

Guido Alpa – Silvia Izzo*

IL MODELLO ITALIANO DI MEDIAZIONE: LE RAGIONI DI UN INSUCCESSO

Sommario: 1. Una riflessione sui dati. – 2. Le ambiguità del modello italiano di mediazione; 2.1. La legge di delegazione e il decreto legislativo; 2.2. Il regolamento attuativo. – 3. Le reazioni della prassi e del legislatore. – 4. Le ragioni dell'insuccesso.

1. UNA RIFLESSIONE SUI DATI

Per quanto attiene alla mediazione amministrata disciplinata dal d.lgs. n. 28/2010 i dati raccolti dall'ISDACI con riferimento al 2010 comprendono un periodo di tempo assai breve atteso che, seppur il testo normativo risale ai primi mesi dell'anno (marzo), il regolamento di attuazione che ha consentito la concreta operatività dell'istituto è del novembre 2010 (d. m. giustizia n. 180/2011). Ciò nonostante dall'analisi condotta possono trarsi interessanti spunti di riflessione.

I dati dimostrano, infatti, che la «mediazione finalizzata alla conciliazione della lite» ha finito con il costituire «il modello generale di mediazione amministrata», come può evincersi dalla crescita del numero complessivo di enti inclusi nel registro tenuto presso il ministero della giustizia¹ e dall'incremento di iscrizioni da parte di enti diversi dalle Camere di commercio, i quali nel 2010 di-

* In particolare, Guido Alpa ha curato il paragrafo 1, Silvia Izzo i paragrafi 2, 3 e 4. Il presente contributo è già apparso nella raccolta di scritti a commento del "Quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia" pubblicato da ISDACI.

¹ Cfr. BONSIGNORE, *La diffusione della giustizia alternativa in Italia nel 2010: i risultati di una ricerca*, in *Quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, (a cura di ISDACI), 2012 48.

vengono centouno, quasi raggiungendo il numero delle prime (centocinque)².

Gli Ordini professionali – che ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 28/2010 – beneficiano di un'iscrizione "di diritto" nel registro ministeriale, hanno costituito nel 2010 ventiquattro organismi di mediazione, sedici dei quali, ossia i due terzi, costituiti dai Consigli dell'ordine degli avvocati. Ad oggi³, dai dati disponibili sul sito del Ministero della giustizia, gli organismi forensi sono ben 1909 a fronte di 770 organismi iscritti, e ben spesso essi sono i soli o tra i pochissimi ad offrire il servizio anche in zone del territorio nazionale che presentano minor "convenienza" dal punto di vista economico⁴.

Il coinvolgimento della classe forense può apprezzarsi anche con riferimento all'assistenza nel corso del procedimento. La ricerca condotta dall'ISDACI segnala che nell'84% dei casi le parti istanti si sono fatte assistere da un professionista, percentuale che è pari al 52% nel caso della parte invitata in mediazione; rispettivamente nell'83% e nell'84% delle ipotesi questo professionista è un avvocato, malgrado manchi un obbligo di legge in tal senso. Né può dirsi – come purtroppo ingenerosamente si rumoreggia – che la presenza del difensore costituisca un ostacolo alla formazione dell'accordo di conciliazione, in quanto, seppure non è possibile disaggregare il dato con riferimento alle parti non assistite, la percentuale di raggiungimento dell'accordo in caso di partecipazione della controparte è molto elevato (pari al 70,5% presso le Camere di Commercio, al 74,7% presso le Camere di mediazione amministrata esterne al sistema camerale⁵).

Ciò che, già dai primi mesi del 2010, emerge in negativo da un lato è la scarsa adesione al procedimento (pari al 50,5% presso le Camere di Mediazione amministrata esterne al sistema camerale, al 47,6% per le Camere di Commercio), dall'altro l'assoluta marginalità dell'attività di formulazione della proposta da parte del mediatore e la bassissima percentuale di raggiungimento dell'accordo secondo tale modalità («nel 28,5% dei casi, ovvero uno su tre»).

² Cfr. BONSIGNORE, cit., 3.

³ 21 gennaio 2012.

⁴ Nel sud e sulle isole, ad esempio, gli organismi di conciliazione forense sono comunque presenti anche nelle province che presentano una scarsissima diffusione del meccanismo (Nuoro, Matera, Sassari per tutte).

⁵ BONSIGNORE, cit., 56.

In particolare, «la proposta viene fatta dal mediatore di propria iniziativa in poco meno dell'1% di tutti i procedimenti gestiti», mentre sono le parti a richiederla congiuntamente solo nello 0,5% dei casi⁶.

La lettura combinata dei due dati negativi conduce la commentatrice a concludere nel senso che nella prassi prevalga nettamente il modello facilitativo di mediazione – come è dimostrato dal sonoro insuccesso della «proposta di accordo» – e a suggerire l'opportunità di riconsiderare la «scelta operata dal legislatore di introdurre la mediazione al fine di ridurre il numero delle cause in ingresso» ove «l'elevato tasso di mancata adesione alle procedure volontarie di mediazione dovesse essere confermato o, addirittura, aggravarsi per la mediazione obbligatoria»⁷.

I dati diffusi dal Ministero della Giustizia confermano la tendenza negativa. Secondo le «prime statistiche» sull'applicazione del «d.lgs. n. 28/2010 sulla mediazione civile»⁸ al 30 aprile 2011 la mancata partecipazione della parte invitata al procedimento si assestava sul 69,17% dei casi, percentuale in aumento al 30 giugno 2011, data nella quale il valore ha raggiunto il 72,24%⁹.

Cala pure in maniera considerevole il dato relativo alla mediazione delegata dal giudice che passa dal 3,90% delle prime statistiche all'1% delle seconde. Sintomi, si può ritenere, di una scarsa fiducia nel sistema dopo un iniziale e non del tutto negativo *test*. Secondo entrambe le rilevazioni le parti continuano a scegliere di essere assistite da un avvocato in tre casi su quattro.

Dunque, è troppo semplice, ma soprattutto è sconfessato dalle rilevazioni, sostenere che le ragioni dell'insuccesso siano riscontrabili nelle resistenze delle libere professioni e, segnatamente, dell'Avvocatura¹⁰. Al contrario si tenterà di dimostrare come l'istituto, a causa delle ambiguità delle scelte effettuate e dell'erroneità di talune soluzioni tecniche, risulti mal congegnato

⁶ *Ibidem*, 56.

⁷ Sempre BONSIGNORE nel commentare i risultati della ricerca condotta dall'ISDACI, cit., 58.

⁸ Disponibili sul sito www.giustizia.it.

⁹ *Rilevazione statistica con proiezione nazionale*, disponibile sul sito www.giustizia.it.

¹⁰ In questo senso rispettivamente IANNINI, *Quali prospettive per la mediazione*, in *Quarto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, (a cura di ISDACI), 2011; BONSIGNORE, cit., 15.

sia a fini deflattivi, sia in sé, quale strumento alternativo alla giurisdizione a disposizione del cittadino.

2. LE AMBIGUITÀ DEL MODELLO ITALIANO DI MEDIAZIONE

Il modello di mediazione che il legislatore italiano ha disegnato con il d.lgs. n. 28/2010 e con i decreti ministeriali n. 180 del 2010 e n. 145 del 2011 è fortemente ambiguo: è, difatti, operazione complessa collocare l'istituto nelle tradizionali categorie di classificazione del fenomeno.

Ferma restando la definizione "minima" di *mediation*¹¹ come modalità non eteronoma di risoluzione della lite raggiunta con l'assistenza di un terzo neutrale che favorisce l'accordo tra le parti senza rendere decisioni¹², sono state elaborate ulteriori specificazioni in termini descrittivi, distinguendosi – tra l'altro – tra una mediazione c.d. facilitativa ed una mediazione c.d. valutativa. Nell'ambito della prima e più classica tipologia (*facilitative mediation*)¹³, il mediatore si limita ad agevolare la comunicazione tra le parti evitando qualsiasi espressione di giudizio in merito all'oggetto dell'accordo; nella seconda (*evaluative mediation*), al contrario, egli può spingersi ad assumere un atteggiamento più propositivo – «ma mai invasivo o impositivo» – sui termini dello stesso¹⁴.

¹¹ L'espressione è recente e si ritiene sia stata coniata dal giurista statunitense Frank Sander nel 1976, durante la *Pound Conference*, per suggerire una soluzione al problema del cattivo funzionamento della giustizia negli Usa, ricorrendo a forme alternative o complementari di composizione delle liti. «A second way of reducing the judicial caseload is to explore alternative ways of resolving disputes outside the courts, and it is to this topic that I wish to devote my primary attention», così SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, in LEVIN-WHEELER, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future, Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1979, 65-87. Per un'analisi della "nomenclatura" del settore cfr. FODDAI, *Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, 43 e ss.

¹² MENKEL MEADOW, *Mediation, Arbitration, and Alternative Dispute Resolution (ADR)*, in *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 9507; per ampi riferimenti cfr. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 95.

¹³ BESSO, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di BESSO, Torino, 2010, 33 e ss., che rileva come la tipologia valutativa si sia sviluppata negli Stati Uniti intorno agli anni ottanta quando quella del mediatore è divenuta una figura professionale. Per una rassegna della legislazione interna e del fenomeno conciliativo nel contesto delle ADR, cfr. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.

¹⁴ Cfr. LUISSO, tra l'altro in *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1204. L'espressione riportata tra apici è di APPIANO, *I sistemi A.D.R. nell'ottica del Legislatore comunitario*, in *Contr. e impresa*, 2009, 65.

Orbene, come anticipato, collocare l'istituto disciplinato nel 2010 nell'una o nell'altra categoria non è affatto agevole se non impossibile, ed anzi, ai due modelli deve aggiungersene un terzo – assolutamente inedito e "autoctono" – che è quello di mediazione «aggiudicativa». Di essa riferisce la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010 preferendo tale definizione a quella di mediazione valutativa. Probabilmente non erra chi in dottrina ha valorizzato la scelta terminologica che sembra riferita, in assonanza con il sostantivo inglese *adjudication*, all'attività di chi, a prescindere dall'investitura pubblica o privata, *decide*: «accanto alla mediazione facilitativa vi sarebbe» perciò una «mediazione-processo» nell'ambito della quale «il mediatore, nel caso di formulazione della proposta, sarebbe chiamato ad offrire una vera e propria soluzione giuridica, una sorta di decisione della lite basata sulla fondatezza delle ragioni o dei torti»¹⁵.

Come accennato, proprio nell'ossimoro di una "mediazione aggiudicativa" – e non nelle ideologiche resistenze dell'una o l'altra categoria professionale – si sostanzia, come si vedrà, tutta l'ambiguità della normativa, causa dell'insuccesso di un istituto che, se ben congegnato, avrebbe effettivamente potuto «semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia»¹⁶.

2.1. La legge di delegazione e il decreto legislativo

Lo smarrimento dell'interprete di fronte alla normativa italiana si è manifestato fin da quando dell'edificio che si voleva costruire si conosceva soltanto «la pianta e forse l'altezza»¹⁷ atteso che, con riferimento alla disposizione di delegazione contenuta nell' art. 60 della l. n. 69/2009, già potevano segnalarsi le ambiguità del "progetto" che il Legislatore delegante affidava al delegato "costruttore".

Un indizio a favore del modello valutativo poteva evincersi dal criterio direttivo disposto dalla lett. l) del terzo comma, che accordava al «conciliatore» la facoltà «di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali per le contro-

¹⁵ Besso, *op. cit.*, 40

¹⁶ Questa la finalità dichiarata della Direttiva 56/2008 CE al cui recepimento il d.lgs. n. 28/2010 (tra l'altro) tendeva.

¹⁷ Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2009, 1257.

versie in particolari materie»¹⁸. In effetti, quale che sia l'oggetto della controversia, un mediatore chiamato soltanto a facilitare la comunicazione tra le parti e a far emergere una piattaforma di interessi comuni non ha alcun bisogno di giovare dell'ausilio di un consulente tecnico o di un perito. Viceversa le competenze di questi ultimi possono rendersi indispensabili quando il terzo - sia esso un organo pubblico o privato - debba esprimere o proporre la soluzione per un contenzioso di elevato contenuto tecnico. Nella medesima direzione sembrava condurre la successiva lett. p) secondo la quale la fonte delegata avrebbe dovuto prevedere conseguenze sulle spese e condanne pecuniarie per la parte che avesse rifiutato la proposta di accordo ove il contenuto della successiva decisione giudiziale vi corrispondesse¹⁹. Il riferimento alla proposta di accordo, del tutto assente nella direttiva comunitaria ma già contemplato dal d.lgs. n. 5 del 2003 in relazione alla conciliazione societaria, già lasciava prefigurare un futuro modello valutativo di mediazione²⁰.

Nessun altro riferimento lasciava intendere la volontà del legislatore italiano di utilizzare l'istituto per realizzare «un intento deflattivo del contenzioso giurisdizionale»²¹ né quella di discostarsi dal tipo più tradizionale di conciliazione pur se nulla lo avrebbe escluso. E, infatti, sebbene la direttiva 2008/52/CE, al cui recepimento il d.lgs. n. 28/2010 (tra l'altro) è servito, si riferisca alla mediazione facilitativa, il panorama comunitario - «nel rispetto e

¹⁸ Confluito nell'art. 8, 4° comma del d.lgs. n. 28/2010.

¹⁹ Più specificamente: «prevedere nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione» la possibilità il giudice di «escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115». Poi confluito, come si avrà modo di approfondire *infra*, nell'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010.

²⁰ Lettura che preoccupava LUISO (*op. ult. cit.*, 1264) che tuttavia rilevava come la legge delega non imponesse che il contenuto della medesima dovesse essere «omogeneo rispetto ad una soluzione aggiudicativa della controversia», ben potendo prescindere da valutazioni strettamente giuridiche per fondarsi, al contrario, sulla considerazione dell'interesse di ciascuna parte. Per la "progressione" del modello di conciliazione societaria a mediazione in materia civile e commerciale cfr. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in *Rass. for.*, 2010, 49.

²¹ Anche a giudizio del Tar del Lazio che con l'ordinanza n. 3202 del 2011 (che può leggersi, tra l'altro, in *Corr. giur.*, 2011, 995 e ss. con nota di PAGNI) ha rimesso alla Corte costituzionale il giudizio sul d.lgs. n. 28/2010.

in coerenza» con il quale l'istituto di nuovo conio doveva collocarsi²² – ha comunque mostrato interesse anche per modalità di risoluzione della controversia differenti. In particolare in ambito europeo ci si è occupati tanto delle tipologie (veramente) aggiudicative, ossia quelle «che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione»²³, quanto di quelle «che comportano semplicemente un tentativo di fare incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione basata sul consenso»²⁴.

L'ambiguità è proseguita con il d.lgs. n. 28/2010.

Vi sono nel testo disposizioni che consentirebbero di considerare la mediazione come una «alternativa alla giustizia», cioè come uno strumento di risoluzione della lite schiettamente negoziale «concepito in base alle esigenze delle parti»²⁵, volto non a «scimmiettare» la giurisdizione bensì a rendere superfluo il ricorso ad essa, poiché capace di offrire ai contendenti un meccanismo più adeguato rispetto alla materia del contendere²⁶.

In questo novero si collocano, e soltanto in tal modo si possono giustificare, le disposizioni che non richiedono al mediatore di essere esperto di diritto, che delineano un percorso di formazione assolutamente generico con riferimento alle competenze giuridiche, che tralasciano qualsiasi riferimento alla conoscenza delle materie oggetto del procedimento obbligatorio di mediazione, che danno spazio alle tecniche pratiche di negoziazione, che conferiscono una netta prevalenza al principio della riservatezza senza tenere in alcun conto il principio del contraddittorio.

²² Cfr. art. 60, 1° comma della legge di delega.

²³ 98/257/CE: *Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.*

²⁴ 2001/310 CE *sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo.*

²⁵ Considerando n. 6 della Direttiva n. 56 del 2008, cit.

²⁶ Cfr. LUISO, da ultimo in *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie tra prassi ed interventi del legislatore*, in *Quarto rapporto*, cit., 113, del quale è la definizione, che spiega si tratti di strumenti che «proprio perché provengono dagli stessi destinatari degli effetti dell'atto, possono fare a meno della verifica della realtà sostanziale preesistente, potendosi fondare invece [...] sulla (positiva) valutazione dell'opportunità dell'accordo, e quindi sugli interessi (e non sulla fondatezza delle pretese) delle parti».

Ma ve ne sono altre che, al contrario, richiamano con chiarezza le forme «alternative alla giurisdizione», i c.d. equivalenti non giurisdizionali, in cui il terzo impone o propone una soluzione della lite, ricostruisce la realtà, valuta i fatti, decide di torti e ragioni²⁷. Tra queste vanno collocate le norme sulle conseguenze del rifiuto della proposta del mediatore; sul possibile ricorso a consulenti tecnici e periti; l'assoluta indifferenza della "qualità" delle materie per le quali la mediazione è obbligatoria²⁸.

Più nello specifico, è fin dalle definizioni che si evidenzia la natura ancipite del procedimento: l'attività di mediazione comprende tanto la «ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia», quanto la «formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa» (art. 1, 1° comma, lett. a). Si stabilisce correttamente che il «mediatore» è privo, «in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti» (art. 1, 1° comma, lett. b) ma si sanziona in maniera tutt'altro che simbolica la parte che non accetti la proposta di soluzione e che poi risulti vittoriosa in giudizio (art. 13).

Come già accennato, proprio il confronto tra la disciplina endoprocedimentale della proposta e i riflessi che la sua mancata accettazione produce sul processo danno l'esatto segno della poca chiarezza di idee del legislatore.

All'attuale formulazione dell'art. 11 – dedicato alla «conciliazione» – che considera la formulazione della proposta quale modalità recessiva di formazione o, ancora meglio, di mera sollecitazione dell'accordo tra le parti²⁹, si è giunti in seguito alle severe critiche mosse alla soluzione adottata in prime battuta dallo *Schema* di decreto legislativo circolato tra "gli addetti ai lavori"³⁰. In quel te-

²⁷ LUISO, *op. ult. cit.*, 112, ossia strumenti che provvedono ad «una ricognizione della realtà giuridica sostanziale preesistente» dettando «le regole di condotta contenute nell'atto che – in quanto vincolanti per i destinatari delle regole stesse – è idoneo a risolvere la controversia».

²⁸ Scorrendo il catalogo contenuto nell'art. 5, 1° comma si rinvencono, difatti, materie che si prestano ad una soluzione conciliativa – si pensi alle liti condominiali e, più in generale a quelle che presuppongono rapporti di natura economica o sociale destinati a durare nel tempo – ed altre che non vi si prestano affatto.

²⁹ Efficacemente LUISO, *La conciliazione*, cit., 1204, «il conciliatore, dunque, svolge lo stesso ruolo che, nelle reazioni chimiche, svolge il catalizzatore.

³⁰ Cfr., tra gli altri, LUISO, *La delega*, cit.; CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex articolo 60 legge 69/2009*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, 195 e ss; CANALE, *Luci e ombre ad una prima lettura dello schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione*, ivi, 109. Cfr., nel medesimo segno, il parere reso sullo schema di decreto legislativo dalla Commissione per

(segue)

sto il mediatore era «in ogni caso» tenuto a proporre una soluzione della lite influenzando in tal modo in maniera decisa le valutazioni e il comportamento delle parti fin dalle prime battute del procedimento. Difatti è assolutamente improbabile che i contendenti si mostrino disposti ad aprirsi ad una logica di dialogo e reciproca comprensione, che “scoprono le proprie carte” ove il procedimento sia connotato fin dalle premesse dalla logica avversariale – fondata sulla valutazione di ragioni e torti e, dunque, a monte sulla prova degli stessi.

Per questo motivo la versione poi adottata della disposizione facoltizza soltanto il mediatore di compiere l’attività in parola la quale diviene dovuta soltanto in caso di concorde richiesta delle parti «perché altrimenti si costringerebbe il procedimento conciliativo in una gabbia, che gli impedirebbe di raggiungere i risultati più proficui che possono essere attinti da soluzione negoziale delle controversie»³¹.

In buona sostanza l’art. 11 può essere letto nel senso – più conforme alla tradizione dell’istituto – secondo il quale il mediatore interviene soltanto se i contendenti non riescono da soli a raggiungere un «accordo amichevole» malgrado e in esito all’attività condotta dal terzo; interviene per “allargare la torta”³², per offrire alle parti una prospettiva di composizione reciproca che le nebbie della discordia non consentivano di vedere.

Se dunque apparentemente il legislatore ha infine dato ascolto alle preoccupazioni emerse in dottrina³³, in realtà ha creato un rimedio peggiore del male dimostrandosi incapace di delineare un sistema coerente con sé stesso.

Ove difatti, dall’art. 11 si passa all’analisi dell’art. 13, dedicato alla disciplina delle «spese processuali», lo scenario cambia del

lo studio e la riforma del codice di procedura civile del Consiglio nazionale forense il 29 ottobre 2009, in *Il d.lgs. n. 28/2010, La mediazione e l’Avvocatura. Problemi e prospettive., Dossier di analisi e documentazione a cura dell’Ufficio studi del Consiglio nazionale forense*, 26, reperibile all’indirizzo <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/banca-dati/artCatcircolari>. 2011.51.5.2.1.html.

³¹ LUISSO, *La delega*, cit., 1265.

³² Metafora frequente per descrivere le tecniche di negoziazione contrapposta alla immagine di una divisione della «fixed pie» caratteristica dei meccanismi eteronomi di soluzione delle controversie o anche della c.d. «negoziazione di posizione», per riferimenti cfr. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova 2008, 420 e nota 44.

³³ Tanto che la Relazione illustrativa al decreto si esprime nel senso che «alle forme facilitative è anzi assegnata una certa preferenza (v. anche gli articoli 8 e 11), in virtù della loro maggiore duttilità rispetto ai reali interessi delle parti e della conseguente loro maggiore accettabilità sociale».

tutto. La norma prevede l'esclusione della ripetizione delle spese sostenute e la condanna a favore della controparte al pagamento di quelle di lite e di mediazione e/o a favore del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma corrispondente al contributo unificato per la parte che abbia rifiutato una proposta rilevatasi poi totalmente o parzialmente corrispondente alla decisione giudiziale. La disposizione tende, dunque, a scoraggiarne il rifiuto, prima ancora che a sanzionare la parte che non l'accetti, con l'intento di relegare la soluzione della lite alla sede negoziale. È chiaro che il meccanismo può funzionare soltanto ove la proposta risulti omogenea al possibile contenuto di una sentenza, ossia risponda ad una logica di "aggiudicazione" della lite³⁴. E difatti, discorrendo di completa o non completa corrispondenza tra «provvedimento che definisce il giudizio» e «contenuto della proposta», la norma non può che riferirsi a due entità confrontabili e dunque omogenee.

2.2. Il regolamento attuativo

La preferenza nei confronti di modello di mediazione valutativa – più incisivamente utilizzabile a fini deflattivi – si apprezza con evidenza ancora maggiore nel regolamento attuativo adottato n. 180 del 2010.

In assoluta coerenza con la figura tradizionale di mediazione, caratterizzata dall'informalità della procedura, il d.lgs. n. 28/2010 ha imposto pochissime prescrizioni procedurali, cosicché la fonte secondaria distingue, all'art. 7, tra quelle che necessariamente i regolamenti degli organismi devono prevedere e quelle soltanto facoltative. Queste ultime costituiscono una brillante cartina di tornasole della tipologia di ADR che l'esecutivo aveva in animo.

Può, perciò leggersi che la convocazione personale delle parti è una mera facoltà e che il mediatore può formulare la proposta anche nel caso di mancata partecipazione al procedimento della controparte (e, dunque, su quali basi? Con quale finalità visto che la ricerca «di un accordo amichevole» è impossibile senza un dialogo

³⁴ Tanto che taluni commentatori hanno finanche ritenuto che la proposta non dovrebbe esorbitare dai limiti del rapporto in contestazione come esposto negli atti di accesso, in questi termini ANDREONI-S. ROMANO, *Commento all'art. 11*, in CASTAGNOLA-DELFINI (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, Padova, 2010, 186 s.

tra le parti); che la proposta può pervenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto la mediazione (che, quindi, "giudicherà", perché altro – non avendo condotto personalmente il negoziato – sicuramente non potrà fare); che la formulazione della medesima è comunque incentivata con un incremento dell'indennità dovuta³⁵.

Ma se l'intento è quello di sollecitare una soluzione aggiudicativa della lite confrontabile con gli esiti giudiziali della stessa al fine di scoraggiare il ricorso alla giurisdizione, non è accettabile l'obbligatorietà della mediazione né che la funzione di "decidere", anche soltanto attraverso un "suggerimento" (dotato però di un notevole *enforcement*), sia attribuita a soggetti privi della professionalità e dell'esperienza necessaria.

Non a caso è proprio questo il punto nevralgico sottolineato dalle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale e a quella di Giustizia dell'Unione Europea pronunciate rispettivamente dal Tar Lazio³⁶ e dal Tribunale di Palermo, sez. di Bagheria³⁷.

Prescindendo dalla disanima puntuale delle questioni sottoposte alle due Alte Corti, preme qui ricordare che anche il giudice amministrativo ha riscontrato un potenziale *vulnus* di costituzionalità proprio nell'ambiguità del modello adottato, connotato da «due scelte di fondo» le quali «in misura inversamente proporzionale, ma biunivocamente, mirano, con forza cogente, l'una, alla de-istituzionalizzazione e de-tecnizzazione della giustizia civile e commerciale nelle materie stesse, e, l'altra, alla enfaticizzazione di un procedimento para-volontario di componimento delle controversie». Tale esecrabile risultato deriva, ad avviso del remittente, dall'inadeguatezza della disciplina con specifico riferimento alle ipotesi di obbligatorietà della mediazione. A fronte dell'astratta idoneità di tale tipologia a «conformare definitivamente i diritti soggettivi da essa coinvolti» ma altresì di incidere sugli stessi in là

³⁵ Sulla disciplina di attuazione cfr. Izzo, *La disciplina di attuazione in materia di mediazione civile e commerciale*, in *Rass. for.*, 2010, 577 ss.

³⁶ Ord. 12 aprile 2011, n. 3202, cit. Anche il giudice di pace di Parma, con ordinanza del 1° agosto 2011, ha sollevato l'incidente di costituzionalità per ragioni sostanzialmente analoghe. Da ultimo anche il Trib. di Genova, con l'ord. 18 novembre 2011, n. 4574 ha rimesso alla Consulta il giudizio di costituzionalità della norma. La pronuncia ma si caratterizza per aver approfondito la questione della legittimità costituzionale del procedimento di mediazione sotto profili direttamente operativi, con particolare riguardo alla materia dei diritti reali.

³⁷ Ord. 30 dicembre 2011, in *Guida al Diritto*, 2011, fasc. 43, 14 ss., con nota di CASTELLANETA.

dove, in mancanza del risultato conciliativo, «ne residui la giustiziabilità nelle sedi istituzionali [...]», il legislatore non appresta «un'adeguata conformazione della figura del mediatore». In questo quadro l'esclusiva attenzione dedicata ai «parametri [...] di «funzionalità generica» degli organismi, senza alcuna considerazione per i requisiti di professionalità, rischia di porsi in contrasto «con l'art. 24 Cost. nella misura in cui determina [...] una incisiva influenza [...] sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statutale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce».

Il Tribunale siciliano, nel condividere (tra l'altro) la censura rispetto al quadro europeo delle ADR, analizza i singoli momenti della procedura nei quali la competenza giuridica del mediatore appare indispensabile³⁸.

3. LE REAZIONI DELLA PRASSI E DEL LEGISLATORE

A fronte di questo sistema la prassi come ha reagito?

Gli organismi di mediazione – verrebbe da aggiungere responsabilmente vista l'impossibilità di garantire adeguati livelli di professionalità –, hanno in larga parte costruito procedimenti di mediazione facilitativa. Così, per esempio, quelli istituiti dalle Camere di commercio subordinano la formulazione della proposta alla richiesta congiunta di tutte le parti³⁹ e taluni prendono in considerazione ipotesi in cui la stessa non è soggetta a verbalizzazione⁴⁰. Nel medesimo senso è orientato il *Regolamento modello per gli organismi di mediazione forense* elaborato dal Consiglio nazionale forense che (all'art. 8, 4° comma) dispone che «il mediatore formula una proposta di conciliazione qualora disponga degli elementi necessari» e soltanto se «le parti [...] ne facciano concorde richiesta».

³⁸ Cfr. il lungo elenco contenuto nel punto a.2) dei *Riferimenti normativi*, che prende in considerazione, per esempio, «la capacità di comprendere i provvedimenti cautelari o possessori già emessi dal giudice» nonché gli ulteriori provvedimenti sommari (n.3); di formulare proposte di accordo e di redigere verbali di conciliazione rispettosi dell'ordine pubblico e delle norme imperative (n. 4), nonché proposte valutative comparabili con gli esiti del successivo giudizio (n. 6) e così via.

³⁹ Cfr., ad esempio, l'art. 8 (Esito del procedimento di mediazione) dei Regolamenti della Camera arbitrale di Milano, di quella di Roma, della Camera di conciliazione e mediazione di Napoli.

⁴⁰ Cfr., ad esempio, art. 8 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano.

Come già rilevato, la magistratura ha perso in poco tempo fiducia nel sistema come dimostra il calo delle mediazioni c.d. delegate dal quattro all'un per cento in pochi mesi⁴¹.

Il calo della partecipazione della parte invitata è significativo del medesimo stato d'animo tra gli utenti del servizio (dal 30, 83% delle prime statistiche del Ministero della Giustizia al 27, 76% delle seconde).

Anche da parte del Legislatore vi è stata una reazione. A partire dal luglio del 2011 la normativa primaria e secondaria è stata fatta oggetto di modifiche puntuali (quasi tutte) volte a sollecitare la partecipazione della parte invitata al procedimento (quasi sempre) attraverso un aggravamento delle sanzioni.

Così, primo tra tutti, il d.m. n. 145 del 6 luglio 2011 ha modificato il d.m. n. 180/2010 stabilendo (tra l'altro) che per le fattispecie di mediazione obbligatoria il mediatore debba svolgere «l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione» e che la segreteria non possa rilasciare l'«attestato di conclusione del procedimento» se non in seguito alla redazione del verbale di mancata conciliazione (art. 7, comma 5, lett. d)⁴².

Il d.l. n. 138 del 13 agosto 2011 (convertito in legge n. 148/2011) ha, invece, inciso sull'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 ampliando il novero di sanzioni per la parte che senza giustificato motivo non abbia aderito al procedimento e che si sia poi costitui-

⁴¹ Il d.l. n. 212/2011, con l'intento di rafforzare l'istituto ha istaurato (con l'art. 13, 1° comma, lett. a), un collegamento tra mediazione delegata dal giudice e i programmi per la gestione del contenzioso civile contemplati dall'art. 37, 1° comma del d.l. n. 98/2011. La tipologia in parola viene, pertanto, considerata tra gli strumenti utili al conseguimento di obiettivi di riduzione e rendimento degli uffici giudiziari.

⁴² In tal modo il Ministero della giustizia ha inteso sanzionare i regolamenti di procedura che prevedevano che in caso di mancata dichiarazione adesione della controparte non fosse necessario fissare un incontro di mediazione bensì che per assolvere la condizione di procedibilità fosse sufficiente l'attestato di segreteria, in modo da evitare un inutile aggravamento dei costi del procedimento per l'istante. La Direzione generale della Giustizia civile aveva lamentato che tali previsioni aggirassero la normativa primaria che ha imposto «l'operatività della condizione di procedibilità per talune materie» (circolare del 4 aprile 2011, disponibile sul sito www.giustizia.it). Per le critiche a tale impostazione cfr. CAPONI, *Adesione e partecipazione alla mediazione*, in www.judicium.it, nonché la *Richiesta di chiarimenti* dell'Ufficio Studi del Consiglio nazionale forense *Sulle circolari della Direzione generale della giustizia civile in materia di iscrizione e controllo sugli organismi di mediazione e sugli enti formatori*, disponibile all'indirizzo <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/search.jsp?instance=1&channel=29&node=2015&hitsPerPage=10&query=richiesta+chiarimenti&x=0&y=0>. In questo contesto è intervenuto il regolamento n. 145/2011 cit. il quale pur conservando il meccanismo ha quantomeno ridotto l'indennità dell'organismo per il caso *de quo* ad una sorta di "diritto di chiamata" ossia a «euro quaranta per il primo scaglione e ad euro cinquanta per tutti gli altri scaglioni» (art 16, 4° comma, lett. e).

ta in giudizio. A fronte dell'originaria previsione che faceva discendere da tale comportamento «argomenti di prova»⁴³ la c.d. «manovra di agosto» aggiunge altresì la condanna al «versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio».

Il d.l. n. 212 del 22 dicembre 2011 è, infine, ulteriormente intervenuto sulla disposizione in parola stabilendo che la condanna debba essere irrogata «con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti, ovvero all'udienza successiva» alla sospensione del giudizio necessaria all'instaurazione o alla conclusione del procedimento di mediazione⁴⁴. È difficile ritenere che tali previsioni possano dirsi volte a facilitare «semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia» come la direttiva europea richiedeva⁴⁵.

Le uniche disposizioni che non rispondono ad un'ottica di coercizione alla partecipazione⁴⁶ sono quelle – dettate peraltro con fonte secondaria e non primaria – che inseriscono nel percorso di aggiornamento del mediatore il tirocinio professionale (art. 4, 3° comma, lett. b) e che impongono ai regolamenti di procedura di fissare «criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta» (art. 7, 5° comma, lett. e).

Poca cosa rispetto alle doglianze avanzate dal giudice amministrativo e da quello ordinario nelle ordinanze di rimessione, pochissima rispetto alle carenze del sistema che i dati in più sedi raccolti dimostrano.

⁴³ Disposizione stravagante rispetto alla tradizione in quanto fa sì che un comportamento tenuto al di fuori del processo abbia effetto, non già soltanto sulle spese, ma anche sul convincimento del giudizio.

⁴⁴ Dettando una disciplina eccezionale rispetto a quella generale e più garantista prevista dall'art. 179 c.p.c. per le «ordinanze di condanna».

⁴⁵ In termini analogo Trib. Bagheria, ord. 16 agosto 2011, cit., 3.2.

⁴⁶ Sia consentito osservare che legittimità costituzionale dei sistemi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione, difatti, passa necessariamente attraverso l'assoluta libertà di elezione degli stessi. La previsione di meccanismi di coazione indiretta quali la valutazione del contegno extraprocessuale della parte in sede di decisione della causa (art. 8, comma 5, prima parte), le condanne conseguenti alla mancata accettazione della proposta del difensore (art. 13) e, da ultimo, alla mancata partecipazione al procedimento (art. 8, comma 5, prima parte) costituiscono elementi che – sia pur in maniera indiretta e perciò solo più subdola – rendono più difficoltoso l'accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti garantita dall'art. 24 della Costituzione.

Le successive novelle hanno inteso occuparsi, invece, del principale obiettivo che con l'introduzione dell'istituto nell'ordinamento intendeva perseguire: la deflazione della giustizia civile. Più che un modello di mediazione, dunque, il legislatore ha avuto in mente una funzione (o forse una "missione") per il nuovo istituto ed in tal modo ha tradito lo spirito europeo⁴⁷.

Soltanto in questa ottica si spiegano l'obbligatorietà, le pesanti sanzioni per la parte che non partecipa al procedimento di mediazione o che rifiuta la proposta del mediatore.

4. LE RAGIONI DELL'INSUCCESSO

Fermo il rispetto dell'art. 24 – parametro rispetto al quale occorre attendere gli esiti del giudizio di costituzionalità degli articoli 5 e 16 del d.lgs. n. 28/2010 – rientra nella discrezionalità del Legislatore costruire la mediazione come rimedio rispetto al gravissimo stato della giustizia civile e può essere considerato meritevole voler offrire al cittadino uno strumento di soluzione della lite rapido, talvolta più adatto alla tipologia di controversia della giustizia togata e più economico dell'arbitrato. Nell'ottica di «deflazione» e «limitazione delle sopravvenienze» – espressioni terrifiche per chi coltiva una cultura della giurisdizione ma ormai frequenti nei testi legislativi – “non è peccato” creare uno squilibrio tra le parti in lite sanzionando quella che – pur avendo a disposizione l'alternativa non giurisdizionale – «abusa del processo», arrecando «un pregiudizio alla collettività oberando il sistema processuale con una lite che avrebbe potuto e dovuto essere evitata»⁴⁸. È un'ottica più o meno condivisibile – sicuramente pericolosa⁴⁹ – ma non in astratto vietata o improponibile. A condizione però – ed è

⁴⁷ Critico rispetto allo strumento utilizzato, CONSOLO, *L'improcrastinabile radicale riforma della legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.leg. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il consiglio d'Europa sul rapporto tra repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corr. giur.*, 2010, 425.

⁴⁸ A. DE LUCA, *Mediazione e (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 411.

⁴⁹ Lo stato drammatico della giustizia civile riporta in auge teorie che tendono a ritenere che l'art. 24 della Cost. non garantisca indifferenziatamente il diritto di azione, bensì che debba discutersi di «meritevolezza della tutela richiesta» quale presupposto ulteriore rispetto all'interesse agire. Per tutti cfr. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004. Esprime dubbi sulla configurabilità prima ancora che sulla legittimità della categoria «dell'abuso della tutela giurisdizionale» «a termini dell'ordinamento nazionale vigente» il Tar Lazio nell'ordinanza n. 3202/2011 cit.

qui che il legislatore ha tradito se stesso condannando la sua creatura all'insuccesso – che quanto si offre al cittadino sia veramente un meccanismo alternativo e non già in una sorta di "dio minore" e (oltretutto) imposto rispetto alla giurisdizione costituzionalmente garantita. In buona sostanza – riprendendo le considerazioni espresse dal Tar del Lazio nell'ordinanza di rimessione – «una cosa è la costruzione della mediazione come strumento cui lo Stato in un vasto ambito di materie obbligatoriamente e preventivamente rimandi per l'esercizio del diritto di difesa in giudizio; altra cosa è la costruzione della mediazione come strumento generale normativamente predisposto, di cui lo Stato incoraggi o favorisca l'utilizzo, lasciando purtuttavia impregiudicata la libertà nell'apprezzamento dell'interesse del privato ad adirla ed a sopportarne i relativi effetti e costi»⁵⁰. A prescindere dalla condivisibilità dell'operazione, se intende collocarsi nel primo "schema", il legislatore è onerato dal costruire un meccanismo che offra garanzie e funzionalità non minori rispetto a quelle proprie della giurisdizione tanto in punto di professionalità e competenza del conciliatore quanto in punto di effettività dei meccanismi offerti⁵¹.

Altrimenti – per a causa del malfunzionamento della giustizia pubblica – si condanna il cittadino ad una tutela ancor meno effettiva dei propri diritti. Tale inaccettabile deriva le diverse rimessioni del giudizio sulla normativa alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia dell'Unione mirano a scongiurare reagendo ad un sistema che inesorabilmente conduce verso tale approdo.

Non si può far altro che attendere, a questo punto, i superiori *arrêt* delle Corti visto che il Legislatore non è stato capace da solo di fornire al cittadino uno strumento *adeguato*, prima ancora che *alternativo*, di risoluzione delle controversie⁵².

⁵⁰ Tar Lazio, ord. N. 3202/2011 cit.

⁵¹ Emblematico il caso della conservazione degli effetti prenotativi della trascrizione della domanda giudiziale preso in considerazione dall'ordinanza del Tribunale di Genova n. 4574/2011, cit.

⁵² L'acronimo *Alternative Dispute Resolutions* nel tempo è stato riletto intendendo la «A» di «*Alternative*» come «*Appropriate*» «per indicare un modello integrato e complementare di metodi di risoluzione delle controversie, in luogo di uno bipolare, fondato sull'opposizione tra la giurisdizione dello Stato e meccanismi privati e informali». In questo senso MENKEL-MEADOW, *Mediation*, cit., 9507 e nella dottrina italiana FODDAI, *Conciliazione*, cit., 43 e s., testo e note.