



*“Se avessi solamente un'ora per salvare il mondo,
passerei 55 minuti a definire bene il problema
e 5 a trovare la soluzione”
(Albert Einstein)*

Marco Marinaro

“Il Paese dove tutto finisce in tribunale”.

Riflessioni sparse sulle prospettive di riforma della giustizia civile.

Sommario: 1. La “giuridicizzazione” del vivere civile. - 2. La nascita della mediazione come tappa di un percorso europeo. - 3. La mediazione italiana tra emergenza deflattiva e trasformazioni culturali. - 4. La mediazione all’esame dell’Unione europea. - 5. La risoluzione del Parlamento europeo sulla mediazione. - 6. L’equilibrio tra mediazione e processo. - 7. La caratura assiologica della mediazione. - 8. La negoziazione assistita ed il ruolo dell’avvocato. - 9. L’efficienza della giustizia civile per la crescita economica. - 10. Gestione sostenibile del conflitto e vantaggio competitivo per l’azienda. - 11. La gestione del conflitto nel percorso strategico dell’impresa etica. - 12. Avvocato d’impresa e “*General counsel*”. Strategia gestionale e consulenza legale per l’impresa. - 13. La “tentata” riforma della giustizia civile per la competitività del Paese. - 14. Lo studio della Commissione Alpa per la riforma della mediazione. - 15. Qualità della mediazione e autonomia scientifico-disciplinare. - 16. La “stabilizzazione” della mediazione obbligatoria e la “svolta” dell’avvocatura. - 17. La conciliazione delle liti energetiche tra filtri preventivi alla giurisdizione e trasformazioni culturali. - 17. La risoluzione delle liti bancarie tra efficienza della giustizia e regolazione del mercato. - 19. La mediazione italiana alla prova dei dati statistici. - 20. Il “codice” della giustizia civile. Una riforma per la coesione sociale e la competitività del Paese.

1. La “giuridicizzazione” del vivere civile.

“Il Paese dove tutto finisce in tribunale” è il titolo di un articolo apparso sul Corriere della Sera *online* il 29 marzo 2017 a firma di Pierluigi Battista da cui traspare nitida la fotografia di un Paese nel quale, a fronte di un sistema giustizia inefficiente, la litigiosità diffusa sfocia quasi ineluttabilmente nella richiesta dell’intervento del giudice su tutto.

La “giuridicizzazione” del vivere civile nello scenario impietosamente delineato nell’articolo di Battista viene tratteggiata quale effetto di questa contraddittoria situazione e ne diviene poi causa, in un circuito chiuso nel quale la realtà è destinata a ripetersi in maniera sempre eguale per una palese incapacità di modificarne le dinamiche sociali, quasi fossero le uniche possibili.



«Cani che abbaiano, panni stesi, merende, bocciature scolastiche»: inezie, ma non solo. Un quadro, quello disegnato nell'articolo, in cui si evidenzia l'assenza dei corpi intermedi, un quadro in cui – come scrive Battista – sono scomparsi gli organi della «mediazione», lasciando il singolo «con l'unica «mediazione» oggi chiamata a decidere: la giustizia».

In sintesi la giustizia è stata chiamata soprattutto negli ultimi decenni ad un ruolo di mediazione sociale ed interindividuale che non le è proprio. La giustizia – intesa quale giurisdizione dello Stato – ha dovuto svolgere un ruolo di supplenza a causa delle profonde e rapide trasformazioni sociali tentando di creare quel tessuto necessario alla pacifica convivenza civile.

Ma l'attività giurisdizionale, cioè quella attraverso la quale si decide imponendo alle parti una soluzione eteronoma in base alla legge, è destinata a recidere i rapporti e non certo a creare un resistente tessuto sociale necessario alla migliore convivenza dei cittadini. Soluzione necessaria, indispensabile, ma alla quale occorrerebbe ricorrere soltanto quale *extrema ratio* in quanto anche solo il ricorso alla sede giudiziaria denota l'incapacità dei consociati di trovare percorsi compositivi utili alla soluzione del conflitto.

E denota altresì la difficoltà di un Paese nel rendere disponibili e facilmente accessibili strumenti e itinerari che meglio possano rispondere alle esigenze sociali e che possano aiutare i consociati a ricercare soluzioni in grado di creare coesione e non divisione. La decisione del giudice, infatti, anche quando è resa tempestivamente, pone fine alla controversia, ma certifica la permanenza di un conflitto quanto meno latente che si perpetua per generazioni e che trova presto o tardi nuove occasioni per riemergere ed esplodere in forme ancora più virulente.

Appare quindi indispensabile che quando si discute di una riforma della giustizia non si ponga quale unico obiettivo il miglioramento del processo e dell'organizzazione dell'apparato giudiziario. L'efficienza e la qualità del processo costituiscono infatti condizioni imprescindibili per assicurare la tutela dei diritti. Ma la tutela dei diritti deve costituire l'argine sociale della convivenza civile ed occorre perciò apprestare tutti quei meccanismi intermedi nei quali i conflitti tra i consociati possano trovare percorsi più o meno strutturati utili a ricucire e non a recidere il tessuto sociale.

Così anche l'introduzione di nuovi sistemi di risoluzione stragiudiziale delle liti civili e commerciali, per lo più inizialmente intesi quali procedimenti di mera deflazione, acquistano una nuova prospettiva che non può essere relegata così ad esigenze meramente emergenziali e contingenti.

In questa prospettiva, le proposte per la riforma organica dei sistemi di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) – definiti anche «strumenti di degiurisdizionalizzazione» - sono state affrontate nella trascorsa legislatura ed in più occasioni il ministro della Giustizia on. Andrea Orlando, nel presentare i dati della giustizia civile, aveva dichiarato che la migliorata efficienza del sistema e la riduzione del carico dei tribunali erano dovute ad una serie di fattori, primo tra tutti l'utilizzo dei procedimenti ADR.

Appare utile ricordare che la Commissione di studio istituita nel marzo 2016 e presieduta dal professor Guido Alpa aveva completato i suoi lavori redigendo un ampio ed articolato progetto che conteneva anche una puntuale proposta legislativa che focalizzava la sua attenzione sull'arbitrato e sulla mediazione, senza tralasciare la negoziazione assistita, con attenzione anche alla volontaria giurisdizione.

Dalla lettura della relazione illustrativa, che precedeva l'articolato normativo, emergeva con chiarezza come un «particolare rilievo» era stato riservato alla disciplina in materia di mediazione delle liti civili e commerciali. Numerosi erano stati i materiali raccolti e ampia era stata la consultazione tanto che alla Commissione «si [era] aperto un mondo di esperienze» che va ben oltre i meri dati statistici, un mondo che «fino ad oggi non era stato percepito in tutta la sua estensione e complessità».

In sintesi questa raccolta di informazioni e di esperienze aveva indotto i commissari «a rivedere la convinzione che la mentalità diffusa di privati, professionisti e imprese, non sia sensibile, non abbia sviluppato una



empatia, per la mediazione». Come anche che si era registrata da parte delle categorie professionali interessate, «una notevole apertura non solo alla mediazione volontaria, ma anche alla mediazione obbligatoria», con specifico riferimento poi agli esiti del Congresso nazionale forense di Rimini ove gli ADR erano stati considerati «veri e propri complementi alla giustizia ordinaria».

Un passaggio fondamentale, tuttora in atto e quindi non pienamente compiuto, ma sicuramente in fase avanzata e non reversibile. Una svolta normativa e culturale della quale la Commissione aveva dovuto prendere atto formulando proposte in grado di rafforzare la mediazione in una prospettiva non più meramente deflativa del «contenzioso 'in esubero'» ed ancillare al processo giurisdizionale.

E la riforma proposta in materia di mediazione - che opportunamente ipotizzava di introdurre in maniera esplicita l'obbligo per le parti di comportarsi secondo buona fede e con spirito di cooperazione - era incardinata sull'estensione della obbligatorietà fondata su diverse basi culturali.

Porre la mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale solo apparentemente infatti confligge con l'autonomia che connota il percorso negoziale e che costituisce atto di autonomia e, quindi, di libertà delle parti. Infatti, come si legge nella relazione, l'obbligatorietà ha consentito di diffondere la «cultura della conciliazione», rilevando che «prima non vi era, effettiva libertà perché il cittadino era 'di fatto' costretto ad adire il giudice rispetto alla via mediativa».

Quindi una obbligatorietà «in chiave promozionale» per un metodo di risoluzione delle controversie che mira non solo e non tanto ad incrementare il suo utilizzo, perché invero ha di mira l'interesse generale. La prospettiva dunque si capovolge e la proposta di allargamento delle materie e di estensione temporale appaiano consequenziali sia pure per taluni profili inappaganti.

Appare evidente che la spinta culturale propulsiva trovi tuttora taluni dubbi e resistenze, ma d'altro canto emerge forte l'esigenza di un rafforzamento utile - se non necessario - a consolidare il sistema. Consolidamento che costituisce una pre-condizione per il definitivo salto di qualità degli organismi e per la professionalizzazione dei mediatori da tutti sempre auspicato.

2. La nascita della mediazione come tappa di un percorso europeo.

La nascita dell'istituto della mediazione delle controversie in Italia deve essere ricondotta al 20 marzo 2010, data di entrata in vigore del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28.

Questa data segna una svolta culturale e giuridica di notevole rilevanza, ma che ancora oggi - a distanza di oltre otto anni - si stenta ad apprezzare.

Le ampie discussioni sulle problematiche tecnico-giuridiche relative ad aspetti per lo più connessi al meccanismo della condizione di procedibilità hanno polarizzato l'attenzione degli operatori e degli interpreti, lasciando sullo sfondo le profonde ragioni di una svolta epocale in atto a livello transnazionale.

E la nascita della mediazione costituisce la tappa di approdo ed al tempo stesso di partenza di un percorso culturale e normativo europeo destinato ad attuare in chiave evolutiva anche i principi fondamentali contenuti nella Carta costituzionale nel quadro di un complesso sistema di fonti qual è quello italo-europeo.

Ma collegare la mediazione di cui al D.lgs. 28/2010 e le diverse norme che nel tempo avevano precedentemente introdotto ipotesi conciliative stragiudiziali (oltre che giudiziali) tuttora vigenti e il tentativo di dare organicità alla materia con l'introduzione della conciliazione societaria (con il D.lgs. 5/2003) poi abrogata con l'avvento della nuova normativa, non consente di dare specifico e fondante rilievo a quella data.

Invero facilitare l'accesso alla giustizia ed ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali e promuovere la composizione amichevole delle medesime attraverso la mediazione costituisce il



principale obiettivo che con la Direttiva n. 52/2008 il legislatore europeo mira a raggiungere. Nasce così la prima Direttiva in materia di ADR e soprattutto la prima normativa in materia di mediazione vincolante per gli Stati membri. Una disciplina che nel perseguire questi obiettivi e pur incoraggiando il ricorso alla mediazione, intende altresì garantire «un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario» (art. 1, Dir. 52/2008) e non soltanto nelle controversie transfrontaliere, risultando applicabile anche «ai procedimenti di mediazione interni» (considerando 8, Dir. 52/2008).

La definizione di “mediazione” che viene codificata dal legislatore europeo è chiara ed è decisamente improntata a valorizzare la negoziabilità dell'istituto, pur consentendo che la stessa possa essere ordinata dal giudice o prescritta dal legislatore nazionale: «per “mediazione” si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro» (art. 3, lett. a, Dir. 52/2008).

Ma per cogliere appieno la profonda trasformazione culturale e giuridica che trova il suo epilogo nella Direttiva n. 52/2008 occorre ricordare come sin dal 1999 il Consiglio europeo, nella riunione di Tampere (15 e 16 ottobre 1999) aveva invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative e ciò al fine di agevolare un miglior accesso alla giustizia che costituisce principio fondamentale. Poi nel maggio 2000 il Consiglio aveva adottato conclusioni sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, sancendo che «l'istituzione di principi fondamentali in questo settore è un passo essenziale verso l'appropriato sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie in materia civile e commerciale così come per semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia» (considerando 3 e 4, Dir. 52/2008).

E 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, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziari ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie» e proprio con la Direttiva n. 52/2008 si persegue tale obiettivo in particolare «per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione» (considerando 5, Dir. 52/2008). D'altronde «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 e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera» (considerando 6, Dir. 52/2008).

Qui nasce l'esigenza di garantire «un contesto giuridico certo» che consenta di promuovere ulteriormente l'utilizzo della mediazione introducendo «un quadro normativo che affronti, in particolare, gli elementi chiave della procedura civile» (considerando 7, Dir. 52/2008).

Ed in questa prospettiva la Direttiva «cerca di promuovere i diritti fondamentali e tiene conto dei principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (considerando 27, Dir. 52/2008). Carta quest'ultima equiparata al Trattato sull'Unione Europea (TUE) e al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) per quanto attiene alla portata giuridica vincolante.

L'obiettivo di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea attraverso migliori condizioni di accesso alla giustizia assume pertanto un rilievo costituzionale proprio alla luce dell'integrazione della Carta dei diritti tra i testi fondamentali che compongono il Trattato di Lisbona (art. 47 Carta).

La Direttiva n. 52/2008, che codifica i principi generali in materia di mediazione dell'Unione europea, ha così collocato la promozione della mediazione tra gli strumenti per l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati



membri che abbiano impatto sulla cooperazione giudiziaria in materia civile, in tal modo anticipando le innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona (art. 81, par. 2, lett. g, TFUE).

3. - La mediazione italiana tra emergenza deflattiva e trasformazioni culturali.

Il dibattito suscitato dalla mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, soprattutto in esito alla riforma attuata nel 2013 con il decreto del "fare" che ha riconosciuto un più incisivo e ampio ruolo all'avvocato, sembra aver trovato ormai una composizione anche tra le diverse anime dell'avvocatura.

Per ripercorrere brevemente l'evoluzione normativa che ha caratterizzato gli ultimi anni vedendo quale protagonista indiscussa la mediazione delle controversie civili e commerciali occorre ribadire il ruolo del legislatore europeo il quale, nel dettare i principi e le regole alle quali gli Stati membri avrebbero dovuto conformarsi nel recepimento, ha individuato la mediazione quale strumento centrale nel sistema ADR prevedendo la possibilità di introdurre meccanismi obbligatori *ex lege* o anche per ordine del giudice.

La Direttiva n. 52/2008 è stata recepita, con inusuale rapidità, dal Parlamento italiano, con una delega contenuta nell'art. 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69, indicando i principi e i criteri direttivi che il Governo avrebbe dovuto seguire nel regolamentare la mediazione italiana.

In tempi, anche questi inusualmente veloci, è stato poi approvato il decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 che disciplina il modello italiano di mediazione, prevedendo in particolare una estesa obbligatorietà preventiva della stessa in una serie di materie. Tuttavia, l'entrata in vigore della obbligatorietà è stata differita di un anno per consentire il consolidarsi della rete degli organismi di mediazione sul territorio nazionale.

Nel modello previsto dal D.lgs. 28/2010 l'avvocato assumeva un ruolo abbastanza marginale in quanto non soltanto non era prevista l'assistenza obbligatoria, ma il ruolo di mediatore poteva essere assunto anche da altri professionisti seguendo il medesimo percorso di formazione.

L'adozione del regolamento ministeriale attuativo (approvato con il decreto interministeriale 18 ottobre 2010 n. 180) che ha disciplinato nel dettaglio i requisiti per gli organismi di mediazione, quelli per i mediatori, le regole per le spese della mediazione, quelle per la formazione, consolidando un sistema ritenuto in parte illegittimo, forniva ulteriori elementi all'acceso dibattito sino a giungere ad una serie di ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, prima fra tutte quella del TAR Lazio del 12 aprile 2011 su ricorso dell'OUA e di Ordini forensi oltre che dell'UNCCI. E proprio questo ricorso conduceva alla pronuncia di illegittimità da parte della Consulta (sentenza 6 dicembre 2012 n. 272) che sanzionava l'eccesso di delega in relazione alla obbligatorietà della mediazione, demolendo così tutte le norme correlate di cui al D.lgs. 28/2010.

Si deve ricordare che, nelle more della decisione della Corte costituzionale, oltre alle tre circolari interpretative adottate dal Ministero della Giustizia, veniva anche approvata una radicale revisione del regolamento attuativo (con decreto interministeriale 6 luglio 2011 n. 145) teso principalmente a modificare le regole di designazione del mediatore ed il sistema tariffario della mediazione (in particolare alleggerendo in maniera significativa i costi dai quali era gravata la parte istante nel caso di mancata partecipazione della parte invitata).

La nuova svolta veniva poi sancita con l'adozione del decreto del "fare" (D.l. 21 giugno 2013 n. 69) e dalla sua legge di conversione (l. 9 agosto 2013 n. 98) che sostanzialmente ripristinava il sistema della obbligatorietà, ma introduceva altresì profonde modifiche al ruolo dell'avvocato. Ed infatti, se da un canto la riforma ha previsto la obbligatorietà dell'assistenza legale in mediazione (nelle procedure nelle quali la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale) oltre che la possibilità di certificare la conformità



dell'accordo conciliativo ai fini della sua immediata esecutività, dall'altro ha riconosciuto all'avvocato la qualifica di mediatore di diritto (pur richiedendo allo stesso una adeguata formazione di base e di aggiornamento continuo, formazione poi disciplinata con la recente delibera adottata il 21 febbraio 2014 dal Cnf).

Ma la riforma ha introdotto anche la possibilità per il giudice di ordinare nel corso del giudizio (ed anche in grado di appello) la mediazione, prevedendo altresì anche un altro strumento con l'inserimento dell'art. 185-bis c.p.c. che consente al giudice di formulare una proposta conciliativa alle parti.

Senza dimenticare che una ulteriore spinta verso l'affermazione di un sistema sempre più ampio e poliedrico di ADR è arrivata con la Direttiva del 21 maggio 2013 n. 11 l'Ue ha imposto agli Stati membri l'adozione di nuove norme (D.lgs. 130/2015) atte a regolamentare i procedimenti di ADR nei rapporti con i consumatori.

Un quadro complesso per un cantiere ancora aperto e destinato a rimanere tale a lungo. La forte spinta dell'emergenza deflattiva, le vincolanti indicazioni dell'Unione europea, l'esigenza di un riequilibrio ecologico del tasso di litigiosità, costituiscono i fattori condizionanti di un percorso verso l'abbandono di quella che è stata autorevolmente definita la "cultura del conflitto" verso la "cultura della conciliazione".

Un approccio alla soluzione del conflitto in chiave non distruttiva, ma costruttiva ove prevale l'approccio non avversariale, ma consensuale. Senza rinnegare anche contesti avversariali non distruttivi ove prevale il *fair play* e la cooperazione per una soluzione giusta o equa. Un percorso necessario e irreversibile che progressivamente sta trasformando geneticamente il tradizionale approccio conflittuale di operatori e utenti frutto di una cultura del contenzioso ormai desueta.

I benefici del sistema giustizia e del connesso sistema economico saranno notevoli e duraturi, perché in grado di incidere sul profilo relazionale del conflitto.

4. - La mediazione all'esame dell'Unione europea.

Come si è già precisato, nel maggio 2008 veniva adottata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio la prima Direttiva (2008/52/CE) in materia di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) e veniva dedicata interamente alla mediazione delle controversie civili e commerciali.

Il termine per il recepimento da parte degli Stati membri veniva fissato per il maggio del 2011 ed al contempo si stabiliva che dopo il primo quinquennio (entro il maggio 2016) la Commissione avrebbe presentato al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'attuazione della stessa Direttiva e ciò al fine di esaminare lo sviluppo della mediazione nell'Unione europea e l'impatto delle nuove norme comunitarie negli Stati membri, se del caso, formulando anche proposte di modifica.

Si tratta evidentemente non soltanto di un passaggio formale obbligato del percorso normativo, ma di un momento di studio e di analisi cruciale alla comprensione ed alla evoluzione della mediazione in Europa e, quindi, in Italia ove nel periodo indicato era al lavoro la Commissione ministeriale di studio per i sistemi di ADR (già citata) con lo scopo dichiarato di formulare una «ipotesi di disciplina organica e di riforma che sviluppi gli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato».

Il mandato scadeva infatti il 30 settembre 2016, ma il presidente della Commissione, Guido Alpa, alla fine di luglio aveva chiesto ed ottenuto un rinvio di alcuni mesi per poter meglio approfondire alcune questioni.

Questo il contesto italiano nel quale veniva a collocarsi la pubblicazione della relazione della Commissione europea del 26 agosto 2016 sull'applicazione della Direttiva 2008/52/CE relativa alla mediazione in materia civile e commerciale.



Il documento predisposto dalla Commissione assumeva dunque un peculiare rilievo proprio in Italia posto che all'epoca era in corso un approfondito confronto nella Commissione ministeriale, ma anche nelle sedi congressuali tra gli studiosi e gli operatori del sistema mediazione, finalizzato ad «armonizzare e razionalizzare un quadro normativo che attualmente sviluppa forme eterogenee di strumenti negoziali, a causa dei ripetuti interventi legislativi sulla materia, adottati per favorire la formazione e lo sviluppo di una cultura della conciliazione, agevolandone l'uso e abbattendone i costi» (secondo quelli che erano gli obiettivi dichiarati dal Ministro della Giustizia).

La relazione è strutturata in quattro parti. Dopo l'introduzione, nella quale sono chiariti l'obiettivo, il contesto e le fonti, si prosegue con una valutazione generale e poi con una valutazione di punti specifici, sino alle conclusioni che contengono indicazioni di particolare interesse.

Seguendo il percorso indicato dal documento predisposto dalla Commissione europea e che poi è andato all'esame del Parlamento europeo, del Consiglio e del Comitato economico e sociale europeo, occorre in primo luogo rimarcare l'obiettivo della Direttiva in questione che intende facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie (ADR) e promuoverne la composizione amichevole incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario. Pertanto, le parole chiave sono "facilitare l'accesso" ai procedimenti ADR, "promuovere la composizione amichevole" incoraggiando la mediazione, sempre "garantendo" un'equilibrata relazione tra mediazione e processo in un virtuoso rapporto di sinergie e complementarità per un sistema della giustizia civile sempre facilmente accessibile, più efficiente ed adeguato, con procedure ADR «concepite in base alle esigenze delle parti».

La relazione, che annovera tra le principali fonti di informazione uno studio sull'attuazione della Direttiva condotto nel 2013 e poi aggiornato nel marzo 2016, ma anche una consultazione pubblica svoltasi negli ultimi tre mesi del 2015, rileva come l'attuazione della Direttiva abbia avuto un «impatto significativo sulla legislazione di diversi Stati membri» (l'impatto varia in base al livello preesistente dei sistemi di mediazione nazionali), sensibilizzando i legislatori dei paesi membri ai vantaggi della mediazione e, in sintesi, fornendo «valore aggiunto europeo».

Una valutazione complessiva estremamente positiva rispetto alla quale nella consultazione pubblica sono state segnalate talune difficoltà pratiche nel funzionamento (come è accaduto proprio in Italia) «connesse principalmente alla mancanza di una "cultura" della mediazione». Ciò non toglie che complessivamente, dalla consultazione sia emerso come la mediazione consenta importanti risparmi di costi in un'ampia gamma di controversie civili e commerciali e che in molti casi riduca significativamente i tempi di risoluzione delle controversie.

Passando poi alla valutazione di alcune questioni particolarmente significative, si lamenta innanzi tutto l'impossibilità di raccogliere dati statistici completi e comparabili per tutte le giurisdizioni (in quanto non tutti gli Stati membri hanno previsto un sistema di rilevamento complesso e capillare qual è quello italiano) e ciò costituisce un limite nel promuovere la mediazione e la sua efficacia in quanto in assenza di una banca dati affidabile è difficile ottenere la fiducia pubblica.

Molto favorevolmente viene poi valutato il rilievo che in soli tre paesi dell'UE la Direttiva sia stata recepita al fine di disciplinare soltanto le controversie transfrontaliere senza estenderla a quelle nazionali, considerato che non vi è alcun motivo per differenziare le due diverse tipologie di liti e che quelle interne sono ben più numerose.

La questione poi dell'obbligatorietà della mediazione resta un tema centrale e pone una serie di problematiche teorico-pratiche. Dallo studio risulta che in cinque Stati membri – e tra questi l'Italia - la mediazione è obbligatoria in determinati casi specifici.



Vari Stati membri promuovono la mediazione offrendo incentivi finanziari alle parti e, più precisamente, in tredici Paesi sono offerti incentivi finanziari sotto forma di riduzioni o rimborso integrale delle spese e dei costi legati al procedimento giudiziario. Permane il confronto tra chi ritiene che la non obbligatorietà della mediazione ne ostacola la promozione e chi, invece, sostiene che per sua natura la mediazione può essere solo volontaria per poter funzionare correttamente e, se resa obbligatoria, perde la sua attrattiva rispetto alle procedure legali.

D'altronde la Direttiva «lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario» e, sul punto, la relazione della Commissione ritiene che allo stato tale previsione possa essere considerata appropriata.

In conclusione, la Commissione europea ritiene che la mediazione possa contribuire nel breve periodo «a evitare procedimenti giudiziari inutili a spese dei contribuenti e a ridurre i tempi e i costi associati alle controversie giudiziarie» e, a lungo termine, possa consentire di «creare una cultura non contenziosa in cui non esistono né vincitori né perdenti, ma *partner*».

La valutazione compiuta dimostra che in questo stadio «non è necessario modificare la Direttiva», ciò però non significa che la sua applicazione possa essere «ulteriormente migliorata». A tal fine, gli Stati membri dovrebbero adoperarsi maggiormente «per promuovere e incoraggiare l'uso della mediazione» occorrendo «ulteriori sforzi a livello nazionale per aumentare il numero di controversie per la cui risoluzione le autorità giurisdizionali invitano le parti a ricorrere alla mediazione».

Si segnalano quali esempi di migliore prassi l'obbligo per le parti di indicare nelle domande presentate agli organi giurisdizionali se la mediazione è stata tentata e l'obbligo per il giudice di considerare la mediazione in ogni fase del procedimento giudiziario, oltre che gli incentivi finanziari che rendono la mediazione economicamente più attrattiva rispetto al procedimento giudiziario.

E nel solco segnato dalla Direttiva di una equilibrata relazione tra mediazione e processo si delinea sempre più nitido un approccio ecologico alla soluzione delle controversie per un sistema sostenibile della giustizia civile. Un sistema ampio e poliedrico di *Dispute Resolution*, nel quale la giurisdizione statale si colloca quale centro gravitazionale dell'intero sistema a garanzia del diritto al ricorso effettivo ad un giudice imparziale secondo quanto sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

5. – La risoluzione del Parlamento europeo sulla mediazione.

Il ricorso alla procedura di mediazione in Italia è sei volte superiore al resto d'Europa.

Il dato è particolarmente significativo ed emerge dalla risoluzione approvata il 12 settembre 2017 dal Parlamento europeo che, in sede di analisi dell'impatto della Direttiva 2008/52/CE (sulla mediazione civile e commerciale), dopo aver rilevato una serie di aspetti positivi e di criticità nella diversificata attuazione da parte degli Stati membri, giunge a formulare cinque raccomandazioni conclusive che appaiono vere e proprie linee guida per la evoluzione della mediazione nell'ambito dell'Unione europea.

La Direttiva n. 52 del 2008 viene definita “un'importante pietra miliare” per l'introduzione e l'uso della mediazione e ciò nonostante la sua attuazione sia notevolmente diversificata tra i diversi Stati UE. Il testo della risoluzione appare di notevole interesse sin dalle sue premesse in quanto traspaiono una serie di aspetti positivi come quello dell'impatto sulle legislazioni nazionali che viene definito “decisamente positivo”, ma si prende atto che la strada da percorrere è ancora lunga: “occorre pertanto dare priorità al cambiamento di



mentalità giuridica attraverso lo sviluppo di una cultura della mediazione basata sulla risoluzione amichevole delle controversie”.

D'altronde la mediazione “può essere uno strumento utile per alleviare il carico dei sistemi giudiziari” consentendo di comporre le liti a basso costo e “garantendo nel contempo un migliore accesso alla giustizia e contribuendo alla crescita economica”. Ma l'obiettivo posto dall'art. 1 della Direttiva, quello di garantire “un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”, è ancora lontano considerato che la mediazione è utilizzata in meno dell'1% dei casi nei tribunali della maggior parte degli Stati UE.

Non vi è dubbio che la Direttiva ha apportato un valore aggiunto sensibilizzando i legislatori nazionali e determinando un certo grado di armonizzazione, per cui il Parlamento si compiace per quegli Stati membri che hanno recentemente modificato e rivisto le proprie norme relative alla mediazione (e tra questi l'Italia), mentre deplora quegli Stati che si sono limitati a trasporre la Direttiva per le sole controversie transfrontaliere.

Un altro aspetto critico (rispetto al quale invece l'Italia costituisce sicuramente una *best practice*) attiene alla difficoltà di ottenere dati statistici globali sulla mediazione, inclusi il numero di casi mediati, la durata media e le percentuali di successo delle procedure di mediazione. Invero, come opportunamente osserva il Parlamento europeo “in assenza di una banca dati affidabile, è molto difficile promuovere ulteriormente la mediazione e accrescere la fiducia dei cittadini nella sua efficacia”.

All'esito dell'analisi condotta sulla base di quattro studi puntualmente richiamati, il Parlamento ha ritenuto di formulare cinque raccomandazioni la prima delle quali è indirizzata agli Stati membri i quali vengono invitati “a approfondire maggiori sforzi per incoraggiare il ricorso alla mediazione nelle controversie civili e commerciali” sia con opportune campagne di informazione sulla validità della procedura e sui suoi vantaggi in termini di economicità dei tempi e delle spese, ma anche - e questo è un passaggio fondamentale - “per assicurare una migliore cooperazione tra i professionisti della giustizia” ritenendo a tal fine necessario lo scambio delle migliori prassi nelle varie giurisdizioni nazionali, “al fine di aumentare la consapevolezza dell'utilità della mediazione”.

Le altre quattro raccomandazioni sono invece rivolte alla Commissione europea e sono tutte improntate a disegnare il quadro evolutivo che il Parlamento intende tracciare per il futuro della mediazione nell'Unione.

In primo luogo, vi è l'invito a valutare la necessità di elaborare norme di qualità per i servizi di mediazione, ed in particolare sotto forma di “norme minime a garanzia della coerenza” così da promuovere ulteriormente il ricorso a tale istituto.

La seconda raccomandazione è rivolta a valutare la necessità per gli Stati membri di creare e mantenere registri nazionali dei procedimenti mediati e ciò sia a fini informativi della Commissione sia a beneficio dei mediatori nazionali per trarre vantaggio dalle migliori pratiche europee.

Ed ancora, si raccomanda di effettuare “uno studio dettagliato sugli ostacoli alla libera circolazione degli accordi di mediazione esteri nell'Unione e sulle varie opzioni esistenti per promuovere l'utilizzo della mediazione quale modalità valida, accessibile ed efficace di risoluzione delle controversie interne e transfrontaliere nell'Unione”.

Infine, ma la raccomandazione appare quella più importante sotto il profilo politico, si raccomanda alla Commissione di valutare - nel contesto della riflessione sulla revisione normativa - di “trovare soluzioni al fine di estendere, se possibile, l'ambito di applicazione della mediazione anche ad altre questioni civili o amministrative”.

La strada è segnata. E l'Italia ha assunto di fatto un ruolo cardine nell'evoluzione della mediazione in quanto le scelte legislative adottate - tra luci ed ombre - hanno consentito di maturare esperienze che costituiscono un



punto di riferimento unico nel panorama internazionale. Un rinnovato modo di intendere e garantire l'accesso alla giustizia che si fonda sul corretto equilibrio tra processo e mediazione.

6. - L'equilibrio tra mediazione e processo.

Dall'analisi dei dati statistici disponibili a livello europeo emergono così due evidenti paradossi. In primo luogo, si rileva che nell'Unione europea soltanto una controversia su cento di quelle che arrivano nei tribunali approda in mediazione. In secondo luogo, ed è forse il vero paradosso della mediazione (in Italia e per converso anche in Europa), è che il ricorso alla procedura di mediazione in Italia – come si è visto - è sei volte superiore al resto d'Europa.

L'obiettivo posto con la Direttiva n. 52/2008 appare ancora lontano: occorre incoraggiare il ricorso alla mediazione per facilitare l'accesso alla giustizia, una giustizia condivisa e sostenibile, che non si identifica con la giurisdizione e che con questa stabilisce un rapporto di equilibrio e non di regola-eccezione (v. art. 1, Dir. 52/2008).

Equilibrio che sancisce tra mediazione e processo pari dignità ai fini della definizione del contenzioso, ma che consente di rileggere la condizione di procedibilità preventiva (*ex lege*) o successiva (*iussu judicis*) - introdotta dal legislatore nazionale nell'attuare la Direttiva UE - quale strumento che mira a garantire un diritto attraverso l'imposizione di un obbligo procedimentale di sistema.

D'altronde «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 e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera» (considerando 6, Direttiva 52/2008).

Il legislatore europeo indica quale obiettivo prioritario la promozione della composizione amichevole delle controversie attraverso la costruzione responsabile del consenso, incoraggiando il ricorso alla mediazione. La mediazione infatti costituisce per sua natura il principale strumento di composizione dei conflitti che consente di creare quel "cemento sociale" necessario al progresso di una società civile. L'accesso alla giurisdizione dello Stato costituisce in questa prospettiva un diritto inviolabile, ma che non è in grado di assicurare la ricostruzione di relazioni conflittuali per una profonda e duratura pacificazione sociale.

La sentenza che perviene a dirimere la lite, recide i rapporti quasi sempre perpetuandone nel tempo e nelle generazioni gli effetti. E la pacificazione imposta, se pur "in nome del Popolo Italiano", non assicura quell'obiettivo che diviene prioritario in una società civile matura. Il conflitto è sinonimo di diversità e se la diversità è un valore occorre alimentare e moltiplicare percorsi mediativi che offrano ai contendenti occasioni di composizione nei quali sia al centro la persona in quanto valore costituzionalmente prioritario.

La mediazione quale strumento giuridico-sociale, pone al centro l'autonomia delle parti in un sistema eterodiretto garantito dallo Stato quale opportunità di sviluppo della personalità del singolo nella comunità cui appartiene e di affermazione dei doveri di solidarietà reciproca.

Ma i temi che hanno attanagliato il dibattito italiano nella doppia prospettiva *de jure condito/de jure condendo* sono tuttora quelli connessi all'obbligatorietà e all'effettività. Forse occorrerebbe prendere atto dell'esigenza dell'impiego di forme di obbligo in chiave promozionale (unitamente ad un incremento di attività informative e formative, oltre che di incentivi non solo fiscali) per il necessario riequilibrio (qualitativo e quantitativo) e che la mediazione è o non è (quindi è sempre "effettiva").



La riflessione ed il dibattito dovrebbero quindi spostarsi sia in sede interpretativa, ma ancor più in fase propositiva, nella distinzione tra mediazione e altri procedimenti ADR di tipo valutativo (sia pur non vincolanti) e, ancor di più, sul tema dei costi della mediazione e dei costi dell'accesso al processo, in una prospettiva che miri a ripensare il costo del più complesso e articolato sistema della giustizia civile.

Più che discorrere di “degiurisdizionalizzazione” delle tutele occorrerebbe affrontare il tema dei nuovi confini della giurisdizione e del nuovo ruolo del giudice in un sistema della giustizia in tal senso evoluto. Non occorre portare fuori dalla giurisdizione le tutele, ma occorre rafforzare la giurisdizione per rafforzare le tutele, al contempo offrendo procedimenti a-giurisdizionali regolamentati e che prevedano percorsi compositivi basati sulla costruzione del consenso e non sulla forza della cogenza del *dictum* del terzo.

Sistemi negoziali nei quali si costruisce un consenso consapevole e responsabile con l'ausilio di un terzo indipendente ed imparziale con funzioni affatto diverse. Da un lato il mediatore, che facilita la soluzione puramente negoziale, dall'altro, forme di arbitrati non vincolanti, dove l'arbitro è il terzo che formula proposte di soluzione basate su criteri predeterminati (diritto, equità, codici di condotta, etc.) poi accolte dalle parti. Accordi compositivi delle controversie ai quali le parti pervengono attraverso diversi percorsi scelti dalle stesse o suggeriti/ordinati dalle legge o dal giudice.

Non si tratta dunque di degiurisdizionalizzare le tutele. Si tratta di consentire alla giurisdizione di garantire la tutela dei diritti quando è necessario, intervenendo tempestivamente ed efficacemente. Si tratta di aprire spazi di autonomia negoziale regolamentata nei quali consentire alle parti opportunità compositive extragiudiziarie prima del processo e durante lo stesso, mai confondendo ruoli e funzioni.

La Direttiva n. 52/2008 invero non chiede di degiurisdizionalizzare alcunché e tantomeno le tutele. La Direttiva mira ad un sistema di giustizia equilibrato ed integrato, un sistema sostenibile nel quale la risorsa giurisdizionale possa operare in un alveo fisiologico (di tipo qualitativo e quantitativo).

L'accesso alla giustizia o meglio a sistemi di risoluzione non giurisdizionali di composizione delle liti civili anche attraverso forme di obbligatorietà risponde ad esigenze sociali e culturali più che a mere problematiche emergenziali. Anzi proprio le forti spinte derivanti dalla situazione di collasso nella quale, in certi contesti, ci si ritrova ad operare denotano quanto occorra andare alle radici della conflittualità piuttosto che continuare ad operare nel circuito della ricerca del rimedio processuale e poi del rimedio del rimedio e poi ancora così all'infinito.

7. - La caratura assiologica della mediazione.

Alla luce delle riflessioni svolte emerge in tutta la sua evidenza la caratura assiologica che la mediazione assume nel contesto ordinamentale europeo e, quindi, nazionale tale da imporre una rilettura della mediazione nel sistema dei valori costituzionalmente protetti.

Ed invero, sinora, la lente costituzionale attraverso la quale è stata osservata la nuova ‘creatura’ (che proprio in virtù delle scelte del legislatore europeo non può trovare similitudini se non meramente tecnico-procedimentali con preesistenti strumenti conciliativi tuttora vigenti) sembra restare ancorata al contesto normativo definito di “giurisdizione condizionata”. Il riferimento è a quella giurisprudenza costituzionale che sin dagli anni Sessanta è stata chiamata a verificare la legittimità di quelle norme che prevedevano tentativi obbligatori di conciliazione ritardando *ipso facto* l'accesso alla giurisdizione dello Stato.

Quell'approccio derivava dall'esigenza di accertare se il diritto fondamentale di accesso alla giustizia tutelato dall'art. 24 Cost. potesse essere in qualche modo condizionato da meccanismi di filtro preventivo con finalità precipuamente deflative. Una giurisdizione statale onnivora (per ciò stesso identificata con l'accesso alla



giustizia *tout court*) costituiva così causa ed effetto di una prospettiva nella quale tra strumenti conciliativi e processo civile si delineava un chiaro rapporto tra regola ed eccezione. Il primo quale strumento di tutela dei diritti costituzionalmente garantito, il secondo quale eccezione da giustificare solo in una logica emergenziale e deflattiva e da rendere sempre conforme al principio.

Ma l'adozione della Direttiva n. 52/2008 (ed in Italia la legge delega di cui all'art. 60 l. 69/2009 e di qui il D.lgs. 28/2010, con la riforma poi attuata con la l. 98/2013) riscrive il rapporto tra giurisdizione e ADR e, specificamente, tra giurisdizione e mediazione.

La dottrina più autorevole ed attenta non ha mancato di rilevare come in questo rinnovato contesto normativo di origine europea, la mediazione divenga fattore di progresso individuale e sociale che introduce e codifica un nuovo e diverso intervento del "terzo" nella lite. La tutela dei diritti non viene così né obliterata né ritardata, ma la persona diviene titolare del diritto alla mediazione consentendo alle parti di confrontarsi in un contesto relazionale utile alla soluzione amichevole. Diritto alla mediazione e diritto alla tutela giurisdizionale divengono i due lati della stessa medaglia nella quale l'equilibrio è dato proprio dall'esigenza sociale, ormai emergenziale, di dare strumenti di pacificazione indispensabili al riequilibrio fisiologico del tasso di litigiosità.

Le gravi inefficienze del sistema giudiziario determinate per lo più da una domanda ipertrofica, postulano l'accesso a sistemi che intervengono sulle cause di questa crisi e non soltanto sugli effetti. La mediazione, nell'esaltare il ruolo dell'autonomia privata nella composizione dei conflitti e nell'evitare l'automatismo della delega allo Stato nella fase patologica del rapporto, intende incidere proprio sul tasso di litigiosità riducendo al contempo (attraverso un riequilibrio ecologico) anche la domanda finalizzata alla tutela dei diritti.

Il diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. costituisce così diritto inviolabile della persona (ex art. 2 Cost.), ma non oblitera il diritto alla mediazione, non solo quale forma "altra" di accesso alla giustizia, ma quale espressione diretta dell'esigenza di sviluppo della persona nelle relazioni interpersonali e comunitarie, nell'attuazione del complementare principio di solidarietà. Il personalismo costituzionale che pone quale perno assiologico il valore della persona, esige in un rinnovato contesto culturale e sociale europeo che l'accesso alla mediazione sia garantito e incentivato quale opportunità prioritaria, e non secondaria e residuale.

La mediazione diviene quindi un diritto della persona per la soluzione delle controversie in maniera responsabile, senza deleghe, e al contempo senza pregiudizio per la tutela (eventuale) del diritto sostanziale in sede giurisdizionale.

Un profondo e complesso mutamento culturale, destinato a trasformare radicalmente non soltanto l'approccio al conflitto, ma anche le dinamiche endoprocessuali ove il giudice con i poteri offerti dalla riforma del 2013 può formulare ipotesi conciliative/transattive (art. 185-bis c.p.c.) e può demandare le parti in mediazione (art. 5, comma 2, D.lgs. 28/2010), divenendo attento promotore ed attuatore di un 'sistema giustizia' complesso nel quale la giurisdizione (divenuta "minima" e "sussidiaria") appare quale argine estremo per la pacifica convivenza sociale.

E se la mediazione diviene strumento di sviluppo del valore della persona umana nel momento in cui si configge nel contesto relazionale e comunitario nel quale la stessa volta a volta agisce, non si potrà prescindere dalla sua attuazione nel quadro dei doveri di solidarietà sociale.

Così al diritto della parte che intende mediare non potrà non corrispondere un dovere di solidarietà della parte invitata a partecipare alla mediazione.

L'art. 2 Cost., quale clausola generale aperta espressione del personalismo e solidarismo costituzionale, diviene il fondamento non soltanto dell'art. 24 Cost., inteso quale norma di tutela dell'accesso alla giurisdizione, ma altresì di un più facile, adeguato e diverso accesso alla giustizia in una prospettiva attuativa del pieno sviluppo della persona tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà.



Il 20 marzo 2010 segna così la data in cui la mediazione delle controversie diviene vigente nell'ordinamento italiano, collocandosi in un assetto assiologico che attraverso la Direttiva n. 52/2008 assegna al nuovo istituto una valenza del tutto nuova e che non resta confinata alle tecniche procedurali, ma che si schiude ad un orizzonte ben diverso nel quale il legislatore europeo e poi quello italiano approdano attuando i principi fondamentali dell'accesso alla giustizia.

8. – La negoziazione assistita ed il ruolo dell'avvocato.

La storia recente dell'evoluzione normativa del sistema processuale civile e più in generale dei sistemi di risoluzione delle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, lascia emergere con palese evidenza, pur tra innumerevoli contraddizioni e tra rallentamenti e accelerazioni più o meno prevedibili, una particolare propensione del legislatore alla introduzione di procedimenti "alternativi" all'ordinario processo giurisdizionale.

La decisa spinta europea verso nuovi metodi di composizione dei conflitti, l'emergenza ormai cronica di un processo civile gravemente inefficiente, costituiscono poi le ragioni che hanno indotto il legislatore italiano - anche attraverso l'utilizzo della decretazione d'urgenza - ad una serie di riforme la cui efficacia deve essere valutata con attenzione e non soltanto sotto il profilo deflattivo.

Per cui, se da un lato si è ritenuto di rendere sempre più oneroso e complesso l'accesso alla giurisdizione statale aumentando in più riprese il contributo unificato per le spese di giustizia e riducendo sempre più le possibilità del gravame o del ricorso di legittimità, dall'altro - in attuazione della Direttiva 52/2008/CE - si è aperto il fronte della mediazione e con essa dei sistemi di ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

Non appare necessario in questa sede ripercorrere le tappe che hanno segnato l'adozione del D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 e delle resistenze che tale normativa ha incontrato soprattutto tra l'avvocatura, attenuate dopo le modifiche legislative del 2013, resistenze che non ha trovato la riforma imperniata sulla negoziazione assistita. L'allargamento del panorama dei sistemi di ADR di origine legislativa costituisce sicuramente una novità di interesse e risponde alla poliedricità dei nuovi metodi risolutivi delle liti. Infatti, la logica che muove - o meglio - che dovrebbe muovere la creazione di questi strumenti dovrebbe rispondere all'esigenza di offrire ai confliggenti opportunità solutive adeguate alla controversia da risolvere. Un'offerta diversificata che si pone dinanzi alla domanda di giustizia delle parti i cui interessi dovrebbero orientarne la scelta.

Invero la strategia del legislatore italiano preoccupato di ridimensionare il carico straordinario di arretrato che comprime il processo ordinario è sempre orientata ad una prospettiva se non esclusivamente, prevalentemente deflattiva.

Gli obiettivi ambiziosi posti con l'avvento della mediazione sembrano sbiadire se paragonati a quelli ancor più salvifici posti con la normativa del 2014. Un rincorrersi di obiettivi e di promesse difficilmente realizzabili e che a distanza di quattro anni mostra le sue debolezze (fatta eccezione per la negoziazione assistita in materia familiare).

Il problema tuttavia non può identificarsi con l'esigenza di deflazionare il carico dei processi civili (obiettivo necessario, ma da perseguire attraverso percorsi più complessi utilizzando contestualmente strategie a breve, medio e lungo termine) che pur orienta le scelte del legislatore, a volte frustrandone più ampi e duraturi orizzonti, ma non può esaurirsi nemmeno con lo strumento risolutivo prescelto in quanto tale poiché è evidente che la sua efficacia dipende dalla specifica normativa con cui viene regolamentato ed orientato.



L'ipertrofia della giurisdizione, da più parti indicata quale causa e quale conseguenza della crisi del sistema giustizia in Italia, non ha trovato certo la sua cura con la negoziazione assistita o con la *translatio iudicii* in sede arbitrale.

Le ragioni sono davvero fin troppo evidenti, come è evidente che la normativa adottata nel 2014 – che in qualche modo sostanzialmente clonava quella in materia di mediazione dimenticando il ruolo chiave della presenza del terzo imparziale e dell'organismo che amministra la procedura – sembra essere stata elusa ponendo la negoziazione assistita quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale per talune controversie.

Peraltro, proprio in relazione all'obbligatorietà della negoziazione assistita non possono non ribadirsi taluni dubbi di costituzionalità se si considera che la mera negoziazione diretta (pur con l'assistenza dell'avvocato, che non incide sulla struttura e sulla funzione della stessa) non rientra tra i sistemi di ADR (eterodiretti, strutturati e regolamentati) individuati nelle Direttive europee di riferimento (e ciò nonostante quanto autorevolmente affermato dalla Corte Cost., sent. 7 luglio 2016, n. 162).

Infatti, ritardare l'avvio del processo obbligando le parti a negoziare e con l'assistenza dell'avvocato sembra collidere con i principi fondamentali che tutelano l'autonomia privata (art. 41 Cost.). È indubbio infatti che le parti sono libere di negoziare dei loro diritti senza obblighi di assistenza alcuna (tantomeno degli avvocati, dei quali si sarebbe potuto prevedere l'intervento - come in mediazione – anche soltanto all'esito dell'accordo ai fini della sua esecutività) nella fase patologica del rapporto e, quindi, obbligare a negoziare, per giunta con l'assistenza dell'avvocato, ritenendo che in alcune controversie tale attività costituisca condizione di procedibilità, mortifica l'autonomia dei privati, senza al contempo offrire agli stessi un percorso di ADR eterodiretto che possa in qualche modo giustificare anche il ritardo nell'accesso alla giurisdizione.

Una logica meramente deflattiva infatti non può rendere legittima *ipso facto* ogni forma di obbligo che il legislatore ritenesse di introdurre ritardando l'accesso alla giurisdizione per la tutela dei diritti delle parti coinvolte (art. 24 Cost.). La negoziazione costituisce attività privata alla quale le parti non possono essere obbligate e la previsione dell'obbligo dell'assistenza legale, lungi dal legittimarla, ne certifica la sua gravosità e la rende del tutto ingiustificata.

Prevedere prassi virtuose ovvero la possibilità per le parti e per i loro avvocati di vincolarsi volontariamente a forme di negoziazione anche assistite, legislativamente disciplinate o previste da protocolli ai quali aderire volontariamente, costituisce invece la strada per consentire di introdurre forme complesse di negoziazione e percorsi collaborativi utili ad affermare nuove strategie compositive delle liti mediante la partecipazione. Sistemi responsabili e condivisi sono altamente auspicabili, ma immaginare che la strada da percorrere per la loro introduzione e affermazione sia quella dell'obbligatorietà, denota una errata quanto implicita assimilazione di percorsi – negoziazione e mediazione - che possono essere accomunati soltanto perché dal punto di vista formale possono concludersi con un accordo.

Una riforma quella del 2014, sicuramente imperniata sul ruolo dell'avvocato e sul contributo che questi può offrire oltre i confini della difesa giudiziale.

In questo panorama gli avvocati, dopo essere divenuti mediatori "di diritto" nel 2013, hanno acquistato sia pur implicitamente il ruolo di negoziatori di diritto e di arbitri di diritto, nel senso che è stato loro affidato e non solo in mediazione (quali mediatori e quali assistenti delle parti), ma anche nella negoziazione assistita (quali negoziatori prima e garanti poi della validità dell'accordo destinato a divenire poi titolo esecutivo), oltre che in sede di arbitrato a seguito della traslazione del processo (quali arbitri e quali difensori delle parti), una notevole responsabilità che costituisce anche una sfida per l'innovazione della professione.

Una centralità del ruolo dell'avvocato che consente di riscoprire le radici di un'attività extragiudiziale e/o extracontenziosa ormai smarrita in quanto fagocitata dallo studio del processo e delle sue regole quale unica



via per la soluzione delle liti. Una centralità che deve responsabilizzare ancor di più l'avvocato nella fase di studio e di valutazione strategica per la composizione della controversia al fine di soddisfare al meglio l'interesse del cliente.

Di qui l'esigenza insita nel dettato normativo del 2014 di una adeguata formazione. Occorre dunque una approfondita riflessione sulla formazione del giurista e, in particolare, dell'avvocato. Le università ed il Cnf divengono necessari promotori di percorsi formativi specialistici sulla mediazione, sulla negoziazione, sull'arbitrato ed in generale sui procedimenti di ADR, perché questi strumenti possano divenire patrimonio culturale necessario della professione consentendo così di raccogliere quelle straordinarie potenzialità che prescindono anche dal quadro normativo apprestato dal legislatore.

9. - L'efficienza della giustizia civile per la crescita economica.

«La crescita è l'unica direzione del paese, dobbiamo costruirla insieme». Sono le parole del presidente di Confindustria, Vincenzo Boccia, più volte ribadite, il quale qualche anno addietro, scriveva nell'*incipit* di una prefazione ad un libro sui temi della giustizia civile che «Una giustizia rapida ed efficace è il sogno di ogni imprenditore».

Oggi più di ieri l'imperativo espresso dal presidente Boccia deve trovare accoglimento e condivisione perché il sistema paese possa divenire competitivo consentendo di tornare a crescere. Ed uno dei settori che non può ritenersi estraneo alle esigenze della crescita e che, quindi, deve divenire competitivo è quello della giustizia civile.

Già da almeno un decennio una serie di studi hanno posto in evidenza come il tema giustizia sia centrale anche per la crescita economica. I tempi dei processi sono irragionevolmente lunghi e questo appare inaccettabile in un paese civile. Secondo gli studiosi di queste tematiche ai fini della valutazione del grado di efficienza di un sistema giudiziario la variabile più rilevante è quella dei "tempi medi" di risoluzione delle controversie, perché suscettibile di incentivare il ricorso pretestuoso alla giustizia (comportamenti opportunistici), creando una congestione che si autoalimenta (componente patologica della domanda di giustizia civile).

È stato infatti rilevato che ciò incide negativamente sulla fiducia dei cittadini e delle imprese, rendendo eccessivamente rischiosa l'attività d'impresa. L'inefficienza del sistema giudiziario civile riduce in tal modo la propensione ad investire, disincentiva la crescita delle imprese e ostacola lo sviluppo dei mercati finanziari. Le scelte di finanziamento vengono distorte e frenano gli investimenti dall'estero.

Gli studi teorici sui temi dell'efficienza della giustizia civile e dei suoi effetti sull'economia sono relativamente recenti, ma le rilevazioni statistiche hanno da tempo accertato una diretta incidenza dell'una sull'altra. La variabile "tempi" per il processo civile diviene centrale in quanto produce altresì un aumento dei costi e consistenti fenomeni di autoalimentazione della domanda. La lentezza quindi sia quale "indicatore" dell'inefficienza della giustizia, sia quale "causa" della stessa. Dette caratteristiche della lentezza emergono anche quando si esaminano le interazioni tra efficienza della giustizia civile ed efficienza del sistema economico. È stato rilevato infatti come una giustizia lenta intralcia il corretto funzionamento della concorrenza nel mercato dei prodotti e produce una perdita di efficienza nell'intero sistema economico.

E allora per crescere occorre migliorare l'efficienza della giustizia e, piuttosto che ricercare le soluzioni (ancora una volta e quasi esclusivamente) in nuove riforme del processo civile, occorre lavorare sull'efficienza organizzativa degli uffici che operano per lo più secondo meccanismi ormai inadeguati. In questa prospettiva il



processo telematico costituisce sicuramente una straordinaria innovazione tecnologica e culturale che sta supportando un rinnovato sistema organizzativo degli uffici giudiziari.

Ma la mera riorganizzazione che pur appare indispensabile, apparirebbe una scelta miope se non fosse accompagnata da un rinnovato approccio alla cultura del conflitto in una prospettiva che recida il binomio, che sino a qualche anno addietro appariva indissolubile, tra controversia civile e processo statale, tra l'insorgere della lite e l'accesso alla giurisdizione dello Stato.

Le riforme, che dal 2010 con l'introduzione della mediazione delle liti civili e commerciali sulla spinta delle indicazioni dell'Unione europea hanno allargato l'orizzonte dei sistemi di risoluzione delle controversie con la disciplina dei c.dd. procedimenti ADR (*Alternative Dispute Resolution*), hanno consentito di comprendere quanto sia rilevante per migliorare l'efficienza del sistema della giustizia civile e, quindi, del sistema economico diffondere e promuovere una nuova cultura dell'accesso alla giustizia civile.

Insomma accanto ad un processo giurisdizionale rapido ed efficiente occorre sviluppare gli strumenti di ADR e cioè quei procedimenti che, riaffermando la centralità dell'autonomia privata anche nella fase della gestione della lite, possono concorrere ad una soluzione più adeguata al soddisfacimento degli interessi delle parti, conseguendo altresì anche un fisiologico riequilibrio tra domanda ed offerta di giustizia.

Economicità, rapidità, negoziabilità della soluzione costituiscono le premesse di un nuovo modo di intendere l'accesso alla giustizia civile attraverso gli ADR che corre parallelo all'indispensabile strumento giudiziale statale, ove si riaffermano le tutele dei diritti, quando richieste perché necessarie. E l'efficienza di quest'ultimo diviene il presupposto necessario per lo sviluppo degli altri.

In questa ottica un ruolo cardine assume la già richiamata Direttiva 2008/52/CE in materia di mediazione civile e commerciale, che all'articolo 1 fissa un ambizioso obiettivo agli Stati membri: «facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie» promuovendo la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione. Quindi promuovere e incoraggiare soluzioni amichevoli con particolare attenzione alla mediazione, «garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario».

Un equilibrio tra mediazione e processo che riscrive il sistema della giustizia civile in una diversa logica nella quale i due percorsi appaiono differenti, ma complementari, funzionali a diversi meccanismi risolutivi, ma integrati. Appare chiaro tuttavia che la chiave qualitativa non può e non deve escludere quella quantitativa proprio al fine di un riequilibrio tra i diversi procedimenti alleggerendo e filtrando le domande di giustizia che possono trovare risposta in mediazione o attraverso altri metodi estragiudiziali. In questa ottica forme di obbligatorietà appaiono promozionali e necessarie a fondare un approccio responsabile alla gestione della lite, come anche incentivi e sanzioni finalizzati ad orientare buone prassi ed un utilizzo adeguato di tutti i percorsi.

10. - Gestione sostenibile del conflitto e vantaggio competitivo per l'azienda.

Le gravi problematiche derivanti dalla crisi economica che pervadono ad ogni livello l'attività di impresa rischiano di lasciare in secondo piano talune opportunità fondamentali in grado di indurre mutamenti endogeni nel contesto aziendale.

L'attuale situazione invero impone alle imprese - oggi più che mai - di creare vantaggi competitivi attraverso una gestione innovativa, reagendo alle sollecitazioni che provengono non solo dal mercato. È indubbio che le relazioni con i diversi *stakeholders* rappresentano per l'impresa un vero patrimonio e che l'inevitabile conflittualità derivante da queste complesse relazioni richiede capacità adeguate e scelte strategiche utili ad



un consolidamento nel medio-lungo periodo. Stabilità dei rapporti e durevolezza degli stessi costituiscono poi la base delle *performance* di un'azienda da raggiungere mediante la creazione di vantaggi competitivi.

In questa ottica assume un significato del tutto peculiare l'introduzione da parte del legislatore in questi ultimi anni di strumenti conciliativi extragiudiziali finalizzati alla soluzione delle controversie civili e commerciali in una logica condivisa e sostenibile.

La crisi del sistema giudiziario italiano diviene così l'occasione per una svolta culturale e per avviare un percorso innovativo per le imprese. L'accesso alla giustizia statale diviene il rimedio estremo mentre si perseguono approcci cooperativi utili non solo a risolvere la controversia, ma a consolidare o addirittura implementare le relazioni.

La reciproca soddisfazione di interessi e bisogni è la chiave di una strategia vincente in mediazione; la logica *win/win* per la soluzione di liti aziendali anche transnazionali diventa l'approccio strategico dell'impresa che intende creare valore. Non si preclude l'accesso alla tutela giudiziale, ma si creano, anche mediante strategie di *market driving*, i presupposti di migliori *performance* per l'azienda.

Rapidità (durata massima tre mesi), economicità (tariffe chiare e predeterminate, parametrize al valore della lite), riservatezza (obbligo di riserbo e segreto), caratterizzano la mediazione, ma occorre considerare anche le agevolazioni fiscali (esenzione dall'imposta di bollo, dall'imposta di registro fino al valore di 50mila euro, credito di imposta per l'indennità fino al valore massimo di 500 euro), la possibilità di tutelare l'accordo (che può essere reso esecutivo mediante un procedimento di omologazione in tribunale ovvero con la certificazione di conformità degli avvocati), l'interruzione dei termini di prescrizione e decadenza, costituiscono le premesse normative utili a supportare nuove scelte nella gestione delle liti. Professionalità e specializzazione degli organismi e dei mediatori sono poi la garanzia affinché le parti coinvolte nella controversia possano non solo raggiungere un risultato, ma che lo stesso sia soddisfacente e migliorativo dal punto di vista della relazione.

La mediazione e gli altri strumenti di A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*) offrono agli imprenditori la possibilità di costruire sistemi efficaci per la composizione delle controversie ottenendo un immediato vantaggio competitivo rispetto a chi restando ancorato alla cultura del conflitto (*win/lose*) si troverà sempre più emarginato anche nelle relazioni commerciali in un processo di inevitabile selezione tra imprese e tra imprese e consumatori.

Ed allora anche la possibilità di inserire clausole *ad hoc* nei contratti e negli statuti diviene una precisa scelta di strategia aziendale per la gestione attraverso sistemi alternativi delle liti che dovessero insorgere. Clausole di mediazione e/o di arbitrato (con meccanismi *multi-step*) sono in grado di creare già nella fase iniziale del rapporto quella fiducia necessaria a far emergere condivisione di obiettivi utili e sostenibili.

Un rinnovato modo di gestione del conflitto che dall'ascolto attivo trae strumenti di composizione che mirano a creare valore e non a distruggerlo. L'efficacia della mediazione, da intendersi quale capacità di produrre un risultato utile, con un procedimento informale e strettamente dipendente dalla professionalità del mediatore, diviene fonte di un vantaggio competitivo per le imprese che appare tanto più rilevante se rapportato alla difficile situazione economica attuale. La necessaria rigidità del processo civile e l'agonia nella quale si dibatte da decenni, per l'incapacità di fare fronte ad una esasperata domanda di giustizia che ritardandone enormemente i tempi finisce per negarla, soprattutto in simili periodi di crisi del sistema economico, possono contribuire solo ad avviare percorsi senza uscita.

La situazione contingente e gli orientamenti del *management* aziendale richiedono dunque strumenti di gestione del conflitto che siano flessibili ed agili e che soprattutto rispondano ad un più complessivo progetto di gestione del patrimonio di relazioni dell'impresa. Mediazione e strumenti di A.D.R. offrono all'impresa non



solo soluzioni sostenibili, ma un vantaggio competitivo strategico da cogliere anticipando anche gli ulteriori e non lontani sviluppi culturali e legislativi in sede europea e nazionale.

11. - La gestione del conflitto nel percorso strategico dell'impresa etica.

Nel 2001 il Libro Verde della Commissione europea ha definito la CSR (*Corporate Social Responsibility*) "l'integrazione da parte delle imprese, delle preoccupazioni sociali ed ecologiche nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate". Questa definizione costituisce un passaggio significativo nel percorso compiuto negli ultimi tre lustri dalla cultura d'impresa costantemente protesa verso un nuovo modo di intendere la sua azione sul territorio e nel mercato globale.

Sempre più frequentemente infatti nell'azione dell'imprenditore emerge una rinnovata consapevolezza nel calcolo costo-benefici. La complessità del mercato globale in un'epoca di profonde e rapide trasformazioni postula un diverso approccio in una logica di lungo periodo che integri valutazioni e scelte responsabili.

La consapevolezza della centralità dell'impresa nel mondo dell'economia non può prescindere da analoga consapevolezza della centralità dell'impresa nel contesto dello sviluppo sociale e della tutela ambientale. Qui nasce un nuovo modo di fare impresa in una logica del profitto che non è mera speculazione. L'impresa aderisce spontaneamente a *standard* etici e sociali che superano notevolmente le prescrizioni normative vigenti in una prospettiva di valorizzazione di tutti gli *stakeholders* (azionisti, dipendenti, fornitori, clienti, ambiente, collettività, organizzazioni sociali, autorità pubbliche). Si assume un modello gestionale competitivo e dinamico in grado di incrementare gli *standard* di sviluppo sociale, di tutela dell'ambiente, di rispetto dei diritti fondamentali.

Così la riduzione dell'impatto ambientale, la sicurezza dei lavoratori, la qualità e la sicurezza dei prodotti, la formazione e la valorizzazione delle competenze dei lavoratori divengono obiettivi dell'azione economica dell'impresa e non laccioli posti dall'ordinamento giuridico. Occasione di sviluppo socio-economico integrato che consente all'imprenditore di ottenere benefici economici consolidati.

Il raggiungimento di obiettivi sociali ed ambientali in una prospettiva etica d'impresa si trasforma così in un notevole beneficio aziendale. La massimizzazione del profitto viene perseguita in una nuova logica in grado di valorizzare in una strategia relazionale la varietà degli *stakeholders* che influenzano sempre più l'attività imprenditoriale. La CSR si integra in tal modo nel *management* aziendale divenendo un investimento e non un costo. Essere "socialmente responsabili" significa investire sul capitale umano, sull'ambiente e sulle relazioni con gli *stakeholders*. Il percorso dell'impresa scopre così le certificazioni etiche ed ambientali (SA8000, ISO 14001 e Registrazione EMAS, OHSAS 18001), il bilancio ambientale e sociale, il *report* di sostenibilità; nascono i *business plan* e i *budget* nei quali si integra la dimensione sociale ed ambientale valutando le *performance* in queste aree, si conducono *audits* sociali e ambientali programmando aggiornamenti periodici, si adottano codici etici, etc.

L'impegno etico nell'azione imprenditoriale diviene un valore aggiunto e la trasparenza nella comunicazione trasferisce al *brand* credibilità ed affidabilità consolidandone la posizione sul mercato.

Lungo questo sentiero è singolare rilevare come proprio nell'ultimi anni seguendo percorsi autonomi si sia affermata anche una nuova logica nella gestione delle liti commerciali e, più in generale, del *conflict management*. Invero, il conflitto è potenzialmente insito nella contrapposizione di interessi e posizioni di due o più parti nel rapporto e diviene quindi strumento di azione e di valutazione di un'azienda che intenda operare secondo i criteri di CSR. A ben guardare il *conflict management*, sia nella fase fisiologica dei rapporti



sia in quella patologica, nella quale il conflitto assume i connotati di una vera e propria controversia, diviene la “regia” della comunicazione e della interazione dell’impresa con i suoi numerosi *stakeholders*.

È proprio mediante la sana gestione di un conflitto potenziale o attuale che vengono costruite, rinsaldate o ricostruite le relazioni positive nell’azione d’impresa. In questa direzione l’azienda vive il conflitto quale risorsa alla quale attingere per migliorare ed intessere nuove relazioni superando la logica della contrapposizione anche nelle fasi patologiche del rapporto.

Non sempre infatti sarà possibile gestire il conflitto trasformandolo immediatamente in una opportunità. Ma anche la controversia insorta costituirà una nuova occasione per misurare la capacità di pervenire ad una soluzione *win-win* mediante percorsi conciliativi ed in generale di A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*). La scelta dei nuovi metodi per la soluzione delle liti, primo fra tutti la mediazione, sino ad arrivare all’arbitrato, offrono all’impresa un valore aggiunto consentendo alla stessa una gestione sostenibile del contenzioso, peraltro notevolmente ridotto da una proficua attuazione degli strumenti del *conflict management*.

Una gestione responsabile e propositiva delle liti con tutti gli *stakeholders* contribuisce a creare nel momento della “crisi” la massima credibilità ed affidabilità anche qualora alla soluzione si dovesse pervenire senza un accordo.

La gestione etica del conflitto nella logica *win-win* in azienda diviene così un valore ineludibile e prezioso attraverso il quale costruire un’impresa socialmente responsabile.

12. - **Avvocato d’impresa e “General counsel”. Strategia gestionale e consulenza legale per l’impresa.**

È tuttora frequente assimilare in generale la professione forense e più specificamente la tutela del cliente da parte dell’avvocato all’azione giudiziale. Ancora oggi le profonde trasformazioni della professione legale stentano ad affiorare nella cultura giuridica italiana. Eccederebbe notevolmente lo scopo di queste brevi riflessioni l’indagare le ragioni di questa difficile penetrazione nel tessuto socio-economico di un diverso modo di concepire nuovi e più eterogenei ruoli del giurista che intende confrontarsi con nuove realtà, ed in particolare con le più complesse esigenze del cliente soprattutto quando questi è una impresa.

Concepire in maniera quasi esclusiva l’attività legale come mera (e non è un modo per svilirne il ruolo e la funzione) assistenza tecnica in giudizio finisce per comprimere fino a sopprimerla l’area di consulenza e di assistenza stragiudiziale di un professionista che per sensibilità e formazione deve porsi quale interlocutore primo e privilegiato nella formazione strategica di un piano d’impresa.

L’argomento involge anche considerazioni sul percorso formativo del giurista forse ancora troppo settoriale e quindi poco incline a educare una nuova classe di professionisti davvero capace di affrontare la complessità dell’assistenza di un’azienda ben prima del ricorso ad una non auspicabile azione giudiziale.

Economia e gestione delle imprese, comunicazione e *conflict management* e ancor prima *problem solving* e negoziazione, sono solo alcuni dei temi sui quali la formazione istituzionale del giurista e, quindi, dell’avvocato è del tutto carente.

Lo studio del diritto quale scienza sociale postula un’apertura alle nuove esigenze della professione che non può rimanere ancorata ai vecchi dogmi della tutela giudiziale quale unico e necessario punto di approdo del percorso formativo universitario e post-universitario.

La nuova economia richiede all’avvocato d’impresa una formazione che lo renda idoneo a svolgere un’azione sinergica nella fase progettuale dell’azione imprenditoriale. La capacità di gestione dei rapporti con gli *stakeholders* e del conflitto insito negli stessi diviene uno dei requisiti principali sui quali misurare la capacità



del legale nell'azienda. Prevenzione e soluzioni innovative *win-win* nell'ottica della strategia gestionale costituiscono attività d'elezione del giurista.

La consulenza e l'assistenza del professionista legale divengono un continuo processo di analisi delle problematiche e del loro contesto, strategia, valutazione, azione. Nasce così anche la *mediation advocacy*: la mancata soluzione preliminare di un conflitto che tende a degenerare in una vera e propria controversia trova sbocco nelle diverse forme di *mediation* (A.D.R., *Alternative Dispute Resolution*) ove il legale partecipa alla procedura concorrendo ad orientare l'esito verso il raggiungimento della soluzione ottimale per il cliente. Scelta del sistema più adeguato (mediazione, arbitrato, azione giudiziaria), valutazione dei vantaggi/svantaggi (criteri oggettivi e soggettivi, costi, tempi, conseguenze), identificazione delle Alternative possibili in caso di mancato accordo e della migliore alternativa all'accordo negoziato.

Il rapporto diretto con l'imprenditore e la scelta condivisa della *policy* gestionale aziendale consentono poi all'avvocato d'impresa di assumere il ruolo di un vero e proprio "General counsel" esprimendo competenze che spaziano dalla gestione degli *stakeholders* a quella della consulenza legale e del contenzioso in senso stretto, dalla *corporate governance* alla *compliance*, anche per quanto riguarda ad es. la gestione della *privacy*, la legislazione *antitrust*, la sicurezza nei luoghi di lavoro, la tutela dell'ambiente, la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e, non ultima, la responsabilità sociale (*corporate social responsibility*) quale *mission* strategica aziendale verso un nuovo modo di "fare impresa".

13. - La "tentata" riforma della giustizia civile per la competitività del Paese.

Sulla scia dell'esigenza condivisa della competitività del Paese nel corso della trascorsa legislatura era stata tentata quindi una nuova riforma del codice di procedura civile. A fronte di chi invocava (ed invoca) un periodo di "fermo biologico", il Governo aveva ritenuto infatti di intervenire ulteriormente per semplificare e riorganizzare ancora una volta il processo civile introducendo «elementi in grado di tutelare meglio i diritti del cittadino e anche di fornire una giustizia che supporti la competitività del Paese».

E proprio secondo quanto aveva dichiarato a suo tempo il Guardasigilli la prospettiva veniva ritenuta strategica per il Paese: si trattava di un provvedimento che poteva essere considerato «il più strategico» in quanto con esso si puntava ad «un definitivo cambio di passo in una materia che è assolutamente essenziale per la competitività del Paese».

Se gli obiettivi erano sicuramente condivisibili dalla lettura del testo della legge delega a preoccupare gli operatori e gli studiosi del processo erano l'allargamento delle competenze per i giudici onorari, le nuove sommarizzazioni delle tutele, le impugnazioni che non decidevano il merito, nonché le nuove problematiche derivanti dai regimi transitori.

Il tema è estremamente delicato – ritornando con vibrante attualità nella legislatura in corso - e l'attuazione dell'obiettivo "competitività" richiede grande attenzione per poter essere correttamente coniugato nel mondo della giurisdizione ove il fine ultimo è la tutela dei diritti.

Per cui appariva sicuramente ragionevole ed utile una estensione delle competenze del c.d. tribunale per le imprese (la cui denominazione veniva modificata in «sezioni specializzate per l'impresa e il mercato»), mentre qualche dubbio suscitava l'obiettivo di «valorizzare gli istituti del tentativo di conciliazione e della proposta di conciliazione del giudice» (artt. 185 e 185-bis del codice di procedura civile), prevedendo che «la mancata comparizione personale delle parti o il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituiscano comportamento valutabile dallo stesso ai fini del giudizio».



La conciliazione del giudice in sede contenziosa non ha mai dato alcun risultato in quanto il giudice è chiamato a dirimere la controversia con la decisione piuttosto che ad accompagnare le parti verso un accordo nel processo. Ed anche la proposta conciliativa, dopo alcuni anni dalla sua introduzione, ha dato i più interessanti frutti soltanto se impiegata in modo combinato e coordinato con la mediazione demandata e, quindi, in sede estragiudiziale.

Veniva in evidenza quindi in quel momento la mediazione delle controversie civili e commerciali che, dalle statistiche ministeriali (aggiornate al 31 dicembre 2015), faceva segnare una percentuale di riduzione del contenzioso in entrata (per le materie assoggettate alla condizione di procedibilità) pari al 16% nel biennio 2013-2015, dato che costituisce il doppio della percentuale (pari all'8%) registrata nelle altre materie.

Un metodo di risoluzione delle controversie basato sulla negoziazione con l'assistenza di un terzo imparziale (mediatore) e che perciò mira a comporre il conflitto generando soluzioni condivise e per ciò stesso sostenibili. Una procedura che (superato il primo incontro con la presenza delle parti ed i loro avvocati) registrava una percentuale di accordi pari al 43,5%.

D'altronde taluni segnali positivi erano stati resi noti anche nel rapporto che annualmente fornisce una serie di indicatori utili per fare impresa. Si tratta dell'ormai noto "*Doing business*" (*World Bank*) che, tra gli altri dati, fornisce alle imprese anche uno specifico indicatore sulla giustizia civile ("*enforcing contracts*") e, quindi, in particolare sulla celerità dei processi, oltre che sui costi necessari a tutelare in quella sede i propri diritti.

Ebbene, negli ultimi anni, dopo molti anni, il rapporto segnalava nel 2016 una interessante variazione di tendenza. L'Italia, che si era attestata nel rapporto 2012 al 160° posto e nel 2013 al 140° posto, si posizionava al 111° posto rispetto al 124° posto dell'anno precedente (riclassificato secondo i nuovi criteri) sui 189 Paesi esaminati.

Il rapporto prendeva in considerazione per la prima volta tre sub-indici: tempi, costi e, novità del rapporto 2016, qualità delle procedure giudiziarie. Dall'esame dei dati emergeva come, negli ultimi 5 anni nei primi due sub-indici si rilevasse un lento miglioramento. Il netto miglioramento nella classifica dipendeva infatti dal terzo sub-indice introdotto dalla Banca Mondiale solo nel 2016 in sostituzione del numero di procedure necessarie utilizzato negli anni precedenti, in relazione al quale l'Italia con il punteggio di 13 su 18 si attestava sopra la media dei paesi OCSE (media di 11) e della Francia e Germania (di 12). In questo caso, i ricercatori con una serie complessa di domande avevano chiesto di valutare su una scala di punteggio la qualità delle procedure giudiziali. E si poteva notare che l'unico indice in cui l'Italia aveva ottenuto il massimo punteggio disponibile (3 su 3) era quello della presenza delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie e degli incentivi al loro ricorso. Non è un caso, infatti, che in quel periodo molti governi europei ed extra-comunitari hanno iniziato ad esaminare a fondo gli ottimi risultati prodotti dal nuovo modello di mediazione italiano basato sulla partecipazione ad un primo incontro tra le parti e il mediatore.

14. – Lo studio della Commissione Alpa per la riforma della mediazione.

In tale contesto, una particolare attenzione meritano i lavori della richiamata Commissione ministeriale di studio per i sistemi di ADR istituita dal Ministro della Giustizia nel marzo 2016 con lo scopo dichiarato di formulare una «ipotesi di disciplina organica e di riforma che sviluppi gli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato» i cui lavori si concludevano nel gennaio 2017.



La Commissione presieduta dal prof. Alpa consegnava un ampio ed articolato lavoro che si sviluppava su diversi punti, uno dei quali, forse il più atteso, riguardava una possibile riforma della mediazione delle controversie civili e commerciali.

Come si leggeva nella relazione introduttiva, la Commissione aveva formulato proposte che «mirano a promuovere e rendere efficace la mediazione disciplinata dal d.lgs. n. 28/2010 e nello stesso tempo a coglierne il significato culturale e non ridurla ad una mera condizione di procedibilità, volta solo a deflazionare un contenzioso 'in esubero'».

La proposta che introduceva in maniera esplicita l'obbligo per le parti di comportarsi secondo buona fede e con spirito di cooperazione era orientata a modificare il testo normativo vigente soltanto «ove necessario e con interventi contenuti per evitare formulazioni di nuove norme o commi che potrebbero dare adito a problematiche interpretative».

Gli argomenti qualificanti della riforma proposta in materia di mediazione possono essere sostanzialmente schematizzabili in dieci punti.

a) Estensione dell'obbligatorietà della mediazione.

Sicuramente il tema cruciale è quello della obbligatorietà della mediazione che al momento dell'entrata in vigore della normativa nel 2010 aveva incontrato ostacoli e resistenze prevalentemente culturali rispetto all'accesso alla giurisdizione ordinaria.

Invero, superati i dubbi di legittimità costituzionale, in questi anni l'obbligo preventivo di tentare la mediazione ha ottenuto quale risultato una maggiore consapevolezza delle opportunità che nascono dalla cultura della conciliazione contribuendo a creare un sistema sufficientemente consolidato.

Al riguardo la Commissione ministeriale ritiene che l'obbligatorietà possa giustificarsi in chiave promozionale. Si precisa infatti nella relazione che «l'obbligatorietà della mediazione si basa sul principio delle "quote rosa", un *favor* per un metodo di risoluzione dei conflitti che però non mira a favorire semplicemente quello, ma ha di vista l'interesse generale».

In questa prospettiva, la riflessione che ne deriva attiene alla valutazione della spinta propulsiva della obbligatorietà - prevista nella riforma del 2013 in via sperimentale per la durata di quattro anni - che si ritiene non abbia esaurito la sua funzione.

Si propone quindi di estendere l'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione quale condizione di procedibilità fino al 21 settembre 2023 (10 anni dall'entrata in vigore delle modifiche contenute nel D.l. n. 69/13, convertito con la legge n. 98/2013).

Ma la proposta della Commissione si spinge oltre in quanto l'estensione proposta attiene anche alle materie assoggettate a tale obbligo. Infatti, si propone di includere tra le materie talune liti per le quali sono già competenti le Camere di commercio (cioè i contratti di subfornitura, di *franchising*, di *leasing* mobiliare non finanziario) oltre che quelle derivanti dai rapporti sociali concernenti le società di persone, incluso il caso in cui sia parte l'erede o il legatario di un socio.

Peraltro, nella relazione si precisa che sono state discusse anche altre proposte sul tema dell'estensione. Ed in particolare si è proposto di estendere la mediazione obbligatoria ai rapporti di durata o che comunque comportassero relazioni durature tra le parti e ai rapporti societari nelle società di persone, ambiti in cui viene in evidenza la relazione tra le parti che può essere preservata o definita in modo da contemperare i vari interessi (contratti di opera, di opera professionale, di appalto privato, *franchising*, *leasing*, di fornitura e somministrazione, di concorrenza sleale c.d. pura, i contratti relativi al trasferimento di partecipazioni sociali, i



rapporti sociali inerenti le società di persone; è apparso opportuno, per le controversie di competenza del tribunale per le imprese, porre un limite di valore pari ad euro 250.000).

b) Primo incontro di mediazione effettivo.

La riforma del 2013 che è intervenuta disciplinando il primo incontro di mediazione ha creato una serie di problematiche interpretative il cui punto di emersione giurisprudenziale è stato sostanzialmente recepito dalla Commissione al fine di risolvere i contrasti e le incongruenze delle esperienze maturate in questi primi anni.

La Commissione sul punto ritiene di condividere la prevalente opinione dei giudici di merito i quali affermano che l'incontro di mediazione, anche per i casi di mediazione obbligatoria, debba essere *effettivo* e non limitarsi ad una fase preliminare informativa.

In particolare, l'ordine del giudice di esperire la mediazione (c.d. mediazione demandata) non può ritenersi osservato quando i soli avvocati si rechino dal mediatore e, ottenuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione, possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre. Di qui «occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione».

Nello stesso senso, anche la mediazione preventiva *ex lege* deve essere effettiva. E per evitare dubbi di costituzionalità è apparso utile prevedere che l'incontro di mediazione sia effettivo e la condizione di procedibilità sia assoluta anche se è negativo il solo primo incontro effettivo: in tal modo, l'incombente diviene meno gravoso per le parti e nello stesso tempo può riportare a serietà l'ordine di mediazione del legislatore o del giudice.

Ad avviso della Commissione imporre un solo primo incontro effettivo non sembra affatto sproporzionato rispetto allo scopo perseguito, né impone alle parti un ostacolo per accedere alla giurisdizione.

c) Presenza personale delle parti in mediazione.

Altro punto chiave e allo stesso tempo controverso alla luce della normativa attualmente vigente è quello della presenza personale delle parti. Sulla questione la proposta della Commissione è chiara e, con l'obiettivo di rendere sempre più efficace la mediazione, dispone la partecipazione personale delle parti, salvo gravi motivi.

D'altronde se la mediazione è attività negoziale diretta a riattivare la comunicazione tra le parti attraverso la facilitazione del terzo imparziale, è necessario che le stesse siano partecipi senza il filtro dei professionisti che pur le assistono, senza sostituirsi ad esse.

Per cui si propone di chiarire definitivamente il testo vigente precisando che vi è l'obbligo di partecipazione delle parti di persona o, se sussistono gravi motivi, tramite un rappresentante diverso dall'avvocato che le assiste.

d) Ordinanza del giudice di invio in mediazione.

Con specifico riguardo alla mediazione ordinata dal giudice, al fine di rendere più efficace anche in questo ambito la mediazione che si svolge quando il processo è già iniziato, si propone di introdurre l'obbligo di motivazione (succinta) per il giudice che in tal modo viene chiamato a dare atto degli indici di mediabilità della



lite «ai fini di un invio selettivo e calibrato sul caso concreto e fornire altresì alle parti e al mediatore elementi utili da valutare per lo svolgimento della mediazione».

e) Proposta conciliativa del mediatore.

Altro tema dibattuto è quello della proposta conciliativa del mediatore. L'articolato proposto dalla Commissione prende in esame il tema sotto lo specifico profilo della inopportunità di consentire che tale proposta possa essere formulata se la parte chiamata non sia comparsa. Si propone così l'introduzione di un divieto in quanto si ritiene che la possibilità di una proposta *in absentia* sia «estranea alla mediazione poiché *mediare* implica la presenza delle due parti».

In tal modo, si garantisce indirettamente anche l'autonomia del mediatore per quei casi, ormai non infrequenti nella pratica, di mediazioni disposte dal giudice che impongono al mediatore la formulazione della proposta anche qualora la parte invitata non sia partecipe del procedimento.

f) Costi calmierati per il primo incontro nel tentativo obbligatorio di mediazione.

Davvero fondamentale appare poi il tema dei costi della mediazione. Si prende atto del fatto che il primo incontro, pur se obbligatorio, non possa essere totalmente gratuito e ciò sulla scorta del rilievo che l'attuale normativa – che prevede il versamento delle sole spese di avvio – ha comportato nella pratica «prassi alterate e dinamiche ambigue».

Pertanto, l'idea che è sottesa alla proposta è quella di mantenere da un lato «costi calmierati» anche a garanzia della dignità ed efficacia del lavoro del mediatore e, dall'altro, la possibilità per le parti di detrarre il costo della mediazione, in caso di esito negativo, dal contributo unificato del giudizio istaurato o da istaurare. Ciò non senza sottolineare che occorre rendere finalmente effettiva la possibilità per le parti di usufruire del credito di imposta previsto dalla legge sin dal 2010 e mai reso operativo (al riguardo si ipotizza anche la possibilità di procedere con la detrazione fiscale diretta).

g) Patrocinio a spese dello Stato per la mediazione e facilitazioni fiscali per gli organismi.

Un altro profilo problematico emerso in fase applicativa e risolto in maniera non uniforme dalla giurisprudenza attiene alla possibilità di usufruire del patrocinio a spese dello Stato non solo quando l'attività svolta dall'avvocato abbia avuto esito negativo in mediazione e sia stata seguita dal processo, ma anche nelle situazioni in cui questa attività abbia avuto il suo epilogo nell'accordo conciliativo.

La soluzione negativa cui perviene taluna giurisprudenza evidenziando i limiti normativi (e sostanzialmente sottolineando l'esigenza di una riforma) sembra infatti un paradosso dal momento che la liquidazione a spese dello Stato in tal modo non troverebbe applicazione proprio qualora il difensore abbia svolto al meglio la sua attività, sino a consentire il raggiungimento dell'accordo in mediazione, e ciò anche se la mediazione è obbligatoria, come obbligatoria è l'assistenza dell'avvocato.

E pertanto si propone di riconoscere tale accesso al patrocinio a spese dello Stato individuando quale autorità competente per la liquidazione il tribunale - che sarebbe stato - competente per il giudizio al quale l'istanza era stata preordinata.

Infine, per gli organismi di mediazione si mantiene ferma la disposizione che esonera la parte che ha i requisiti per il patrocinio a spese dello Stato dal pagamento dell'indennità di mediazione; si prevede tuttavia quale



forma di riequilibrio dei costi sopportati che l'organismo possa detrarre fiscalmente l'ammontare equivalente all'indennità che gli sarebbe spettata.

h) Mediazione e consumatori.

Talune modifiche vengono sollecitate al fine del necessario coordinamento con la normativa introdotta in materia di ADR per i consumatori (D.lgs. 130/2015).

La novità più interessante attiene alla proposta di consentire alle parti di accedere al procedimento mediativo (nelle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o servizi tra professionisti e consumatori) senza la necessaria assistenza dell'avvocato, e ciò in coerenza con quanto disposto in sede europea dalla Direttiva n. 11/2013.

i) Altre modifiche.

Una serie di ulteriori proposte vengono infine formulate dalla Commissione al fine di chiarire la normativa vigente risolvendo delicate contrasti interpretativi su questioni processuali sorti nell'applicazione giurisprudenziale. Riepilogando e schematizzando si possono elencare tali modifiche che mirano a precisare quanto segue:

- la condizione di procedibilità attiene alla sola domanda principale con la quale si inizia il processo;
- è stata eliminata la previsione secondo cui il giudice, con l'ordinanza con cui invia le parti in mediazione, deve assegnare un termine di 15 giorni per la presentazione della domanda la sanzione dell'improcedibilità riguarda soltanto il mancato svolgimento della mediazione;
- per favorire la presenza della parte invitata in mediazione è stata prevista una sanzione economica di importo flessibile per la condanna di cui all'art. 8, comma 4-bis, rimettendo al giudice l'entità della sanzione a seconda delle circostanze;
- per rafforzare il principio di riservatezza e l'autonomia del mediatore si propone di specificare che il giudice può desumere elementi di prova ex art. 116 c.p.c solamente dalla mancata partecipazione delle parti;
- altre modifiche mirano a garantire l'imparzialità del mediatore e altre riguardano la formazione degli avvocati e dei praticanti avvocati;
- si è, poi, inserita la previsione della periodicità per le campagne pubblicitarie a cura del Ministero della Giustizia;
- si è precisato che qualora il tentativo di mediazione sia disposto (fuori dei casi di obbligatorietà *ex lege*) dal giudice in grado di appello, esso debba essere esperito non già a pena di improcedibilità della "domanda giudiziale", bensì a pena dell'improcedibilità dell'appello principale o di quello incidentale.

Infine, il tema più controverso è quello che attiene alle conseguenze del mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione in fase di opposizione a decreto ingiuntivo.

La questione dal punto di vista processuale è abbastanza complessa e, in sintesi, si propone di escludere l'obbligo di mediazione quando l'attore sostanziale abbia scelto la via monitoria e pur quando ci si trovi in sede di giudizio di opposizione ed anche dopo il provvedimento di concessione/sospensione della esecutorietà.

Tuttavia, si prevede che (a prescindere dalla materia cui attiene la lite) il giudice dell'opposizione, dopo l'adozione di quei provvedimenti interinali, valuti la situazione caso per caso e possa, con ordinanza motivata, disporre l'esperimento del tentativo di mediazione; secondo la Commissione «in tale ipotesi per altro è la legge a determinare *ex ante* quali siano ed a carico di chi gli effetti del mancato esperimento del tentativo e



dunque a chi pertenga l'onere di avviarlo, e ciò a seconda che la provvisoria esecutorietà sia stata concessa o mantenuta (in tal caso l'onere spetta al debitore opponente), ovvero la provvisoria esecutorietà non sia stata concessa o sia stata sospesa (in tal caso l'onere spetta all'opposto). È insomma la parte alla quale la prognosi corrispondente al provvedimento interinale risulta sfavorevole che deve avviare il tentativo di mediazione a pena di effetti processuali per essa sfavorevoli».

Sul punto, la relazione dà atto del fatto che in Commissione è emersa anche una ulteriore proposta. Per cui, posto che si ritiene necessario intervenire con una disposizione normativa che ponga fine al profondo contrasto giurisprudenziale in atto, dovrebbe essere invece individuato con precisione il soggetto a carico del quale dovrebbe essere posto l'onere della condizione di procedibilità per rispondere ad esigenze di certezza ed in considerazione delle gravi conseguenze che possono verificarsi in questi processi.

l) Epilogo.

La proposta formulata dalla Commissione è rimasta nel cassetto e non ha perciò condotto ad una concreta azione legislativa, limitandosi il legislatore a 'stabilizzare' la condizione di procedibilità della mediazione all'esito della prevista sperimentazione quadriennale. Ma i lavori della Commissione appaiono sicuramente meritevoli di attenzione e di una approfondita riflessione anche a distanza di tempo per il rilievo scientifico che esprime e per il bagaglio di audizioni compiute che conservano tuttora un particolare rilievo ed interesse.

D'altronde con specifico riguardo alla mediazione, gli obiettivi paiono condivisi e le soluzioni proposte sono ritenute per lo più utili dagli studiosi e dagli operatori del sistema che si sono espressi sulle relative proposte. Per cui potrebbe costituire un ragionato punto di partenza sul quale riflettere e dialogare per una vera riforma della materia.

15. - Qualità della mediazione e autonomia scientifico-disciplinare.

Uno dei temi più delicati e che trova la massima condivisione tra gli obiettivi di riforma della mediazione riguarda la qualità del sistema.

La riforma della mediazione attuata nel 2013 aveva consentito di avviare un dibattito su una serie di criticità, alcune delle quali – le più rilevanti – attengono infatti alla qualità della mediazione e, quindi, alla professionalità dei mediatori.

Invero, l'attuale assetto normativo costituito dal D.lgs. 28/2010 e dal D.m. 180/2010 ha subito in questi anni una serie di evoluzioni che hanno inciso profondamente sulla rotta inizialmente segnata dal legislatore. Ciò è accaduto non soltanto con la novella del 2013 dettata con la legge 98/2013 (di conversione del D.l. 68/2013), ma altresì con la modifica del regolamento attuativo adottata con D.m. 145/2011 che ha inciso in maniera rilevante sui criteri di designazione del mediatore ridisegnandone indirettamente il profilo professionale anche in dissonanza con la normativa primaria.

Non è questa la sede per approfondire questi aspetti, ma è chiaro come il legislatore a volte in maniera contraddittoria ed altre anche senza sufficiente lungimiranza, abbia tentato di introdurre regole che potessero innalzare il livello qualitativo della mediazione modificando tali criteri di designazione.

Ma la vera sfida per la qualità della mediazione attiene alla formazione dei mediatori, poiché è chiaro che la soluzione del problema non può non essere a monte del sistema. E proprio la disciplina che attiene alla formazione è rimasta invariata essendo intervenute soltanto indicazioni interpretative relative ai requisiti che gli aspiranti formatori devono possedere per poter essere accreditati.



Per cui l'intero sistema della formazione, costruito mediante un percorso di accreditamento ministeriale di enti (preesistenti o creati "ad hoc") che si regge su un gruppo di formatori teorici e/o pratici con un responsabile scientifico al quale sono affidate *ex lege* funzioni assolutamente marginali, è rimasto del tutto immutato. Come immutato è rimasto il percorso per la formazione di base e per l'aggiornamento biennale (quest'ultimo sia per i mediatori sia per i formatori) fatta eccezione per l'introduzione di un tirocinio permanente per i mediatori (in quanto inserito tra gli obblighi di aggiornamento e non tra quelli per l'accesso alla professione).

Una professione, quella del mediatore di controversie civili, che appare disegnata dal legislatore quale attività *part-time* di professionisti dediti ad altre professioni principalmente giuridiche o, meglio ancora, forensi. Al riguardo la creazione dell'avvocato "mediatore di diritto" e l'interpretazione ministeriale che devolve di fatto la formazione e l'aggiornamento di tale tipologia di mediatori alle direttive del Cnf, sembrano poi consolidare un percorso formativo di stampo sempre più giuridico che inevitabilmente condiziona le evoluzioni nell'utilizzo della mediazione in ambito civile.

Ulteriori modifiche sono state poi apportate al D.m. 18072010 dal D.m. 139/2014 e sicuramente ulteriori modifiche occorrerebbe apportare (oltre quelle necessarie ad adeguare il regolamento alla normativa dettata in attuazione della Direttiva 2013/11/UE in materia di ADR per i consumatori) per introdurre regole più selettive – ad esempio - per il reclutamento dei formatori e, probabilmente, anche per gli enti di formazione.

Tuttavia, ogni proposta di modifica sia pur formulata con le migliori intenzioni e con l'obiettivo di elevare la qualità della mediazione apparirebbe per sua natura viziata da una prospettiva miope. E ciò perché limitarsi a modificare i requisiti formali di accreditamento dei formatori o degli enti di formazione, richiedendo altre attività, siano esse di tipo editoriale o piuttosto esperienziale, sarà sempre e persistentemente una soluzione deficitaria, in quanto la fissazione dei requisiti costituisce un *posterius* e non un *prius* nella individuazione del profilo dei formatori.

Al fine di stabilire chi possiede i requisiti per poter formare un mediatore occorrerà stabilire quindi chi ha i requisiti per formare alla mediazione. Ma chi stabilisce queste regole e soprattutto qual è la materia dell'insegnamento?

Ad oggi la mediazione dei conflitti in Italia costituisce la Cenerentola di altre discipline (che peraltro spesso mal tollerano anche questa intrusione) in quanto la sua trasversalità ne consente in qualche modo l'affiancamento fino ad una sostanziale assimilazione a settori giuridici (in particolare, dal diritto processuale civile al diritto civile) ovvero a quelli della psicologia o della sociologia, ma anche alla filosofia senza trascurare l'economia. Che la mediazione viva e sia partecipe di molteplici anime costituisce la peculiarità della materia, evidenziandone chiaramente la sua poliedricità, ma ciò non può significare continuare a forzarne la sua natura entro schemi concettuali e percorsi ordinamentali che ne mortificano l'autonomia scientifica e disciplinare.

Questo è il punto chiave di una vera svolta per la mediazione dei conflitti (e perciò stesso non soltanto della mediazione *ex D.lgs. 28/2010*) e per la costruzione di percorsi formativi che possano rispondere a criteri adeguati ed autonomi. L'autonomia scientifico-disciplinare della mediazione costituisce dunque un *prius* per l'avvio della costruzione di un sistema di qualità della formazione e poi della mediazione.

Sino a quando la mediazione non assumerà una sua autonomia scientifico-disciplinare quale settore autonomo tra le categorie individuate dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, vivrà una situazione di disagio culturale, essendo destinata ad una condizione di perenne vassallaggio che la condurrà volta a volta ad assumere le diverse sembianze determinate dal feudatario di turno.

Senza il riconoscimento della autonomia scientifico-disciplinare ogni sforzo per affermare la qualità della mediazione e della formazione alla mediazione resta così destinato ad un sostanziale insuccesso. Soltanto quando la mediazione di conflitti assumerà dignità di disciplina autonoma sarà possibile conseguentemente



selezionare i formatori e attraverso adeguati percorsi creare una classe di professionisti che, nelle diverse aree della mediazione, rispondano agli elevati *standard* qualitativi da tutti auspicati.

16. - La “stabilizzazione” della mediazione obbligatoria e la “svolta” dell’avvocatura.

Il 15 giugno 2017 il Senato della Repubblica approvava in via definitiva la legge di conversione del decreto-legge 24 aprile 2017 n. 50 in materia finanziaria (c.d. “manovrina”) che conteneva la modifica al D.lgs. 28/2010, finalizzata alla stabilizzazione della mediazione obbligatoria.

Terminava così la fase di sperimentazione della mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale prevista nel 2013 (ed in scadenza per il 21 settembre 2017) per le controversie in talune materie del diritto civile e commerciale (ed in particolare: 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).

Peraltro, anche esaminando i dati statistici di quel periodo pubblicati dal Ministero della Giustizia (relativi al trimestre 2017) si confermava un *trend* assolutamente positivo in quanto il “tasso di successo” delle mediazioni che si svolgevano effettivamente (e cioè nei casi in cui le parti superavano la fase la mera fase informativa del primo incontro e restavano al tavolo negoziale) era pari al 42,2%.

E nel mentre si profilava all’orizzonte la stabilizzazione della mediazione obbligatoria, ritornava alla mente la ancora recente svolta dell’avvocatura consacrata nella votazione di due mozioni politiche nel congresso forense di Rimini con le quali si era deliberato di «mantenere l’istituto della mediazione, correggendone i limiti e le problematiche sinora riscontrate nella sua applicazione», esplicitando anche a livello normativo «il dovere di comparizione personale delle parti» e, quindi, una «revisione del modello di mediazione nell’ottica di favorire e rafforzare lo svolgimento effettivo della stessa, con una costante valorizzazione del ruolo dell’avvocato».

Un nuovo inizio dunque per un nuovo rapporto tra l’avvocatura e la mediazione e tutti gli strumenti di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) non quale fuga dal processo civile, rispetto al quale è necessario lavorare perché possa essere in grado di dare risposte efficaci, e nemmeno quale mera alternativa, ma nell’ambito di un diverso modo di intendere i sistemi di *Dispute Resolution* come complementari ed integrati, autonomi, ma che dialogano per consentire di offrire soluzioni adeguate alle controversie civili.

L’avvocatura italiana da quel momento dunque non soltanto non si oppone più alla mediazione obbligatoria, ma ha aperto in maniera convinta alla mediazione ed ai procedimenti ADR, rivendicando quel ruolo da protagonista in una prospettiva profondamente rinnovata.

L’avvocato diviene quindi il vero motore propulsore di questo più ampio ed articolato sistema della giustizia civile i cui contorni sono tuttora in fase di definizione e all’interno del quale la mediazione costituisce certamente un modo che tecnicamente e culturalmente si distingue dal più consolidato approccio avversariale e contenzioso adottato nel processo civile.

E se le pretese giuridiche e le stesse situazioni sostanziali protette sono sempre strumentali alla soddisfazione di bisogni ed interessi, occorre ora rimarcare che questi ultimi possono ben essere perseguiti sia attraverso la tutela (giurisdizionale) dei diritti, sia attraverso altri strumenti di natura negoziale volti a comporre la lite con la ricerca di una soluzione adeguata, più che dirimerla con una decisione eteronoma imposta.

In questa prospettiva, l’avvocato è chiamato sin dalla fase dell’incontro con l’assistito ed in sede di analisi della controversia a valutare ogni possibile percorso di risoluzione del conflitto e ciò trova riscontro anche in precisi



obblighi legali e deontologici secondo i quali, all'atto del conferimento dell'incarico, è tenuto ad informare la parte assistita chiaramente e per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dalla legge oltre che dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge.

La pratica dei primi quattro anni di sperimentazione della mediazione obbligatoria aveva evidenziato come il ruolo attivo e propositivo dell'avvocato che assiste la parte in mediazione, soprattutto qualora sia formato alle tecniche di negoziazione e di mediazione, sia coesistente al corretto e proficuo svolgimento della procedura.

La partecipazione del legale che assiste il cliente in mediazione, ed a prescindere dall'obbligo previsto dalla legge circa la sua presenza, diviene un valore aggiunto destinato a rendere effettiva la mediazione considerato che proprio in questi casi diviene davvero concreta la possibilità di un accordo che possa essere non solo soddisfacente, ma anche valido e redatto in maniera tale da poter essere reso esecutivo con la dichiarazione di conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico resa dagli avvocati delle parti.

Ma l'avvocato assume un ruolo cardine sin dalla scelta dell'organismo cui rivolgersi attraverso l'analisi di dati, di esperienze e dei regolamenti e codici etici, anche con la valutazione della proposizione di domande congiunte delle parti contenente anche l'indicazione di un mediatore che meglio possa soddisfare le esigenze di tutti.

E dopo la fase introduttiva con l'analisi della lite che deve avere ad oggetto non soltanto i profili strettamente giuridici, ma deve scavare nei fatti e negli interessi della parti preparando una adeguata strategia negoziale, gli avvocati delle parti presenti in mediazione divengono i principali "alleati" del mediatore cooperando per il raggiungimento della migliore soluzione possibile al raggiungimento dei rispettivi interessi.

La capacità di gestire la negoziazione nella consapevolezza degli interessi che si agitano al tavolo condotto dal mediatore oltre che la profonda conoscenza del quadro giuridico di riferimento e delle relative problematiche sostanziali e processuali costituiscono la vera chiave del successo per la soluzione conciliativa.

Si è aperta dunque una nuova epoca nella quale la sfida per il rinnovamento della professione forense è lanciata. L'avvocato in tal senso può ambire a divenire il cardine della rinascita di un sistema sostenibile della giustizia civile e, per ciò stesso, adeguato, efficace ed efficiente.

La riforma del processo civile e dei sistemi di ADR, ma anche le buone prassi da avviare e consolidare presso gli uffici giudiziari, costituiscono il banco di prova della svolta partita dal Congresso di Rimini e che passa attraverso la stabilizzazione della mediazione obbligatoria, da intendersi quale opportunità e non quale vincolo dell'attività professionale.

17. - La conciliazione delle liti energetiche tra filtri preventivi alla giurisdizione e trasformazioni culturali.

Per comprendere al meglio l'evoluzione normativa e culturale in atto è necessario allargare l'indagine ad una tipologia particolare di controversie che riguarda i consumatori nel cui ambito si registra – di recente – l'introduzione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Infatti, dal 1° gennaio 2017 i clienti di energia elettrica e gas, domestici e non, inclusi i *prosumer* (cioè coloro che sono allo stesso tempo produttori e consumatori di energia elettrica), prima di rivolgersi al giudice devono tentare la conciliazione per risolvere le controversie relative a reclami con gli operatori. Ciò in quanto è entrato in vigore quanto previsto dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI), ora Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), con il testo integrato conciliazione (TICO) che regola il procedimento di conciliazione al quale le imprese invitate dagli utenti sono obbligate a partecipare.



E pertanto dopo l'esito negativo del reclamo proposto dal cliente all'operatore, è necessario avviare il procedimento di conciliazione che deve concludersi entro 90 giorni. E sarà operativo progressivamente anche per gli altri settori regolati (come ad esempio per le forniture idriche).

Il tentativo di conciliazione obbligatorio si svolge a titolo gratuito *online* per il cliente presso il Servizio conciliazione clienti energia dell'Autorità ovvero in alternativa presso altri organismi previsti dal TICO, incluse le negoziazioni paritetiche delle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco degli organismi di conciliazione (ADR) dell'Autorità o presso le Camere di commercio.

L'incontro di conciliazione tramite il Servizio di conciliazione dell'Autorità dell'energia si svolge in modalità telematica mediante l'accesso all'apposita area virtuale riservata, *web conference* tramite *chat*, audio, video, o tramite l'utilizzo combinato di tali strumenti. In alternativa, secondo la valutazione del conciliatore e delle parti, l'incontro può svolgersi tramite l'utilizzo di altri mezzi di comunicazione a distanza.

Dal punto di vista procedurale, l'utente in caso di problemi deve inviare il reclamo al fornitore e, nell'ipotesi di risposta parziale o non soddisfacente, entro il termine massimo di un anno dall'invio del reclamo stesso deve attivare la procedura di conciliazione. Nel caso la risposta non arrivi, la domanda di conciliazione può essere presentata dopo 50 giorni sempre dall'invio del reclamo.

Il primo incontro si svolge entro 30 giorni dalla domanda e non prima di 10 giorni dalla relativa comunicazione alle parti. Comunque si considera come "tentativo di conciliazione" il primo incontro davanti al conciliatore, anche se se lo stesso si conclude senza accordo o nei casi di mancata comparizione dell'operatore, fermi restando gli eventuali procedimenti sanzionatori nei confronti dello stesso. Lo svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione non preclude la concessione dei provvedimenti giudiziali urgenti e cautelari da parte del giudice a favore dei clienti.

Si tratta, come è evidente, di una nuova condizione di procedibilità della domanda giudiziale che allarga il quadro dei filtri preventivi alla giurisdizione introdotti nella legislazione italiana con una funzione dichiaratamente deflativa, ma che introduce in realtà percorsi conciliativi destinati a conformare l'agire sociale attraverso una rivoluzione culturale che lentamente inizia a permeare sia pur in maniera non univoca le dinamiche della litigiosità (almeno) nella fase pre-giudiziale.

Per dirla con Wilhelm Wundt, si tratta di una vera e propria eterogenesi dei fini (*Heterogenie der Zwecke*) se si considera che ancora oggi a distanza di oltre otto anni dalla entrata in vigore della normativa in materia di mediazione delle liti civili e commerciali (la cui obbligatorietà preventiva in talune materie sia pur con alterne vicende è entrata in vigore sin dal marzo 2011) la rivoluzione mediativa viene per lo più propugnata ed utilizzata con dichiarati obiettivi ancillari rispetto al processo ordinario in una logica di scrematatura preventiva (mediazione preventiva obbligatoria *ex lege*) o di decongestione e smaltimento dell'arretrato pendente (mediazione successiva obbligatoria *ex officio judicis*).

D'altronde la funzione culturale e rieducativa della mediazione rispetto al vivere sociale ed alla migliore gestione del conflitto quale crisi della relazione emerge sempre con maggiore evidenza e lascia sempre più in secondo piano strategie proiettate unicamente al processo.

Il percorso è ancora lungo e complesso, ma la mediazione con il suo carico culturale ed assiologico scorre come un fiume carsico che si alimenta giorno dopo giorno e si arricchisce, come nel caso delle controversie energetiche, di nuovi strumenti normativi e tecnici utili alla ricerca della più adeguata composizione negoziale. D'altronde la mediazione ed in generale i sistemi alternativi di composizione dei conflitti (che hanno trovato un loro approdo normativo nella Direttiva n. 11/2013 e nell'attuazione mediante il D.lgs. 130/2015) costituiscono non una semplice esigenza di diversificazione necessaria a supplire a un apparato giudiziario che non riesce a fronteggiare la crescente domanda di giustizia, ma un'esigenza culturale da percorrere per la sostenibilità del più complesso sistema giustizia.



18. - La risoluzione delle liti bancarie tra efficienza della giustizia e regolazione del mercato.

Una riflessione separata deve essere riservata poi al settore delle liti bancarie posto che costituisce - alla luce dei dati statistici - il punto di emersione critico del sistema e che proprio in quanto parte di tale sistema in fine non potrà non essere collocato e letto se non nella sua complessità.

Quando si affronta il tema della composizione negoziale delle controversie derivanti dai contratti bancari appare quasi inevitabile - una volta preso atto della condizione di procedibilità istituita in tale ambito dal 2013 con funzione di filtro alla domanda giudiziale - da un lato elogiare fino ad esaltare il successo dell'ABF (Arbitro Bancario Finanziario) e, dall'altro, prendere atto di una sostanziale quanto apparentemente ineluttabile inefficacia della mediazione.

E queste conclusioni, che vengono ripetute dai più ormai acriticamente, tanto da essere penetrate anche nell'opinione comune ed in quella di molti operatori, scontano non soltanto una lettura affrettata di dati per lo più incompleti, ma conseguono ad un approccio semplicistico che mal si attaglia ad un sistema articolato di ADR, in un settore altamente specialistico e complesso nel quale le implicazioni economiche e sociali non possono essere relegate a meri incidenti occasionali del percorso risolutivo.

Nel 2010 il legislatore italiano, nell'accingersi ad introdurre la disciplina della mediazione delle liti civili e commerciali in attuazione della Direttiva 2008/52/CE, prevedeva che per i contratti bancari la condizione di procedibilità della domanda giudiziale - inserita con una dichiarata funzione di filtro preventivo per l'accesso alla giurisdizione - avrebbe potuto essere esperita sia attraverso la mediazione sia utilizzando il procedimento a carattere decisorio non vincolante istituito dalla Banca d'Italia sulla base di una norma del 2005 (legge sulla tutela del credito al risparmio) e cioè l'ABF che aveva iniziato ad operare già il 15 ottobre 2009.

Veniva disciplinato quindi un duplice canale alternativo per consentire l'esperimento preventivo della condizione di procedibilità mediante due diversi procedimenti compositivi extragiudiziali delle controversie bancarie che veniva poi confermato con la riforma della mediazione del 2013, permanendo così in vigore sino ad oggi. Una alternatività tuttavia asimmetrica tra i due percorsi derivante dalla particolare natura e conformazione dell'ABF rispetto alla mediazione che si pone quale strumento generale per tutte le liti, e senza eccezioni, aventi ad oggetto diritti disponibili ivi inclusi quelli derivanti dai contratti bancari. A fronte di tale procedimento conciliativo, veniva mantenuto e reso alternativo alla mediazione il ricorso all'ABF che conteneva già nella sua regolamentazione una serie di stringenti limiti alla sua operatività rispetto alla mediazione che consente per definizione l'estensione dei contorni della lite al fine di comporre al meglio il conflitto in essere dalle parti.

In particolare, al fine di marcare con maggiore precisione i confini tra i due sistemi compositivi, occorre rilevare che all'ABF può ricorrere il cliente e non la banca e soltanto dopo aver esperito inutilmente il procedimento di reclamo; sussistono poi limiti di competenza *ratione temporis*, ma anche limiti di competenza per valore pari a 100.000 euro. Inoltre, non possono essere proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, e l'Arbitro non può conoscere controversie per le quali sia pendente un procedimento di esecuzione forzata o di ingiunzione. Non possono altresì essere proposti ricorsi inerenti a liti rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione o di mediazione e sono escluse dalla cognizione dell'organo decidente le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario; sono infine parimenti escluse le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati (ad esempio, quelle



riguardanti eventuali vizi del bene concesso in *leasing* o fornito mediante operazioni di credito al consumo; quelle relative alle forniture connesse a crediti commerciali ceduti nell'ambito di operazioni di *factoring*).

Appare dunque evidente che in questa prospettiva l'ABF costituisce l'alternativa alla mediazione quale strumento generale di ADR in materia bancaria per l'esperimento della condizione di procedibilità ed è affidata al cliente tale opzione e non alla banca che, evidentemente, non ha alcuna scelta se intende agire giudizialmente dovendo attivare un procedimento mediativo.

Ma altre sono le differenze tra i due meccanismi, come ad esempio per quanto attiene ai costi: se l'ABF costa al ricorrente soltanto 20 euro (che vengono rimborsati dalla banca in caso di accoglimento anche solo parziale del ricorso), nella mediazione occorre attenersi alle tariffe ministeriali che prevedono per il solo primo incontro il costo di 40 euro per ciascuna delle parti (per liti del valore fino a 250.000 euro) e di 80 euro per quelle di valore superiore (oltre Iva e spese vive), senza che sia stato nemmeno attivato dal 2010 il credito di imposta previsto dalla normativa di riferimento. Si attende peraltro da alcuni anni l'adeguamento della regolamentazione della mediazione in materia di consumo (da parte del Ministero della Giustizia di concerto con il Ministero per lo Sviluppo economico) che dovrebbe condurre ad una ulteriore riduzione dei costi.

D'altronde, mentre per l'ABF è il sistema bancario che attraverso la Banca d'Italia ne sostiene i costi, per la mediazione il legislatore ha ritenuto di caricarli sulle parti facendo salve quelle agevolazioni ed incentivi utili a renderne sostanzialmente gratuito l'accesso, senza sinora aver avviato un serio ripensamento dell'intero sistema delle spese per l'accesso al più complesso sistema della giustizia civile che, tra filtri preventivi e obblighi successivi, richiede una revisione e riorganizzazione che permetta anche di accompagnare quei percorsi ritenuti maggiormente meritevoli perché orientati a realizzare direttamente la prioritaria esigenza di pacificazione sociale.

Occorre poi evidenziare come mentre la mediazione debba concludersi entro tre mesi (salvo accordo delle parti per la eventuale ulteriore prosecuzione), il procedimento ABF che pure deve concludersi nello stesso termine (ma solo dopo che il fascicolo risulti completo della documentazione fornita anche dalla banca oltre che delle repliche delle parti), sconta preventivamente l'esperimento da parte del cliente della fase del reclamo (che comporta l'attesa del riscontro della banca o il decorso del termine di 30 giorni).

Ma la più profonda asimmetria tra i due sistemi attiene alla condotta tenuta dalle banche nei due procedimenti, perché gli intermediari sono obbligati ad aderire al sistema ABF (e da ciò si è fatto discendere anche un dovere di partecipazione e cooperazione allo svolgimento del procedimento), ma non si ritiene che allo stesso modo gli intermediari debbano partecipare attivamente alla mediazione. Ed è tanto più singolare rilevare come nell'esperienza operativa dei due sistemi ADR i comportamenti adottati dalle banche sia profondamente diverso, concorrendo perciò stesso tale situazione a delineare il diffuso senso circa il successo o l'insuccesso dei due procedimenti.

Seguendo questi itinerari argomentativi si fa strada di recente l'idea che si possa affidare al solo sistema ABF e alla sua natura decisoria non vincolante (che regge la sua effettività nel complesso meccanismo regolatorio e di vigilanza della Banca d'Italia) la gestione del filtro preventivo in materia bancaria senza tener conto dei suoi limiti normativi, funzionali e, soprattutto, strutturali. E senza nemmeno tener conto dell'esigenza sociale connessa all'utilizzo di sistemi conciliativi e non aggiudicativi, si giunge a ritenere ormai provata l'inefficacia della mediazione (sottintendendo evidentemente il fine meramente deflativo) per le liti relative ai contratti bancari.

Tuttavia, la lettura dei dati ufficiali forniti trimestralmente dal Ministero della Giustizia, che denotano una percentuale di partecipazione delle banche al tavolo della mediazione e di accordi all'esito delle procedure svolte sicuramente da incrementare, non può arrestarsi senza prima aver approfondito e verificato le ragioni delle criticità emerse e le possibili opportunità di miglioramento del sistema.



Peraltro, rielaborando i dati in oggetto alcuni esperti hanno rilevato che il flusso di liti bancarie presso gli uffici giudiziari dal 2013 se è vero che non si è ridotto, è vero anche che è sensibilmente diminuita la percentuale di aumento annuale (contenendo così gli effetti di un incremento esponenziale della litigiosità connessa a problematiche ben più complesse e profonde). Ma si è osservato che proprio per questa tipologia di liti il tasso rilevato delle soluzioni stragiudiziali raggiunte dalle parti una volta incardinato il giudizio civile è sempre superiore al 50%. Una duplice riflessione che induce a valutare la sussistenza di ampi spazi per agevolare e sostenere tavoli mediativi e non soltanto prima dell'inizio del giudizio.

E sempre esaminando i dati, questa volta forniti dalle relazioni annuali della Banca d'Italia sul sistema ABF, emerge un considerevole incremento dei ricorsi anno dopo anno sino a superare per il 2017 (ma probabilmente anche per il 2018) il numero di controversie incardinate in sede giudiziale. Infatti, a fronte delle 27.348 liti avviate dinanzi ai giudici ordinari, ben 30.644 (con un incremento del 42% rispetto all'anno precedente) sono quelle presentate in ABF (che non hanno trovato soluzione in fase di reclamo con la banca). Si nota altresì come con l'aumento del numero dei Collegi ABF (che dal 2017 sono passati da 3 a 7) il numero di ricorsi è ancora esponenzialmente cresciuto con ciò confermando la tesi secondo cui questi sistemi sono utili per consentire l'emersione del contenzioso sommerso, ancor prima che per deflazionare il carico giudiziario (soprattutto se di tipo aggiudicativo e non puramente conciliativo). Resta chiaro che mentre per il rilevamento degli accordi in mediazione consente di avere certezza del relativo dato statistico, non altrettanto può dirsi degli accordi conclusi anche solo per effetto indiretto della mediazione. Come non è possibile rilevare – ma soltanto ragionare secondo criteri probabilistici – in quei casi in cui i clienti che hanno fatto ricorso all'ABF e che hanno visto respinto o anche accolto il ricorso hanno poi deciso di rivolgersi al tribunale essendo rimasti insoddisfatti dell'esito ivi conseguito (e ciò a prescindere dalla disponibilità degli intermediari a dare esecuzione alla decisione dell'Arbitro).

In questo contesto occorre altresì rilevare che le liti che maggiormente scontano nell'area dei contratti bancari le difficoltà di una soluzione negoziale sono proprio quelle derivanti dai crediti deteriorati (conosciuti anche come prestiti non performanti o, NPL, *non performing loans*). Il che appare per certi versi paradossale se si considera che poi tali posizioni sono cedute a prezzi minimali, mentre potrebbero essere diversamente gestite preventivamente o, comunque, successivamente risolte con strumenti conciliativi.

Ma ovviamente le liti bancarie non si esauriscono con i crediti NPL, basti pensare alle problematiche connesse all'impiego degli strumenti elettronici di pagamento e dell'*internet banking*, a quelle derivanti dalla corretta utilizzazione dei sistemi privati di informazione creditizia (c.dd. centrali rischi private), ed a tutte le questioni inerenti la contrattualistica dei consumatori e delle imprese per la corretta gestione del rapporto (variazione unilaterale dei tassi, applicazione di spese e commissioni, polizze abbinate ai finanziamenti, etc.). Senza considerare inoltre che il 73% del contenzioso ABF riguarda una problematica ricorrente e che attiene alla estinzione anticipata dei contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o con delegazione di pagamento.

D'altronde, nessuno studio ha ancora affrontato approfonditamente le questioni complesse che si agitano nel contenzioso bancario dovendosi focalizzare l'attenzione anche sulla sua diretta incidenza sul sistema economico. Se è indubbio che l'ABF costituisca una *best practice* anche nel panorama ADR a livello internazionale e che sia divenuto un modello replicato anche dalla Consob per le liti dei contratti finanziari (ACF) e sia in fase di ulteriore applicazione e rimodulazione da parte dell'Ivass per i contratti assicurativi, sussistono limiti e ragioni per cui questo procedimento (che è di tipo decisorio ed aggiudicativo) non possa esaurire ogni spazio destinato alla composizione extragiudiziale delle liti bancarie (e apparirebbe oltremodo irragionevole rinunciare alla funzione del filtro in questa materia proprio in considerazione dei risultati positivi ottenuti complessivamente dal meccanismo alternativo MED-ABF).



Peraltro, un arbitro specializzato che rende decisioni (pur non vincolanti), ma che precede istituzionalmente il giudizio ordinario metterebbe in imbarazzo la giurisdizione rimarcando la sua incapacità a specializzarsi e/o rendere decisioni rapide ed efficaci ben oltre quanto effettivamente può ragionevolmente ritenersi. Diversamente invece la possibilità di utilizzo alternativo di strumenti diversi e con ambiti non del tutto coincidenti consente un approccio articolato utile a rendere efficace la risposta di entrambi e non in una chiave meramente deflativa, ma di ricomposizione della relazione e dell'affermazione di buone prassi nei rapporti con la clientela.

Talune modifiche legislative in tal senso potrebbero migliorare sensibilmente l'efficacia anche della mediazione consentendo, ad esempio, un più esteso utilizzo delle attività peritali in relazione alla utilizzabilità anche in sede processuale dei relativi esiti in caso di mancato accordo (alleggerendo comunque le procedure giudiziarie e contribuendo a risolvere questioni controverse che spesso trovano composizione quasi spontanea proprio con l'ausilio di un tecnico qualificato).

Ma di là dai pur possibili interventi di "manutenzione normativa", sulla base delle esperienze maturate e nella prospettiva di un sistema di *Dispute Resolution* integrato e complementare, oltre che sostenibile, un ruolo centrale può essere assunto dalla Banca d'Italia.

Al riguardo, è stato autorevolmente precisato come nel settore bancario e finanziario la concorrenza non è tanto efficiente da indirizzare le condotte degli intermediari, per cui i sistemi ADR (e quindi ABF e mediazione anche nella prospettiva delle Direttive UE n. 52/2008 e n. 11/2013) svolgono un ruolo fondamentale in quanto accompagnano verso le *best practices* consentendo altresì di perseguire i più elevati *standards* di correttezza e trasparenza.

In questa logica, condivisa dai più autorevoli esperti della materia, mediazione e ABF sono più efficaci nell'incidere sulle condotte virtuose degli intermediari rispetto alla giurisdizione ordinaria il cui impatto è spesso trascurabile sul livello di *compliance* degli intermediari e sulla effettività della regolazione del mercato, svolgendo di fatto una funzione che è stata definita come "quasi-regolatoria" piuttosto che "quasi-giudiziaria". Pertanto, la mediazione concorre - con altri sistemi ADR di tipo diverso qual è l'ABF - a creare un circolo virtuoso e, proprio per la funzione sopra descritta, la partecipazione degli intermediari ai tavoli mediativi dovrebbe essere assicurata normativamente e vigilata dalla Banca d'Italia.

Non è ben chiara infatti la scelta del legislatore delegato del 2015 nell'aver limitato il ruolo di Autorità nazionale competente della Banca d'Italia per il solo sistema ABF (in materia di liti dei consumatori) mantenendo per la mediazione in materia bancaria tale ruolo al Ministero della Giustizia (di concerto con il Ministero dello sviluppo economico). Invero, una diversa scelta avrebbe potuto consentire di creare - con gli adeguati correttivi legislativi e regolamentari - un sistema articolato tra organismi di mediazione specializzati e ABF, nell'alveo di un sistema "quasi-regolatorio" di settore finalizzato a rendere efficiente e virtuoso il mercato, al contempo incidendo positivamente sul tasso di litigiosità e conseguentemente anche sui carichi degli uffici giudiziari.

Si può delineare in tal guisa un sistema sinergico ed integrato di procedure ADR per le liti derivanti dai contratti bancari che, senza ritardare l'accesso alla giurisdizione ordinaria, possa rafforzare le tutele per consumatori ed imprese e, allo stesso tempo, offrire agli intermediari percorsi utili a migliorare i rapporti con la clientela implementando le buone prassi.

19. - La mediazione italiana alla prova dei dati statistici.



Quando si avviano ipotesi di riforma occorre confrontarsi con le rilevazioni statistiche al fine di valutare l'impatto della legislazione vigente formulando proiezioni sulle modifiche che si intendono apportare.

Per questi motivi, la pubblicazione dei dati statistici elaborati trimestralmente dalla Direzione generale della statistica del Ministero della Giustizia sulla mediazione delle liti civili e commerciali sollecita inevitabilmente la riflessione sul percorso compiuto e su quello ancora da compiere.

Tuttavia, a distanza di oltre otto anni dall'entrata in vigore della normativa di riferimento ed ormai trascorsi anche oltre cinque anni dalla riforma che ne ha segnato l'obbligatorietà preventiva in talune materie affidando altresì ai giudici la possibilità di avviare alla mediazione le liti già pendenti, la prima indicazione emerge da un osservatorio esterno: il ricorso alla procedura di mediazione in Italia è sei volte superiore al resto d'Europa.

Non è possibile quindi leggere i dati statistici italiani senza tener conto dello straordinario rilievo che gli stessi assumono nel contesto europeo ed internazionale costituendo evidentemente una *best practice* che, pur tra luci ed ombre, sta segnando un percorso evolutivo di rilievo transnazionale.

E tale dato, come si è già rilevato, si evince dalla risoluzione approvata il 12 settembre 2017 dal Parlamento europeo che, in sede di analisi dell'impatto della Direttiva 2008/52/CE (sulla mediazione civile e commerciale), ha focalizzato l'attenzione su una serie di aspetti positivi e di criticità nella diversificata attuazione da parte degli Stati membri.

In particolare, uno degli aspetti critici segnalati attiene proprio alla difficoltà di ottenere dati statistici globali sulla mediazione, inclusi il numero di casi mediati, la durata media e le percentuali di successo delle procedure di mediazione. Invero, come opportunamente osserva il Parlamento europeo "in assenza di una banca dati affidabile, è molto difficile promuovere ulteriormente la mediazione e accrescere la fiducia dei cittadini nella sua efficacia".

Se si considera che la normativa italiana prevede il rilevamento statistico trimestrale con obblighi di comunicazione per gli organismi di mediazione e l'elaborazione è affidata alla Direzione generale di statistica del Ministero della Giustizia si coglie l'importanza che tali dati assumono non soltanto nel contesto nazionale, divenendo un indicatore di interesse internazionale.

Per cui appare evidente che l'Italia si distingue nell'Unione europea non soltanto per aver avviato il sistema più efficace di mediazione, ma per aver previsto l'attività di rilevamento ed elaborazione dei dati relativi al suo funzionamento.

Un primo dato di interesse attiene alle diverse modalità di accesso alla mediazione in quanto se da un canto vi è l'obbligatorietà *ex lege* ovvero quella *ex officio judicis*, dall'altro vi è quella concordata mediante clausola contrattuale o meramente facoltativa. A tal fine occorre però considerare che le materie per le quali è prevista la mediazione preventiva come condizione di procedibilità della domanda giudiziale costituiscono soltanto circa il 15% del contenzioso civile. Le materie indicate dalla legge sono le seguenti: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Ciò posto nel 2017 circa il 77% delle procedure avviate proviene proprio dalla condizione di procedibilità nelle materie sopra indicate, oltre il 9% è costituito dalle mediazioni facoltative nelle quali la scelta di attivare la procedura è del tutto volontaria, soltanto lo 0,5% proviene dalle clausole di mediazioni inserite nei contratti, mentre invece oltre il 13% perviene dalle ordinanze di mediazione demandata dai giudici.

Tali dati si riferiscono ad un numero di procedure avviate in leggera flessione (sono state circa 167mila, con una riduzione del 9% rispetto al 2016) registrandosi oltre 20mila accordi conciliativi (con una flessione dell'1% rispetto al 2016). Gli accordi si stipulano nel 43% dei casi in cui le parti sono presenti al tavolo negoziale



superando la fase introduttiva e la durata media dei procedimenti si è attestata a 129 giorni (rispetto ai 115 giorni del 2016).

I dati mostrano quindi un sistema in via di stabilizzazione in quanto le oscillazioni nel corso degli ultimi anni sono del tutto fisiologiche. Ma si evidenziano anche le buone prassi in via di consolidamento e diffusione presso molti uffici giudiziari che hanno consentito un costante aumento negli anni delle mediazioni disposte dai tribunali ed anche dalle corti di appello se si considera che nel 2014 le mediazioni ordinate dai giudici costituivano soltanto il 5,6%. Ma ciò che appare oltremodo significativo è che sia pur per un numero limitato di materie del contenzioso, la deflazione delle sopravvenienze supera del doppio la media generale degli altri fattori.

Non vi è dubbio alcuno che il percorso da compiere per migliorare la mediazione e l'intero sistema della giustizia civile sia ancora lungo e complesso, ma tanta strada è stata percorsa dal 2010, se si considera che in precedenza i dati dei sistemi compositivi erano privi di ogni rilevanza statistica.

Gli spazi per migliorare la normativa e per implementare sistemi virtuosi per la soluzione delle liti civili e commerciali sono ancora ampi e l'esperienza acquisita costituisce un importante bagaglio da valorizzare nelle scelte che occorrerà compiere per creare un sistema sempre più efficace e rapido, semplice ed economico, equilibrato e sostenibile.

20. - Il "codice" della giustizia civile. Una riforma per la coesione sociale e la competitività del Paese.

Cambiare si può. Non c'è dubbio. E cambiare migliorando è sempre possibile.

Per cui migliorare la giustizia civile e la sua efficienza non soltanto non è impresa impossibile, ma deve costituire un obiettivo prioritario di qualsiasi azione di governo che intenda innovare creando le basi per una incisiva trasformazione culturale prim'ancora che tecnica ed organizzativa.

D'altro canto, una seria ipotesi di riforma della giustizia civile non può non tener conto non soltanto dell'alto grado tecnico dello specifico settore, ma delle sue profonde implicazioni sociali ed economiche: ogni scelta operata in questo ambito incide infatti inevitabilmente nei rapporti tra i consociati e nelle relazioni tra questi e le istituzioni.

Insomma un sistema complesso quello della giustizia civile il cui impatto diretto sul sistema socio-economico del Paese richiede una valutazione che superi la mera logica del dettaglio normativo, per lo più processuale, aprendo a riflessioni che orientino le opzioni sul tavolo nel solco dell'efficienza, della sostenibilità, del riequilibrio del tasso di litigiosità implementando l'uso di strumenti di pacificazione sociale.

La poliedricità del sistema della giustizia civile vigente, che si connota oggi quale servizio pubblico essenziale che può essere amministrato anche da enti privati, richiede sicuramente una razionalizzazione normativa mediante la semplificazione ed il coordinamento delle diverse discipline che si sono stratificate nell'ultimo decennio soprattutto sull'impulso delle direttive UE.

In questa direzione un testo unico, o anche un "codice" della giustizia civile, potrebbe infatti costituire l'obiettivo per un ripensamento prima che tecnico, culturale e per ciò stesso trasversale, non soltanto dei saperi, ma anche dell'agone politico. Non quindi una ennesima riforma delle regole processuali quale obiettivo prioritario quasi obbligato per l'efficienza della giustizia civile. L'esperienza insegna infatti che riformare il processo (e solo il processo) peraltro in una logica di mero efficientismo, non può costituire la soluzione. Lavorare sui rimedi e sui rimedi dei rimedi genera un livello di ridondanza i cui effetti possono essere addirittura agli antipodi della propugnata efficienza. Né la funzione sociale del processo può essere obliterata da esigenze emergenziali che lo sospingono sempre più verso epiloghi di mero rito utili al solo



respingimento del contenzioso con effetti di rimbalzo per lo più sottovalutati perché difficili da analizzare nel breve periodo.

E proprio l'esperienza degli ultimi due lustri sospinti dalla Direttiva UE n. 52/2008 che indicava quale obiettivo la creazione di «un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario» consente di allargare gli orizzonti ricercando la soluzione al di fuori della gabbia cognitiva nella quale sovente si agitano le proposte interne di riforma della giustizia civile.

Come perseguire allora una efficace tutela dei diritti ed un radicale riequilibrio della litigiosità, attraverso un efficiente funzionamento dei sistemi di *Dispute Resolution* che il legislatore può e deve apprestare per i consociati?

Come rendere economico, rapido ed efficace un sistema le cui risorse sono limitate, ma che allo stesso tempo deve sempre garantire a tutti ed indistintamente pronta reazione con risposte adeguate?

Nel discorso al Senato del 5 giugno 2018, il presidente del Consiglio dei Ministri prof. Giuseppe Conte ha chiesto la fiducia precisando sul tema che l'obiettivo «è ricostruire il rapporto di fiducia dei cittadini nei confronti del "sistema giustizia"» rilevando poi che «di recente si è registrato un declino delle iniziative di tutela giudiziaria. In realtà, non è venuta meno la domanda di giustizia, ma piuttosto i processi costano troppo e durano troppo a lungo».

Come ricostruire il rapporto di fiducia e come rispondere adeguatamente alla domanda di giustizia se non avviando un nuovo approccio *ecologico* al conflitto?

Occorre sicuramente una diversa consapevolezza nella gestione e composizione delle liti civili senza limitarsi a delegare la risposta al processo quale occasione unica anziché ultima. La perfettibilità del processo civile infatti non può costituire l'obiettivo della riforma affidando alla stessa la soluzione dei mali di un sistema giustizia messo alle corde da una domanda ipertrofica che trova le sue radici anche nella carenza di spazi di mediazione sociale.

Il processo civile deve costituire l'argine sociale prim'ancora che giuridico del conflitto, non la scelta necessaria. Garantire il diritto di accesso alla tutela dei diritti non può significare sostanzialmente obbligare i consociati a tale accesso per l'assenza di altre forme che possano consentire un adeguato ed anche migliore risultato per i contendenti e per la collettività, con benefici anche di medio e lungo termine. Il processo per sua natura dirime le controversie per lo più recidendo i rapporti per generazioni: ripristinare la legalità è opera necessaria e deve essere sempre garantita e resa sempre più efficiente, ma non appare per lo più scelta privilegiata quando occorra rammendare le relazioni e ricucire il tessuto sociale dove nasce la domanda di giustizia il cui *trend* appare sempre in crescita.

E questo – come ha detto il presidente Conte «vale per i cittadini e per le imprese, con la conseguenza che la scarsa efficienza del "servizio giustizia" si sta rivelando un limite alla crescita economica e un deterrente nei confronti degli investitori stranieri. Nell'economia contemporanea, come ricorda il sociologo Ulrick Beck, il vero pericolo è la "minaccia di non invasione da parte degli investitori, oppure la loro partenza"».

La prospettiva proposta appare lucida e difficilmente opinabile anche quando si pongono quali obiettivi del "contratto di governo" «la semplificazione e la riduzione dei processi, l'abbassamento dei costi di accesso alla giustizia, il rafforzamento delle garanzie di tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini».

Il tema è necessariamente trasversale e multidisciplinare, ma anche altamente strategico, e partendo da obiettivi comuni è possibile creare percorsi condivisi attraverso i quali fare scelte anche radicali ed ambiziose per la crescita del Paese rafforzando e rendendo coeso il tessuto sociale e rilanciando la competitività del sistema economico.

E così la proposta avanzata per l'istituzione di un commissario straordinario per la giustizia civile o quella di un codice della giustizia civile quale casa comune dei sistemi di *Dispute Resolution* possono forse stimolare una



riflessione non settoriale e non autoreferenziale, ma soprattutto orientata da un lato a rafforzare il processo prescindendo da sommarizzazioni dettate da esigenze emergenziali e, dall'altro, a mettere a punto quei procedimenti diversi, alternativi o paralleli, separati o integrati, che possono costituire la chiave di volta per l'efficienza del nuovo sistema della giustizia civile mediante un riequilibrio della domanda che non ne scoraggi l'accesso, ma che consolidi le buone pratiche coesistenziali.

D'altronde la strada intrapresa a livello europeo sposta il baricentro delle soluzioni negoziali inevitabilmente fuori del processo. L'autonomia privata in un ambito regolamentato e assistito costituisce la sede naturale e privilegiata per la ricerca di soluzioni autonome (pur etero dirette) del contenzioso civile. Le direttive europee per la mediazione (2008/52/CE) e in materia di ADR per i consumatori (2013/11/UE) descrivono infatti un contesto stragiudiziale regolamentato in equilibrato rapporto con la giurisdizione che non esclude (espressamente consentendole) forme di integrazione.

Non quindi una contrapposizione tra la giurisdizione, chiamata a dirimere le liti con decisioni rapide ed efficaci rese all'esito di un giusto processo, e sistemi extragiudiziali, finalizzati per lo più a risolvere i conflitti mediante l'accordo attraverso percorsi negoziali diretti e indiretti, con e senza l'ausilio di un terzo imparziale.

Un sistema della giustizia civile complesso, equilibrato e sostenibile, quello che si profila ormai in tutta la sua concretezza, che non punti soltanto a una maggiore efficienza del processo civile (che costituisce un obiettivo imprescindibile per rendere effettiva la tutela dei diritti) e, quindi, della giurisdizione, ma che valorizzi – e non soltanto in chiave deflativa – i sistemi di composizione delle liti civili mediante i procedimenti di ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

È il momento della riflessione politica in un contesto storico nel quale, tra spinte europee e trasformazioni culturali, l'alternativa è gestire la continua emergenza o essere visionari immaginando e ponendo le basi per il futuro che si intende costruire.

Ed è proprio alla politica e non ai tecnici che viene chiesto di disegnare i contorni di un sistema della giustizia civile senza i prevedibili tentativi di condizionamento determinati dai pur legittimi timori di accelerazioni o di resistenze ormai marginali ad una necessaria trasformazione già in atto.