delle forme alternative di risoluzione delle controversie sono a carico delle parti.

Tali procedure di solito sono gratuite negli uffici di conciliazione delle organizzazioni dei consumatori, in questi casi sono a carico del cliente esclusivamente le spese vive, come le spese postali o telefoniche.

I servizi di consulenza e supporto offerti dagli organi di assistenza minorile sono gratuiti per i genitori e i figli che vi fanno ricorso.

Per quanto riguarda le spese delle procedure di conciliazione extragiudiziali obbligatorie, la normativa[72] prevede che le spese relative agli organismi di conciliazione siano da considerarsi parti delle spese della successiva azione giudiziaria[73].

Pertanto, qualora la procedura di conciliazione non abbia esito positivo e ad essa faccia seguito un procedimento giudiziario, tali spese saranno a carico della parte soccombente.

Le parti in lite possono ottenere il gratuito patrocinio per la consulenza legale nell'ambito di una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie se sussistono le seguenti condizioni: la parte richiedente non dispone delle risorse sufficienti in base alla propria situazione personale ed economica; non esiste altra possibilità di assistenza accettabile; la tutela del diritto che si vuole riconosciuto non è ingiustificata[74].

Per quanto riguarda le procedure di conciliazione obbligatorie[75] il fallimento del tentativo di conciliazione è il presupposto per l'ammissibilità di un'azione giudiziaria. Qualora non sia stata trovata alcuna soluzione è quindi possibile adire il giudice. Se la conciliazione non

72 articolo 15a, comma 4 EGZPO

73 articolo 91 ZPO

74 articolo 1 della legge relativa al patrocinio gratuito per consulenze e rappresentanza dei cittadini con basso reddito - Beratungshilfegesetz

75 cfr. articolo 15a EGZPO)

ha esito positivo, viene convertita in un procedimento contenzioso.

Se è stato esperito un tentativo di risolvere estragiudizialmente il reclamo di un consumatore presso un organismo di conciliazione del settore privato, le parti coinvolte possono adire l'autorità giudiziaria nel caso in cui non abbiano accettato la proposta di conciliazione. Di questa possibilità le parti vengono informate alla presentazione della proposta di conciliazione[76]. Per il resto, né la mediazione libera né il ricorso ai servizi sociali di consulenza e supporto precludono la possibilità di adire gli organi giurisdizionali. Il ricorso a questi due mezzi non è un presupposto per l'avvio di un procedimento giudiziario; non devono pertanto essere osservati termini procedurali.

Nel corso di un tentativo di risoluzione extragiudiziale delle controversie la prescrizione dei diritti delle parti è sospesa. Per le procedure di conciliazione e di arbitrato presso organismi di conciliazione pubblici o riconosciuti dallo Stato, è prevista la sospensione della prescrizione così come per le altre forme di risoluzione alternativa delle controversie.

Per quanto riguarda le controversie derivanti dall'applicazione della normativa sui trasferimenti di fondi o conseguenti all'uso abusivo di carte di pagamento, la legge sull'azione inibitoria[77], in combinato disposto con il regolamento procedurale degli organismi di conciliazione[78], ha istituito una procedura alternativa per la risoluzione delle controversie derivanti dall'applicazione della normativa sui trasferimenti di fondi[79], l'organismo di conciliazione si trova presso la Deutsche Bundesbank. Per gli istituti di credito che appartengono a determinate associazioni (associazione federale delle banche pubbliche, associazione federale delle banche tedesche, associazione federale delle banche popolari e delle banche di credito agrario, associazioni di casse di risparmio e di banche di giro) e che aderiscono alle procedure di conciliazioni ivi istituite, la funzione di conciliazione dei conflitti è trasferita a queste associazioni.

L'associazione federale delle banche tedesche ha creato una procedura di conciliazione per i suoi membri, diretta alla risoluzione delle controversie generali divergenze fra banche e

76 articolo 5, comma 3, prima frase del regolamento procedurale degli organismi di conciliazione, SchlichtVerfVO).

77 Unterlassungsklagengesetz

78 Schlichtungsstellenverfahrensordnung)

79 (Überweisungsrechts) (articoli 675a - 675g del codice civile – Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) o dall'uso abusivo di carte di pagamento (articolo 676h, comma 1 BGB)

clienti[80]. Ogni cliente che ritenga che il comportamento della banca gli abbia arrecato un danno può rivolgersi all'ombudsman, cui è affidata la conciliazione. Ciò vale anche per il caso in cui un consumatore reclami la mancata apertura di un conto corrente da parte di una banca oppure se la posizione aperta non corrisponde a quanto concordato.

LO SVILUPPO DELLE A.D.R. NEGLI U.S.A.

Il panorama delle A.D.R. è in America molto ampio e vario, al fine di considerare nel presente lavoro una visione di aree varie ma significative degli Stati Uniti si offre una indicazione del funzionamento delle ADR nello Stato della California, nello Stato della Florida e nello Stato di New York.

CALIFORNIA

In California molte controversie civili sono risolte prima di iniziare una causa, le Courts offrono una grande varietà di Alternative Dispute Resolution per aiutare la gente a risolvere le loro controversie senza la necessità del processo.

Al fine di promuoverne l'utilizzo viene svolta una accurata e capillare informazione insistendo molto sulla informalità che le caratterizza, sul loro basso costo e sulla loro maggior rapidità di risoluzione rispetto ad un processo ed inoltre sulla maggiore opportunità data alle persone di determinare i luoghi ed i tempi di risoluzione dei conflitti.

Come in molti Stati americani anche in California esistono numerosi programmi di risoluzione alternativa delle controversie che promuovono ed organizzano servizi di ADR. Il "Coordinator of California's Dispute Resolution" presso il Department of Consumer Affairs pubblica un elenco di tutti i programmi che sono messi a disposizione dei consumatori.

Le Courts della California così come in molti altri stati americani hanno elenchi di organismi che provvedono ad organizzare ADR sia di tipo facilitativo che di tipo aggiudicativo e procedure di arbitrato con ampie liste di professionisti e giudici che possono essere scelti come possibili arbitri e mediatori.

Al fine di attivare una procedura di A.D.R. devono essere percorsi alcuni passi fondamentali.

80 Ufficio reclami presso l'associazione federale delle banche tedesche -Bundesverband deutscher Banken-, casella postale 04 03 07, 10062 Berlino

Le parti scelgono il potenziale mediatore attraverso il loro mediation trainer figura professionale che aiuta le parti, sulla base della sostanziale conoscenza della disputa, ad individuare il tipo di ADR e l'organismo più adatti.

Esistono molti providers in grado di offrire servizi di risoluzione delle controversie per specifiche materie, molto diffusi sono gli organismi che trattano le mediazioni familiari e le mediazioni finalizzate a rivedere gli accordi successivi al divorzio, sono inoltre diffusi organismi che trattano controversie riguardanti una pluralità di parti o gruppi sociali o comunque di interesse comune come ad esempio controversie relative all' inquinamento ambientale.

La scelta di un ADR provider adatto ad una particolare disputa dipende da diversi fattori: dal genere di controversia, dalla pluralità delle parti, dall'importanza economica della controversia, dal livello di esperienza necessaria per affrontare la questione e dalla complessità dei rapporti tra le parti

L'offerta dei servizi di mediazione è molto ampia, esistono infatti molti tipi di specializzazione dei providers relativamente ad aree tematiche riguardanti specifiche materie ed una grande offerta di mediatori che possono essere scelti sulla base dell'esperienza, della capacità e della competenza specifica.

Particolarmente diffusi sono i mediatori esperti nella materia societaria, nell'assistenza delle parti per il mantenimento e sviluppo delle relazioni ed i mediatori familiari.

COSTI

I costi delle ADR dipendono molto dal tipo di controversia, dal tipo di ADR che viene scelta, dall'esperienza del provider e dal mediatore scelto, alcuni ADR providers chiedono un pagamento a tempo altri chiedono un pagamento per l'intera procedura nel suo complesso a prescindere dalle ore e dalle riunioni necessarie.

In genere i servizi di ADR non sono molto costosi in quanto godono di un contributo da parte delle Corti dello Stato.

FLORIDA

Il Florida Dispute Resolution Center (DRC) fu fondato nel 1986 dalla Corte Suprema della Florida come primo centro culturale per l'educazione, studio e ricerca nel campo delle (ADR), questo importante organismo organizza lo staff per l'assistenza a quattro Corti

Supreme della Florida, qualifica i mediatori ed organizza programmi di mediazione ed inoltre sponsorizza una conferenza annuale per mediatori ed arbitri, emana una newsletter periodica ed un Rapporto annuale che assume una grande importanza per le indicazioni che vengono date per lo sviluppo delle ADR; organizza inoltre corsi base ed avanzati di mediazione ed assiste la local Court per tutte le necessità in materia di ADR.

La Supreme Court Committee on ADR Rules and Policy è stata creata nel 2003.

L'organismo supporta la Corte Suprema con raccomandazioni riguardanti tutti gli aspetti delle politiche di ADR e delle relative regole di legislazione ed i modelli di procedure, emette una certificazione di qualità dei mediatori attraverso il Mediator Qualifications Board e vigila sul rinnovo dei requisiti di professionalità dei mediatori che includono la formazione continua e programmi di formazione standard.

Il Mediator Qualifications Board è stato fondato nel 1992 come organismo per la certificazione dei Mediatori sotto le regole dello stato della Florida ed è composto da 51 membri provenienti dalle tre regioni della Florida in misura uguale 17 membri per regione. Tra i membri vi sono giudici, mediatori di contea, mediatori familiari, circuit mediators, legali dell'organismo e professionisti che provvedono a trattare le questioni che riguardano eventuali rilievi nei confronti dei mediatori.

Altro organo interno per la mediation è il Mediator Ethics Advisory Committee creato nel 1994 che ha la funzione di emanare l'insieme di disposizioni etiche per lo svolgimento dell'attività di mediatore.

A beneficio di tutti i mediatori, le informazioni sulle diverse attività svolte dalla Supreme Court Committee on ADR Rules and Policy vengono pubblicate ed inviate per newsletter e sono consultabili presso il sito web della Court.

NEWYORK

Nella realtà americana New York rappresenta uno snodo importante e molto significativo per una visione del funzionamento delle A.D.R. in America.

Ci sono molti professionisti che vi si dedicano sia in qualità di mediatori sia per quanto attiene alla organizzazione e fornitura dei servizi di ADR e che occupano tutte le fasce di mercato.

Molti di questi professionisti appartengono alle organizzazioni dedicate alle ADR che gestiscono servizi a favore dei propri soci o associati dando anche formazione continua per i

mediatori ed addestramento del personale dedicato allo svolgimento dei servizi di segreteria e promuovendo programmi per il pubblico ed altri iniziative collegate.

Queste organizzazioni, sia individualmente che in collaborazione tra di loro, hanno promosso costantemente la diffusione presso il pubblico della conoscenza delle A.D.R. migliorando progressivamente nel tempo la qualità dei servizi offerti.

Court-Annexed Programs

Presso le Courts dello stato di New York è stata realizzata un'unità organizzativa della divisione per il funzionamento e lo sviluppo dei servizi di A.D.R,

L'Ufficio in collaborazione con i giudici e con i coordinatori della Corte ed i membri dell'avvocatura definisce ed organizza i programmi di ADR particolarmente rispondenti ai bisogni delle comunità e dei distretti delle Corts all'interno delle quali vengono realizzati.

Attraverso questi Organismi molte contee nello Stato di New York ora hanno programmi che prevedono l'offerta di servizi di ADR in multi-opzione; mediazione civile; civil neutral evaluation; summary jury trials civil arbitration matrimonial, mediation & neutral evaluation

Gli uffici di ADR presso le courts hanno inoltre una funzione di sorveglianza sui molti centri di mediazione esistenti nello Stato di NewYork

La sorveglianza riguarda tutte le attività svolte all'interno delle local Courts da parte di agenzie private e pubbliche nei diversi settori.

L'ufficio di ADR si occupa inoltre di formazione professionale ed organizza i seminari per lo sviluppo della mediation e corsi specialistici per mediatori in particolari settori.

I mediatori certificati di CDRC devono acquisire una formazione di base nella mediazione che prevede un percorso iniziale di 30 ore formative svolto da formatori certificati dall'ufficio di ADR della Court, devono inoltre completare con successo un programma di apprendistato approvato dall'ufficio di ADR e svolgere almeno 6 ore complete di formazione permanente ogni anno.

Corsi di formazione avanzata sono richiesti per tipi particolari di mediazione come ad esempio dispute familiari per quanto attiene in particolare alla determinazione dell'assegno familiare per i figli e per l'affidamento dei bambini.

Questi uffici presso le Courts amministrano i fondi e sorvegliano la rete dei centri a livello delle comunità locali e le associazioni di not-for-profit per la risoluzione delle dispute, essi sono in sostanza risorse messe a disposizione della collettività nelle quali le persone

possono lavorare con mediatori formati e con gli altri operatori dei servizi di ADR per trattare le loro dispute e per ricercare le soluzioni più soddisfacenti.

Le regole per lo svolgimento dei servizi di ADR sono disposte in diversi regolamenti normativi, manca tuttavia una uniformità della normativa a livello centrale che regoli lo svolgimento dei servizi in tutto lo Stato per cui, ad eccezione dei centri di ADR che operano presso le Corts, non vi è attualmente uniformità negli standard operativi degli organismi che operano nel settore a New York.

Per questo motivo, è a volte difficile per chi vuole ricercare una procedura di ADR operare una scelta oculata, sia per quanto riguarda il tipo di ADR che sarebbe più adatta alle rispettive necessità, sia per misurare la qualità dei servizi che vengono forniti. Le più importanti associazioni del settore sono fortemente impegnate nello sviluppare standard qualitativi elevati che rispecchiano il livello professionale dei molti professionisti di ADR che ci lavorano ed attualmente alcune di esse stanno elaborando un insieme organico e completo dei requisiti di certificazione e di etica richiesti.

La mediazione non può essere svolta dai praticanti degli studi legali poiché coinvolge spesso aspetti legali particolarmente delicati soprattutto nel campo della mediazione familiare e pertanto i mediatori vigilano affinché il servizio non venga svolto da professionisti non autorizzati.

Il processo di mediazione usato dai centri di risoluzione di dispute della Comunità dello Stato di New York e dai Court-Annexed Programs è basato su una forma di trattativa facilitata e di principio che non è completamente conforme ai principi della mediation classica e che in qualche modo contraddice i cultori della materia, tuttavia, presenta notevoli tassi di successo.

Al fine di migliorare la qualità dei servizi offerti dai vari organismi al di fuori delle Courts si sta cercando di creare standard qualitativi minimi a livello degli organismi che operano e di fissare regole di informazione e di trasparenza a carattere generale in modo da dare ai cittadini la possibilità di operare una scelta più oculata sia del tipo di procedura da adottare caso per caso sia della qualità dei mediatori e dei costi dei servizi offerti.