

NORME PER FAVORIRE LA RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE

Contesto e sintesi delle principali novità

- 1) Introdotto l’istituto del “negoziato assistito”: le parti, se assistite da avvocati, possono raggiungere una accordo transattivo dotato automaticamente della valenza di titolo esecutivo.
- 2) Riscritta la disciplina della mediazione, ai fini del suo miglioramento e rilancio, perché:
 - a. la Corte costituzionale ha censurato il tentativo obbligatorio solo per aspetti formali;
 - b. prima della sentenza della Consulta i risultati della mediazione erano complessivamente positivi;
 - c. la sentenza ha portato a un blocco pressoché totale delle mediazioni, incluse quelle volontarie e delegate dal giudice;
 - d. la parte di normativa rimasta in vigore è “insostenibile” e sta portando all’impossibilità materiale di offrire il servizio di mediazione.
 - e. la Relazione finale del gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali, nominata dal Presidente della Repubblica, indica “l’instaurazione effettiva di sistemi alternativi … di risoluzione delle controversie, … anche attraverso la previsione di forme obbligatorie di mediazione” come la prima misura per migliorare la giustizia civile in Italia.
- 3) Eliminato l’obbligo di svolgere preventivamente un tentativo di conciliazione, sostituito da quello di un mero incontro informativo sulla mediazione. L’incontro informativo:
 - a. non è obbligatorio di fronte al giudice di pace;
 - b. riguarda tutte le materie;
 - c. è alternativo alla procedura prevista dall’articolo 148 del Codice delle assicurazioni private in materia di responsabilità da circolazione di veicoli e natanti.
- 4) Elevata la qualità degli organismi e dei mediatori, con elencazione in atto avente forza di legge di chiari e stringenti requisiti.
- 5) Migliorata la formazione dei mediatori, e soprattutto demandata alle università, per garantirne una maggior qualità.
- 6) Accresciuto il ruolo del giudice:
 - a. oltre a invitare le parti alla mediazione, il magistrato in taluni casi può ordinarla;
 - b. l’atteggiamento pro-attivo verso la mediazione rileva anche ai fini della sua valutazione professionale.
- 7) Eliminate le conseguenze negative della proposta verbalizzata dal mediatore.
- 8) Potenziati gli incentivi economici.
- 9) Promosso, in varie forme anche innovative, il ricorso all’arbitrato.

1 - Premessa

Il provvedimento proposto si pone due obiettivi fondamentali, collegati tra loro: il primo è fornire ai cittadini e alle imprese una serie di strumenti aggiuntivi e performanti per gestire la conflittualità civile e commerciale; il secondo, consequenziale, è contribuire ad alleggerire l'enorme carico dei tribunali, consentendo un più razionale utilizzo delle limitate risorse della giustizia statale. Il provvedimento in oggetto, segnatamente in Italia, ha quindi chiari requisiti di necessità e urgenza, per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo, anche di recente, con la creazione dello “EU Justice Scoreboard” la Commissione di Bruxelles ha richiamato lo strettissimo legame tra la capacità di un sistema paese di gestire efficacemente le controversie e la crescita economica. I continui record negativi della giustizia civile italiana, pertanto, si traducono direttamente in rilevanti perdite economiche che, specie nell'attuale fase economica, sono politicamente inaccettabili.

In secondo luogo, la nota sentenza 272 del dicembre 2012 della Corte Costituzionale, pur censurando il D.lgs. 28/2010 limitatamente al profilo dell'eccesso di delega, senza cioè entrare nel merito della normativa, ha portato a una caduta verticale dell'attività di mediazione, su cui il Paese aveva puntato molto per favorire la risoluzione stragiudiziale delle liti. Venuto meno l'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione prima di avviare l'azione civile in talune materie, anche le numerose procedure che prima venivano avviate su base volontaria sono pressoché cessate. Lo stesso può dirsi delle mediazioni su invito del giudice che, già percentualmente poco rilevanti prima della sentenza citata, sono parimenti calate in modo brusco. In aggiunta, la decisione della Consulta, cancellando dall'ordinamento solo alcune parti della normativa vigente in materia di mediazione, ha lasciato sul campo una disciplina “a brandelli” che sta generando seri problemi giuridici e organizzativi (sul punto, cfr. paragrafo 3.3). Rimettere mano prontamente alla disciplina della mediazione, migliorandola e integrandola con altri istituti, è quindi particolarmente necessario e urgente. Non a caso, i “saggi” nominati dal Presidente della Repubblica, nella loro relazione finale, hanno indicato nel ritorno a forme di mediazione, anche obbligatoria, la prima delle misure necessarie per migliorare la giustizia civile.

2 - L'introduzione del “negoziato assistito”

Il provvedimento proposto, preliminarmente, introduce e disciplina il “negoziato assistito”, istituto da tempo esistente in Germania e, più di recente, in Francia¹. Avvalendosi del negoziato assistito, le parti, assistite dai rispettivi avvocati, possono raggiungere una accordo transattivo dotato automaticamente della valenza di titolo esecutivo. Potenziare la valenza giuridica dell'intesa che pone fine a una lite, come strumento primo e principale di risoluzione stragiudiziale delle controversie, è assai importante, specie in considerazione del numero elevato di controversie che, nel nostro Paese, non giungono a sentenza. La previsione dell'immediata valenza esecutiva dell'accordo è destinata sia ad aumentare il numero delle soluzioni stragiudiziali sia ad anticiparne i tempi. La presenza degli avvocati garantisce che nessuna delle parti assuma obblighi o effettui rinunce senza il necessario supporto tecnico-giuridico, viste le conseguenze più rilevanti di quelle dell'ordinaria transazione.

3 - La modifica e il rilancio della mediazione

3.1 *Il valore aggiunto della mediazione*

Temporalmente e logicamente, il negoziato assistito è l'istituto prioritario per favorire la risoluzione stragiudiziale delle controversie. Ciononostante, anche dalla mediazione è ragionevole attendersi un

¹ L'introduzione dell'istituto del negoziato assistito era da tempo richiesta dall'avvocatura.

contributo importante. La prova inconfutabile del valore aggiunto della mediazione in Italia si è avuta nel periodo in cui il previo esperimento del tentativo di conciliazione era condizione di procedibilità dell’azione civile: quando i litiganti hanno accettato di sedersi al tavolo della mediazione – evidentemente, a seguito del fallimento di ogni negoziato “faccia-a-faccia” – una lite su due si è risolta con un accordo. Poiché circa l’80% delle mediazioni avviate nel periodo di riferimento erano di tipo obbligatorio, ossia indipendenti dalla volontà effettiva di comporre la composizione delle lite, il successo testimonia la valenza autonoma della mediazione, come passo intermedio tra il fallimento del negoziato diretto tra le parti e il ricorso al tribunale².

3.2 *L’esperienza della mediazione, obbligatoria e non*

L’attività di mediazione va rilanciata tempestivamente perché il suo blocco ha danneggiato tutti, compresi i critici più accesi dell’istituto; questi, difatti, si sono sempre dichiarati contrari alla sua obbligatorietà, e detti invece favorevoli allo sviluppo di altre forme di mediazione. Come del resto l’esperienza internazionale già insegnava, però, i dati degli ultimi sei mesi hanno dimostrato, al di là di ogni ragionevole dubbio, che per poter contribuire in modo significativo alla gestione della conflittualità civile e commerciale la mediazione non può essere rimessa alla sola volontà delle parti, quanto meno in una fase iniziale. Invero, non può certo essere una coincidenza che le mediazioni avviate in Italia siano state poche migliaia all’anno, dal 1993 a marzo 2011, siano cresciute sino a oltre 12 mila al mese durante la vigenza del meccanismo dell’obbligatorietà del tentativo, e infine siano precipitate stabilmente a (forse) poche centinaia al mese, a oramai molti mesi dalla sentenza citata. Come accade non di rado alla fine di un processo, la decisione della Consulta ha lasciato sul campo solo sconfitti: non solo i sostenitori e i detrattori della mediazione, ma l’intera società civile, in questo caso. Quasi nessuno, probabilmente, si aspettava conseguenze simili in termini numerici. Quanto meno, lo scenario post-sentenza ha fornito a tutti indicazioni inequivocabili in termini di politica del diritto della mediazione.

3.3 *Il “vuoto” lasciato dalla sentenza della Consulta*

Come sopra ricordato, la sentenza della Consulta ha inoltre creato notevoli difficoltà, sia teoriche sia operative. In merito alle prime, diversi commentatori hanno ritenuto eccessive le conseguenze dell’annullamento di alcune norme del D.lgs. 28/2010 non riguardanti il solo tentativo obbligatorio di conciliazione. Il riferimento va alle sanzioni processuali ed economiche in caso di mancata partecipazione del convocato, venute meno anche per le mediazioni volontarie o su invito del giudice, senza apparente motivo. Ancor più problematico, in relazione alle mediazioni volontarie, è poi riconciliare la declaratoria di incostituzionalità consequenziale per eccesso di delega dell’articolo 13 del D.lgs. 28/2010, relativo alle conseguenze negative in caso di rifiuto della proposta del mediatore, considerato che l’articolo 60, lettera p), della legge delega (L. 69/09) prevede espressamente tale meccanismo.

A livello operativo, la parte che resta in vigore del D.lgs. 28/2010 rende invece materialmente insostenibile il settore della mediazione. Il fermo delle mediazioni, infatti, ha già portato alla chiusura di fatto della più gran parte degli organismi (sia pubblici sia privati), i cui costi minimi di struttura, imposti dalla legge, si basavano su determinati volumi di attività stimati dallo stesso Governo. La chiusura di tutti questi organismi pone seri problemi pratici, come la conservazione dei

² Sulla base di questa semplice constatazione, l’affermazione consueta per cui “se le parti si vogliono accordare la soluzione la trovano autonomamente, tra loro o grazie ai loro avvocati”, si palesa in tutta la sua erroneità. L’apporto determinante del mediatore nell’agevolare il dialogo e la trattativa tra le parti, comunque, è oramai oggetto anche in Italia di una crescente letteratura dove si esaltano, tra gli altri, quei profili comunicativi e psicologici che, oggettivamente, non fanno parte della formazione di base del giurista in Italia. Da qui, probabilmente, il perdurare della concezione, in parte dell’avvocatura, secondo la quale il mediatore sarebbe un “doppione” dell’avvocato-negoziatore.

documenti relativi alle mediazioni gestite, e l'esistenza di clausole contrattuali che fanno riferimento a organismi non più in attività.

Organismi e mediatori tuttora operativi, per parte loro, visto il numero esiguo di mediazioni si trovano nella grave difficoltà, se non nell'impossibilità, di offrire o (rispettivamente) seguire il tirocinio obbligatorio per poter continuare ad operare. Analoga situazione paradossale si ha in merito alla formazione obbligatoria continua, che diviene illogico pretendere per legge (e anti-economico offrire da parte degli enti di formazione) nella virtuale assenza di un mercato della mediazione. In sostanza, l'intera infrastruttura della mediazione, sia culturale sia operativa, è in procinto di svanire nel nulla. Oltre all'ingente perdita economica, senza un intervento normativo qualsivoglia forma di mediazione diverrà presto materialmente impossibile.

3.4 *I veri “numeri” della mediazione*

Rimettere mano alla normativa in materia di mediazione, per migliorarla e quindi rilanciare l'istituto, è inoltre necessario e urgente perché l'esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione in Italia, per quanto migliorabile, è stata oggettivamente positiva sotto almeno due profili. Il primo, oggettivo, consiste non solo nel numero di procedure avviate, ma anche nei risparmi generati dalle mediazioni giunte a buon fine, e dal minor numero di cause avviate, nel periodo di riferimento³. Il secondo profilo, sovente trascurato, è la produzione di simili risultati nonostante la grandissima ostilità con cui l'istituto è stato accolto da una parte dell'avvocatura. Un atteggiamento di minore ostilità, se non proprio di favore, avrebbe consentito risultati ancora migliori.

Con riferimento al primo profilo, i dati forniti dal ministero della giustizia hanno evidenziato come tutti i trends rilevanti della mediazione, sino alla decisione della Consulta, fossero in ascesa: dal numero di procedure avviate al tasso di adesione agli inviti a mediare, a riprova di una progressiva “accettazione” della grande novità – anche culturale – rappresentata dalla mediazione. Il dato tuttavia più importante è stato il tasso di successo della procedura, rimasto sempre intorno al 50%, nonostante l'aumento consistente del numero delle mediazioni, mese dopo mese. Per la collettività, il risparmio di tempo e di denaro quando una mediazione su due si conclude con un accordo è di tutta evidenza: la singola mediazione di successo produce difatti un risparmio molto maggiore dell'incremento di costi causato dalla singola mediazione fallita⁴.

Vanno poi censurati tutti i tentativi di rappresentare falsamente i risultati prodotti dalla mediazione, “annacquando” le statistiche in modo scorretto o quanto meno superficiale. Considerare statisticamente come fallite le mediazioni nelle quali la parte convocata non ha accettato di sedersi al tavolo con il mediatore, infatti, è tanto illogico quanto pretendere di ottenere una diagnosi dal medico senza consentirgli di visitarci e nemmeno di farci domande sulla nostra salute. La mediazione – è quasi imbarazzante doverlo ricordare – richiede infatti la partecipazione fattiva di tutte le parti. Il basso tasso di adesione all'invito a mediare (tasso comunque in costante ascesa, come si ricordava), semmai, avrebbe dovuto portare a potenziare sia le sanzioni per chi non si presentava sia gli incentivi a mediare.

³ Un studio Unioncamere ha stimato in oltre 480 milioni di euro i risparmi economici ascrivibili alla mediazione nel solo periodo settembre 2011-settembre 2012. Il risparmio di tempo per la collettività, quando una mediazione su due ha esito positivo, è invece di palmare evidenza, considerato che un processo, nel solo primo grado, dura in media cinquanta volte in più di una mediazione.

⁴ Di evidente “efficacia deflattiva” della mediazione ha scritto il Primo Presidente della Corte di Cassazione nella recente Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 (pagg. 35-36).

3.5 La valutazione del modello italiano di mediazione in sede internazionale

A riprova della bontà complessiva della passata esperienza italiana in materia di mediazione, e quindi della necessità di rilanciare l'istituto, occorre ricordare il plauso ricevuto dal nostro Paese da parte del Parlamento europeo, nella Risoluzione del 13 settembre 2011 (punti 8-10)⁵, dal Commissario europeo per i diritti umani⁶ e dalla stessa relatrice della Direttiva europea sulla mediazione, Arlene McCarthy, che a un convegno internazionale presso la Corte di Cassazione, il 19 ottobre 2012, ha addirittura indicato nel modello italiano una possibile “best practice” europea, considerato il numero di mediazioni di gran lunga superiore a quello di tutti gli altri paesi dell'Unione⁷.

Per vero, il meccanismo della condizione di procedibilità, quale mezzo per assicurare un numero significativo di mediazioni, corrisponde poi a un preciso obbligo già assunto dal nostro Paese in sede comunitaria. L'Italia s'è impegnata nella lettera di chiarimenti all'Unione europea dell'allora Ministro Tremonti ove, tra le misure adottate per migliorare la giustizia civile, si menziona espressamente il meccanismo della condizione di procedibilità di cui al D.lgs. 28/2010, e addirittura la necessità di estenderlo ad altre materie, per migliorare ulteriormente il sistema⁸. Gli impegni assunti in quella lettera non sono mai stati revocati dai successivi Governi; inoltre, quegli specifici impegni sulla mediazione sono stati successivamente ricordati all'Italia dal Consiglio europeo, con una Raccomandazione del 6 luglio 2012⁹.

3.6 Far tesoro dell'esperienza e delle critiche al modello precedente: i nodi dell'obbligatorietà del tentativo e della qualità degli organismi di mediazione, dei mediatori e della loro formazione

Rilanciare l'istituto della mediazione non significa certo riproporre tale e quale un modello normativo complessivamente funzionante, limitandosi a depurarlo dal vizio solo formale rilevato dalla Corte costituzionale. Com'è in parte naturale, l'esperienza ha infatti mostrato alcuni aspetti del D.lgs. 28/2010 bisognosi di interventi correttivi, sia in ottica di costituzionalità sia di miglior funzionamento della mediazione in Italia. In proposito, è doveroso sottolineare come queste criticità fossero state evidenziate non solo dai contrari alla mediazione, ma anche da alcuni fautori dell'istituto. Intervenire normativamente su queste criticità, senza preconcetti, è quindi nel miglior interesse della collettività.

3.6.1 Tra volontarietà e obbligatorietà della mediazione: l'incontro informativo al posto del tentativo obbligatorio di conciliazione

Il primo e fondamentale correttivo proposto, rispetto all'impostazione del D.lgs. 28/2010, consiste nel “conciliare” due esigenze contrastanti: da un lato, la necessità di tornare al meccanismo della condizione di procedibilità, pena la virtuale irrilevanza della mediazione in termini numerici, confermata dalla recente esperienza italiana; dall'altro, l'esigenza di rendere tale condizione assai meno gravosa per le parti che, per i più diversi motivi, non vogliono esperire la mediazione.

⁵ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//IT>.

⁶ [http://www.serviziocentrale.it/file/server/file/CommDH\(2012\)26_IT.pdf](http://www.serviziocentrale.it/file/server/file/CommDH(2012)26_IT.pdf) (punto 39).

⁷ <http://www.youtube.com/watch?v=ITQg0T3rh4I&list=PLE255989F3FD43BF8>. In un'interrogazione formale al Parlamento di Strasburgo, la stessa parlamentare, a dicembre del 2012, a nome della Commissione affari giuridici ha invitato il Commissario europeo alla giustizia a considerare di prendere provvedimenti contro gli Stati membri ove, nonostante l'attuazione della Direttiva comunitaria, non vi era un numero sufficiente di mediazioni, in violazione palese dell'articolo 1 della stessa Direttiva. Cfr. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2012-000169+0+DOC+XML+V0//IT>. A quella data, gli Stati membri in questione erano tutti tranne l'Italia.

⁸ Rispettivamente, pag. 32, e pag. 34, punto 6) della lettera.

⁹ COUNCIL RECOMMENDATION on the National Reform Programme 2012 of Italy and delivering a Council opinion on the Stability Programme of Italy, 2012-2015.

La sintesi efficace tra queste due esigenze è raggiunta grazie al meccanismo dell'incontro informativo obbligatorio di mediazione, del resto già previsto in diversi paesi europei, e citato dalla stessa Consulta come strumento da considerare, anche sulla scorta della Risoluzione 25 ottobre del 2011 del Parlamento di Strasburgo. In base a questo meccanismo, condizione di procedibilità dell'azione civile non è più l'esperimento di un tentativo "completo" di conciliazione, bensì solo un incontro per così dire "preliminare", volto sia a informare le parti sulla mediazione e i suoi vantaggi in astratto, sia a valutarne la concreta utilità nel caso specifico. Qualora, per motivi soggettivi o oggettivi, la conciliazione risulti priva di possibilità di successo nel caso di specie, le parti possono porre termine alla mediazione in sede di incontro preliminare, a tempi e costi molto inferiori rispetto a prima¹⁰. In particolare, poiché il primo incontro tra le parti e il mediatore deve avvenire entro trenta giorni, la durata massima della procedura viene di fatto ridotta di due terzi, rispetto al massimo di 3 mesi ora previsti. Stessa significativa riduzione si avrà per i costi, se la procedura si conclude durante l'incontro informativo, perché le indennità massime per il primo incontro, da stabilirsi con apposito decreto ministeriale, saranno molto inferiori rispetto a quelle previste nel caso in cui il tentativo proseguia (quando le parti, cioè, decidano di proseguire oltre l'incontro informativo, confidando evidentemente nella possibilità di raggiungere un accordo grazie al lavoro che il mediatore svolgerà).

La forte riduzione dei tempi, e una rimodulazione dei costi che non ne esclude la gratuità, consentono di estendere l'incontro preliminare a tutte le azioni civili di fronte al Tribunale, in modo da beneficiare al massimo della relazione positiva -- dimostrata -- tra numero di incontri con il mediatore e numero di liti conciliate. L'incontro informativo non è invece necessario per le azioni di fronte al giudice di pace, ove i ritardi della giustizia sono minori, anche al fine di non generalizzare il ricorso alla mediazione, almeno in questa fase iniziale¹¹. Per gli incidenti stradali, la mediazione diviene alternativa rispetto alla procedura stragiudiziale prevista dall'art. 148 del Codice delle assicurazioni private.

Limitare il meccanismo obbligatorio al solo incontro informativo, anche indipendentemente dalle sanzioni per la mancata accettazione dell'invito a parteciparvi, farà poi salire il tasso di accettazione. Il meccanismo, difatti, attenua fortemente il timore di imbarcarsi in una procedura lunga diversi mesi, apparentemente costosa e senza garanzia di un risultato positivo. A cittadini e imprese in lite, che non siano riusciti a trovare un accordo negoziato, la legge richiede ora uno sforzo molto minore prima che possano accedere al tribunale: valutare in concreto le possibilità di una mediazione, grazie all'ausilio di un professionista terzo neutrale capace e adeguatamente formato.

A ben vedere, aver alleggerito la condizione di procedibilità soddisfa gli interessi di tutte le parti coinvolte, inclusi quelli degli stessi organismi di mediazione e dei mediatori, che potranno concentrarsi sui casi ove, a seguito dell'incontro informativo, appaiono maggiori le possibilità di successo. Inoltre, la facoltà delle parti di porre termine alla procedura anticipatamente rappresenta uno straordinario fattore di stimolo per la qualità del servizio, spingendo gli organismi a mettere in campo il miglior mediatore possibile per la specifica controversia, e il mediatore a prepararsi al meglio per l'incontro preliminare con le parti, delle quali dovrà conquistarsi la fiducia dando prova di professionalità, competenza nella materia specifica e abilità tecnica.

¹⁰ Per vero, l'incontro potrebbe essere offerto anche gratuitamente, poiché le indennità di mediazione prevedono unicamente delle cifre massime.

¹¹ Sia pure nel contesto di un documento che riguarda anche l'arbitrato, il Parlamento europeo, in una Risoluzione dell'ottobre del 2011, si è espresso contro la previsione "generalizzata" di procedure di ADR obbligatorie. In ogni caso, è bene ribadire che il provvedimento proposto non prevede l'obbligatorietà della mediazione, tale non potendosi ritenere l'obbligo di partecipare al solo incontro informativo.

Infine, si noti che il meccanismo in discorso, definibile di “opt-out”, è preferibile a quello similare dell’incontro informativo obbligatorio per così dire puro, che richiede cioè alle parti, se convinte al primo incontro di tentare la mediazione, di avviarla in un secondo momento e comunque compiendo ulteriori formalità (“opt-in”). Nella fase attuale di rilancio della mediazione, il meccanismo dell’opt-out appare più indicato a istradare da subito i litiganti verso la mediazione, e semplifica alcuni aspetti tecnici legati all’opt-in, come quelli della riservatezza e della sospensione di decadenza e prescrizione: nel modello proposto, infatti, il “*dies a quo*” della procedura, e dei correlati effetti giuridici, è quello del deposito dell’istanza di mediazione.

3.6.2 Assicurare la qualità della mediazione

Il secondo correttivo principale alla normativa precedente ha a che vedere con la qualità degli organismi, dei mediatori e della loro formazione. Pur non essendo stati oggetto di censura da parte della Consulta, è un fatto largamente condiviso nel dibattito sulla mediazione che gli standard minimi di qualità definiti nei decreti ministeriali 180/2010 e 145/2011 siano insufficienti. Vi era poi confusione tra requisiti degli organismi e requisiti dei mediatori.

La prima modifica sostanziale relativa agli organismi consiste nell’esplicitare i requisiti fondamentali di trasparenza, indipendenza ed efficienza, elevati così al rango di norma secondaria. In aggiunta, l’attività di gestione delle procedure di mediazione deve ora essere oggetto sociale esclusivo dell’organismo, cui è anche richiesta una dotazione finanziaria proporzionata al numero di sedi che intende aprire.

Importanti modifiche riguardano poi i mediatori, cui è ora richiesto, oltre alla laurea magistrale, un numero minimo di anni di esperienza professionale, rilevante anche ai fini della specializzazione. Il provvedimento codifica poi, estendendole a tutti i professionisti, le parti centrali dell’art. 55 bis del Codice deontologico forense, con l’intento di evitare commistioni tra il ruolo di mediatore e di consulente di parte. In base a questa nuova norma, voluta segnatamente dagli avvocati, chi abbia svolto incarichi professionali per una delle parti negli ultimi due anni non può assumere l’incarico di mediatore. Questi, in più, s’impegna a non assumere incarichi professionali dalle stesse, in qualità di consulente di parte, nei due anni successivi alla mediazione. Sempre al fine di evitare una commistione di ruoli, il mediatore non può più essere parte in procedimenti svolti dinanzi all’organismo di mediazione al quale è iscritto¹².

Infine, cambia radicalmente la disciplina della formazione e dell’accreditamento dei mediatori, ora affidata principalmente al sistema universitario, al fine di garantirne la maggior qualità, e condizionata a un serio tirocinio iniziale¹³.

La necessità di decisi interventi migliorativi della qualità è un altro degli aspetti circa i quali oppositori e fautori della mediazione hanno sempre concordato.

3.7 Maggiori poteri del giudice in materia di mediazione

La riscrittura di alcuni punti centrali della normativa è l’occasione per apportare migliorie anche d’altra natura. La prima tra queste è sicuramente il rafforzamento del ruolo del giudice nella mediazione, che il provvedimento proposto realizza principalmente in due modi.

¹² In passato, l’assenza di tale divieto aveva portato a pratiche disdicevoli, come quella di “ricompensare” l’avvocato che portasse un’istanza all’organismo di mediazione di appartenenza con la nomina a mediatore in una successiva procedura, per la quale magari mancava di qualsivoglia competenza specifica.

¹³ Lo scandalo dei “diplomi” venduti a prezzi stracciati da enti di formazione privi di alcuna esperienza, nell’oggettiva difficoltà di controlli capillari da parte delle autorità preposte, ha sicuramente contribuito ad affossare sia la sostanza sia la percezione della qualità media del servizio di mediazione

Il primo è aggiungere, all’ipotesi già prevista della mediazione su invito del giudice (che le parti restano libere di non accettare), quella dell’ordine di esperire la mediazione¹⁴. Si tratta ovviamente di un potere discrezionale, il cui esercizio da parte del giudice la norma però indirizza, identificando alcune ipotesi in cui l’ordine è verosimilmente più indicato. Tra queste spiccano le ipotesi del tentativo risalente nel tempo, di durata troppo breve (ad esempio, terminato in fase di incontro informativo), svoltosi in assenza di un litisconsorte necessario (si pensi al caso dell’assicurazione che non partecipi alla mediazione, ma divenga poi parte del processo), ovvero alla presenza dei soli avvocati. Aver reso la condizione di procedibilità molto più blanda impone di potenziare, conseguentemente, il ruolo del giudice nel promuovere la mediazione.

Il secondo modo di rafforzare il ruolo del giudice consiste nella previsione di regole volte a incentivare un atteggiamento pro-attivo di tutti i magistrati, compresi cioè i giudici di pace, verso la mediazione: viene così prevista la stesura di una relazione per il capo dell’ufficio sull’uso programmato dell’invito o dell’ordine; in virtù dell’auspicato maggior utilizzo, questi strumenti divengono inoltre criterio ulteriore di valutazione della produttività del giudice.

La mediazione su invito e su ordine del giudice, se usata opportunamente, può contribuire molto a smaltire i diversi milioni di cause civili pendenti¹⁵ e quelle che saranno iniziate presso i giudici di pace, di fronte ai quali non è obbligatorio l’incontro informativo. La mediazione su ordine del giudice, per come è concepita, si rivelerà uno strumento particolarmente importante in sede di appello ove, come noto, si generano i ritardi maggiori della giustizia civile¹⁶.

3.8 Eliminazione della proposta verbalizzata del mediatore

Tra le altre modifiche alla disciplina vigente, il provvedimento proposto elimina l’istituto della proposta verbalizzata del mediatore che, specie per il corredo di sanzioni che prevedeva, aveva suscitato numerose polemiche; nella pratica, del resto, lo strumento risultava poco diffuso. Al contrario, viene potenziato l’istituto della proposta transattiva fatta da una parte all’altra anche in corso di mediazione, con particolare riferimento alla possibile sanzione economica per la parte che rifiuti un’offerta ritenuta poi “congrua” dal giudice, alla fine dell’eventuale processo.

Più in generale, diverse norme che appesantivano la normativa secondaria precedente sono ora rimandate ai regolamenti dei singoli organismi, che in ogni caso devono rispettare alcune norme fondamentali, come quelle in materia di durata massima (ridotta da 120 a 90 giorni, rivelatisi in passato sufficienti), di sospensione della decadenza e della prescrizione, e infine di riservatezza.

3.9 Convenienza economica del ricorso alla mediazione rispetto al processo

Sino a quando agire o resistere in giudizio conviene economicamente, i tribunali continueranno a essere la scelta ovvia (poiché “razionale”) dei litiganti, alimentando quella che è stata autorevolmente definita una “domanda drogata” di giustizia¹⁷. Di grande importanza, conseguentemente, sono la reintroduzione delle sanzioni processuali ed economiche in caso di mancato esperimento della mediazione (le seconde sono modulate a seconda delle varie ipotesi), e il potenziamento degli incentivi economici e fiscali.

¹⁴ Da marzo 2010 a oggi, come dimostrano i dati ministeriali, la cd “conciliazione delegata” ha funzionato ben poco.

¹⁵ Il riferimento va, nuovamente, al dato che, quando le parti s’incontrano con il mediatore, l’accordo si trova una volta su due. Cfr. par. 3.4, *supra*.

¹⁶ L’importanza in appello va intesa nel duplice senso della particolare utilità di tentare di risolvere, grazie alla mediazione, cause che si protraggono da molti anni, e dell’irrilevanza temporale (in termini assoluti, ma anche relativi) di un tentativo di durata massima pari a 90 giorni, quando solo tra una fase e l’altra dell’appello potrebbero trascorrere svariati anni.

¹⁷ L’espressione, riferita al contenzioso previdenziale, è tratta dalla Relazione sull’amministrazione della giustizia 2012 del Primo Presidente della Corte di Cassazione (pag. 75).

Confermato il credito d’imposta previsto dal D.lgs. 28/2010, viene elevato a 100.000 euro il limite entro il quale non si paga l’imposta di registro, la quale non è poi affatto dovuta, cioè senza limiti di valore, per le conciliazioni che risolvano vertenze pendenti da oltre 12 mesi al momento dell’entrata in vigore delle nuove norme. Anche questa previsione mira a incentivare l’uso della mediazione per contribuire a smaltire l’enorme arretrato della giustizia civile.

La novità però più rilevante riguarda la disciplina del contributo unificato, maggiorato del 20% per le parti che non abbiano esperito il tentativo di conciliazione. Una norma simile, in combinato disposto con gli altri incentivi di natura economica e fiscale, è in grado di agevolare grandemente la conciliazione anche volontaria che, come sopra illustrato, in caso contrario continuerà a restare al palo, quanto meno nella fase iniziale di una vera e propria rivoluzione, pratica e culturale, quale quella della mediazione.

3.10 Altre modifiche volte a favorire il ricorso alla mediazione

Vi sono poi numerose e importanti innovazioni alla disciplina in vigore. Una prima novità riguarda la possibilità di acquisire agli atti del successivo giudizio, in caso di fallimento della mediazione, eventuali relazioni predisposte da consulenti tecnici, per evitare la duplicazione di atti peritali. Una seconda novità riguarda la redazione del verbale di conciliazione, ove è chiarito il ruolo del mediatore e delle parti, e si prevede che, se queste sono tutte assistite da avvocati, esso abbia immediata valenza esecutiva. Una terza novità riguarda la responsabilità amministrativa e contabile di chi rappresenti la pubblica amministrazione, che viene esclusa quando chi firma il verbale agisce nei limiti del proprio potere decisionale. Questa previsione si collega a quella che include le controversie di cui è parte una pubblica amministrazione tra quelle per le quali è possibile la mediazione. Altra novità, per garantire il funzionamento del registro e soprattutto l’attività di vigilanza, è la previsione di un contributo annuale da parte degli iscritti al registro, rapportato alle dimensioni dell’organismo¹⁸.

4 - Promozione dell’arbitrato

Nell’ambito di un sistema integrato di promozione della risoluzione stragiudiziale delle controversie, alcune norme sono dedicate all’arbitrato, istituto presente da lungo tempo nel nostro ordinamento, ma obiettivamente poco praticato, per una serie di ragioni che includono i costi, ma anche la scarsa conoscenza. Le modifiche proposte contribuiscono al superamento di questi due ostacoli.

L’articolo 23 del provvedimento proposto prevede la possibilità che all’arbitrato si giunga su impulso del giudice, qualora ovviamente tutte le parti siano d’accordo, nelle cause relative al risarcimento del danno. Tale impulso può essere dato quando vi sia già un inquadramento del caso e quindi il giudice sia in grado di valutare concretamente - tenuto conto anche delle parti - l’opportunità di proporre un arbitrato. Poiché l’impulso ad avviare la procedura alternativa viene dal giudice, in questo caso l’arbitrato sarà regolato da alcune norme speciali, da emanare, relative sia alla persona dell’arbitro sia alle tariffe applicabili.

Infine, l’articolo 24 introduce una modifica sostanziale alla disciplina dell’arbitrato, prevedendo che le parti possano concordare preventivamente l’ammontare minimo e massimo del lodo, contenendo così, in parte, l’imprevedibilità della decisione finale. L’istituto dell’arbitrato “entro un minimo e un massimo” ha una certa diffusione nella prassi di alcuni paesi, in particolare come passaggio successivo a un tentativo di conciliazione, o di una trattativa diretta, al termine delle quali le parti

¹⁸ L’assenza di risorse per consentire una più efficace attività di controllo, tra le altre cose, ha consentito pratiche deplorevoli che hanno inciso molto sul giudizio negativo riservato alla disciplina attuale in materia di organismi di mediazione.

siano d'accordo sull'“an”, ma non su il “quantum”, e non intendano ripartire da capo avviando un'azione in tribunale (o un arbitrato tradizionale) sull'intera vicenda.

5 - Norme di chiusura

Infine, il capo V contiene norme dedicate ad abrogazioni, coordinamenti e disciplina transitoria. Queste norme riguardano la disciplina della sola mediazione, sulla quale il provvedimento proposto incide maggiormente.