

TOMASO GALLETTO

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. *Premessa.* - 2. *L'idea della mediazione.* - 3. *Quando la mediazione funziona: l'esperienza nord-americana.* - 4. *Mediazione e spazio giudiziario europeo: dalle prime intuizioni alla direttiva 52/2008.* - 5. *La mediazione in Italia: qualcosa di nuovo, anzi d'antico.* - 6. *Il modello disegnato dal legislatore delegato nel 2010.* - 7. *Errori e problemi nelle scelte del legislatore.* - 8. *Il mercato della mediazione.* - 9. *Il “decreto del fare” e il nuovo volto della mediazione in Italia.*

* * *

1. *Premessa.*

Come sempre accade le *nuove* idee (specialmente se si tratta anche di *buone* idee, quale quella della mediazione finalizzata alla soluzione stragiudiziale delle liti in materia civile e commerciale) hanno un difficile cammino.

Ignoranza e diffidenza nei confronti del “nuovo” alimentano paure e polemiche – spesso ingiustificate – che si traducono in atteggiamenti di aprioristico rifiuto o, peggio, di “guerre” ideologiche.

A questa sorte non si sottrae la mediazione finalizzata alla conciliazione stragiudiziale delle liti civili e commerciali.

Certamente non può essere sottaciuto che talune scelte operate dal nostro legislatore sono opinabili e foriere di criticità non indifferenti, ma non è dubbio che a fronte della cronica inefficienza della nostra giustizia civile qualcosa nella direzione della soluzione stragiudiziale delle liti andava pur fatto: si poteva fare di più, si poteva fare meglio, ma non si poteva non fare, anche perché – come si vedrà – il mondo va in quella direzione.

La politica ha creduto di individuare nella mediazione finalizzata alla conciliazione delle liti un efficace strumento di deflazione del contenzioso civile e così, nell'ambito della ennesima riforma al processo civile approvata nel 2009, ha affidato al governo il

compito di organizzare, con lo strumento della legislazione delegata, un sistema di risoluzione alternativa delle controversie civili.

Il legislatore, con grande enfasi e assai minore conoscenza del fenomeno, ha dettato alcuni principi generali in materia, affidando al governo la disciplina di dettaglio.

La fretta del legislatore, desideroso dell'effetto "annuncio" di una possibile soluzione all'insopportabile lentezza del servizio giustizia che vede il nostro Paese agli ultimi posti nelle classifiche di efficienza nel settore, ha di fatto determinato lacune negli indirizzi generali al legislatore delegato, che quest'ultimo ha colmato di propria iniziativa.

Tra tutte, la lacuna certamente più grave è stata la mancata scelta in ordine alla introduzione o meno di ipotesi di mediazione obbligatoria, ipotesi che pure era prevista nella direttiva comunitaria n. 52/2008 in tema di mediazione transfrontaliera quale possibile opzione per i legislatori nazionali.

Da qui, come è noto, origina il vizio di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, avendo il legislatore delegato previsto ipotesi di mediazione obbligatoria senza che il legislatore delegante lo avesse facoltizzato in tal senso, recentemente rilevato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012, sulla quale si ritornerà nel prosieguo.

Come è evidente, sarebbe stato paradossale che un errore di tecnica legislativa (un incidente di percorso, se si vuole) ponesse fine ad una esperienza che ha coinvolto per oltre 2 anni il mondo giudiziario, ha dato vita a quasi mille organismi di mediazione, quasi 400 enti di formazione e ha licenziato decine di migliaia di mediatori che hanno intrapreso questa attività dopo un percorso di formazione a pagamento.

Il legislatore ha reagito alla pronuncia incostituzionalità reintroducendo, a tempo e con alcuni correttivi, ipotesi di mediazione obbligatoria con il c.d. "Decreto del fare" (D.L. 21 giugno 2013 n. 69 convertito in legge, con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013 n. 98).

Le scelte - alcune opinabili, altre incomprensibili - operate come il recente intervento legislativo saranno esaminate in sede di commento analitico alle disposizioni del D. Lg.vo 28 del 2010 in tema di mediazione come modificato nell'agosto 2013: in questa sede introduttiva è sufficiente annotare che il legislatore si è dimostrato - ancora una volta - ondivago nel tentativo, ovviamente destinato all'insuccesso, di compiacere sia i fautori della mediazione finalizzata alla conciliazione, sia i suoi oppositori.

Ma andiamo con ordine.

Per affrontare il fenomeno della mediazione finalizzata alla risoluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali sono indispensabili alcune premesse.

In questa prospettiva conviene allora ripercorrere - per sommi capi - il cammino della mediazione per verificare se davvero essa - come taluni sostengono - è un'idea bizzarra che danneggia i cittadini ponendo ostacoli al diritto di agire davanti al giudice (il "diritto di litigare", verrebbe da dire), oppure se essa, con i dovuti correttivi ed i

necessari approfondimenti, costituisce una opportunità in più per il cittadino (non la privazione di un diritto o un ostacolo all'esercizio di esso).

Per fare ciò occorre partire dall'idea stessa di mediazione.

2. *L'idea della mediazione.*

L'idea della mediazione, ovviamente, non è affatto nuova, non è un'invenzione dell'uomo moderno, dal momento che ne troviamo traccia – per restare nell'ambito della nostra cultura – già nella legislazione romana più antica. Una delle possibili forme della mediazione, la transazione, è infatti menzionata nelle leggi delle dodici tavole.

Ciò che contraddistingue la nozione moderna di mediazione, con la quale ci confrontiamo, non è *la funzione*, che resta quella di evitare o porre fine ad una lite attraverso un componimento negoziale della controversia, ma *la struttura* dell'istituto che vede un terzo, imparziale e neutrale, intervenire nel contrasto tra le parti allo scopo di far emergere i reali interessi da comporre, indipendentemente dal diritto applicabile alla fattispecie, facilitando un accordo soddisfacente per tutti i protagonisti della lite.

Un ruolo, quello del mediatore moderno, del tutto diverso da quello del giudice che attribuisce torti e ragioni e assegna i beni della vita oggetto del contendere.

Il mediatore, competente e professionalmente preparato, aiuta le parti a trovare esse stesse una soluzione negoziale alla controversia, operando in un campo più ampio di quello delineato dalle norme applicabili alla fattispecie.

Si dirà: ma per far questo bastano gli avvocati, dal momento che ciascun buon avvocato cercherà di risolvere la controversia stragiudizialmente, prima di andare in giudizio. Ciò è vero solo in parte, perché anche l'avvocato, come il giudice, ragiona in termini di torti e ragioni, di diritto applicato alla fattispecie. Lo stesso cliente, peraltro, generalmente non gradisce che il proprio avvocato si prodighi per una soluzione negoziale, perché vede nel legale il paladino dei propri diritti e quindi non un negoziatore.

La mediazione, insomma, si muove in spazi diversi da quelli in cui operano i professionisti della lite (giudici, avvocati) e con strumenti diversi (l'accordo delle parti, non la pronuncia aggiudicativa).

Il mediatore può limitarsi a sollecitare le parti a trovare un'intesa (*mediazione facilitativa*) oppure può proporre alle parti una soluzione, che esse restano libere di non accettare (*mediazione valutativa*): in nessun caso giudica o esprime una opinione vincolante per le parti.

In questa prospettiva si coglie appieno la differenza tra mediazione ed arbitrato: quest'ultimo è un istituto che risolve la lite mediante una pronuncia aggiudicativa e vincolante per le parti, a nulla rilevando, quanto agli effetti, la natura privata del giudizio degli arbitri rispetto a quella pubblica dei giudici.

La mediazione moderna, ancora, è “nuova” anche sotto un diverso aspetto: il relativo procedimento è amministrato da un organismo secondo le regole dettate con apposito

regolamento precostituito, che garantisce la corretta gestione, caratterizzata la assoluta riservatezza, del tentativo di conciliazione.

Uno strumento agile (sono banditi i formalismi del processo) e nel contempo sofisticato (con attenzione alla psicologia comportamentale) che è messo a disposizione delle parti *in aggiunta* al (e non in *sostituzione* del) processo: a questo si può comunque giungere se la mediazione fallisce e nessun diritto è pregiudicato (per prescrizione, per decadenza) durante il tentativo di conciliazione.

Alla fine, un'idea meno bizzarra di quanto si potrebbe supporre.

3. *Quando la mediazione funziona: l'esperienza nord-americana.*

E' risaputo che la mediazione, nella configurazione di cui stiamo discorrendo, è frutto dell'esperienza nord-americana che ha mosso i suoi primi passi alla metà degli anni '70 del secolo scorso.

Senza poter qui ripercorrerne la storia, è utile ricordare almeno che l'idea di offrire una efficiente soluzione stragiudiziale alle controversie civili e commerciali trovava la propria giustificazione nella generale insoddisfazione verso il sistema processuale civilistico, connotato dagli elevati costi e dalla eccessiva durata, e nella avvertita necessità di consentire un accesso per quanto possibile informale a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, maggiormente fruibili anche dai cittadini meno abbienti.

La risposta del sistema giudiziario (che ne apprezzava l'effetto di sottrarre ai giudici le controversie di minore rilievo, bagatellari, consentendo una migliore gestione dei processi più rilevanti) e dell'avvocatura (che ne intravedeva i possibili benefici anche in termini di ampliamento dell'area di attività professionale) fu in quell'ordinamento positiva ed in breve lasso di tempo le regole procedurali delle corti contemplarono il previo o coevo esperimento di forme di mediazione, anche amministrative dalle stesse corti, oppure la facoltà per i giudici di rinviare le parti all'esperimento della mediazione. Oggi anche le regole processuali federali disciplinano svariate forme di soluzioni alternative alle controversie (ADR).

L'esperienza non solo statunitense, ma anche canadese è ormai un sistema funzionale e maturo che si è sviluppato quale effettiva alternativa al processo e rispetto al quale, quasi paradossalmente, si iniziano a muovere critiche per l'eccessiva formalizzazione del procedimento, stabilmente gestito dagli avvocati.

In ogni caso, in quell'esperienza la mediazione funziona e funziona bene: con riferimento alle controversie in materia sanitaria, ad esempio, recenti studi pubblicati sul *Dispute Resolution Journal* (August-October 2011) evidenziano le ragioni del successo delle ADR anche – e soprattutto – nelle liti tra assicuratori e strutture (pubbliche e private) che erogano servizi sanitari.

Accanto ad una prassi che vede un diffuso inserimento di clausole di mediazione ed arbitrato nei contratti del settore sanitario, numerosi Stati hanno introdotto norme legislative intese a rendere obbligatoria la mediazione (ed in alcuni casi anche

l'arbitrato) nelle controversie assicurative nel settore sanitario (ad esempio il New Jersey Health Care Carrier Accountability Act ed altre leggi di settore prevedono forme di mediazione e arbitrato sia per le controversie sulla responsabilità medica sia per quelle, correlate, di rimborso da parte di assicuratori),

Il modello più diffuso è quello c.d. *multi - step* in cui dapprima si accede ad un procedimento di mediazione e, in caso di insuccesso, si instaura un arbitrato (quest'ultimo si conclude con un giudizio vincolante per le parti).

Le ragioni del successo delle ADR e dell'arbitrato nella materia considerata risiedono, secondo i citati studi, nella complessità del settore sanitario sia sotto il profilo tecnico sia sotto quello della delicatezza delle questioni in conflitto, che inducono a preferire forme di componimento delle controversie riservate e comunque gestite da soggetti professionalmente preparati in materia.

4. *Mediazione e spazio giudiziario europeo: dalle prime intuizioni alla direttiva 52/2008.*

In ambito europeo, in quello che oggi si definisce lo “spazio giudiziario europeo”, le iniziative volte a favorire l'introduzione di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) possono farsi risalire almeno al 1975, e quindi ad epoca concomitante con la nascita della moderna mediazione negli Stati Uniti.

Da allora, come ricorda Vincenzo Vigoriti in un recente intervento (*Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, II, 313 ss.), l'Europa ha dedicato all'ADR una serie impressionante di provvedimenti (regolamenti, direttive), ha promosso iniziative, ha diffuso documenti conoscitivi.

L'obiettivo dell'azione europea è principalmente mirato a garantire il ricorso a procedure di risoluzione alternative delle controversie capaci di fornire una soluzione facile, rapida ed affidabile per i consumatori nonché suscettibile di salvaguardare la relazione tra le imprese e la loro clientela.

Non è possibile dar conto in questa sede delle molteplici iniziative europee in favore delle ADR: sarà sufficiente ricordare le notissime raccomandazioni n. 257 del 1998 e 310 del 2001 e la n. 10 del 2002 del Consiglio d'Europa e la recente Direttiva 52/2008 sulla mediazione transfrontaliera, i cui principi potevano altresì applicarsi alle singole legislazioni interne per espressa previsione dell'atto comunitario.

L'attuazione della Direttiva nei diversi Paesi dell'Unione doveva avvenire entro il 21 maggio 2011.

Un recente studio in materia¹ offre un panorama composito: molti Paesi (per l'esattezza 14), tra cui l'Italia, hanno tempestivamente dato attuazione alla Direttiva; altri hanno in

¹ C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2012, 862 ss.

corso la relativa procedura e soltanto uno (Cipro) non risulta aver ancora avviato l'iter di recepimento.

La Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2011 sull'attuazione della Direttiva osserva che assicurare un miglior accesso alla giustizia, anche attraverso un adeguato processo di composizione delle controversie tramite la mediazione, è uno degli obiettivi principali della politica dell'Unione e che occorre incoraggiare il ricorso alla mediazione, garantendo una equilibrata relazione tra questa e i procedimenti giudiziari.

La Risoluzione, ancora, riconosce che *“L'art. 5, paragrafo 2, della Direttiva 52/2008 consente agli Stati membri di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione o di sottoporlo a incentivi o a sanzioni, sia prima che dopo l'inizio della procedura giudiziaria, a condizione che ciò non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario².”*

Con specifico riferimento all'Italia, infine, si osserva che *“nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali; ciononostante sottolinea che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria”³.*

D'altra parte, il *favor* comunitario per i sistemi ADR traspare con evidenza dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La Corte, con sentenza del 18 marzo 2010⁴, ha ritenuto che la procedura obbligatoria di conciliazione prevista dalla normativa italiana in materia di servizi di telecomunicazione non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva comunitaria “servizio universale”, sia perché il risultato della procedura non è vincolante e non incide sul diritto ad un ricorso giurisdizionale, sia perché la procedura di conciliazione (che deve concludersi entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza) non comporta un ritardo sostanziale nella proposizione del ricorso giurisdizionale, essendo comunque sospesa la prescrizione dei diritti per tutta la durata del tentativo obbligatorio di conciliazione.

La promozione del tentativo obbligatorio di conciliazione, inoltre, nel pensiero della Corte deriva dalla constatazione che una procedura conciliativa meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per il perseguimento degli obiettivi della direttiva.

Le più recenti iniziative dell'Unione in materia di ADR nei rapporti contrattuali tra consumatori e professionisti non soltanto confermano la constatazione che l'utilizzo delle ADR nello spazio giudiziario europeo sia ormai ineludibile, ma consentono altresì di rilevare che l'azione comunitaria si fa più stringente, dal momento che arriva ad

² Risoluzione, cit., § 5.

³ Risoluzione, cit., § 10.

⁴ C. Giust. CE, sez. IV, 18 marzo 2010, C-317/08, che può leggersi in *Guida dir.*, 3 aprile 2010, n. 14, 18 ss., con commento di CASTELLANETA, *La soluzione extragiudiziale delle controversie realizza pienamente l'obiettivo della direttiva.*

ipotizzare “*soluzioni imposte*” che non possono che evocare la figura dell’arbitrato amministrato il cui esito è, appunto, una “*soluzione imposta*”, di tipo aggiudicativo.

Relativamente a quest’ultimo profilo, che significativamente riecheggia la evoluzione della legislazione di alcuni Stati negli U.S.A. verso forme di arbitrato obbligatorio in materia di controversie sanitarie (sulle quali v. *supra*, § 3), non mancano profili di criticità, dal momento che un punto sempre ritenuto fermo nella politica comunitaria delle ADR è quello per cui il consumatore deve sempre essere libero di agire davanti al giudice naturale.

Su tali recenti iniziative si ritornerà nel prosieguo (§..) ma un dato è evidente: l’Unione vede nelle ADR (e quindi nella mediazione) uno strumento indispensabile per assicurare tutela rapida ed efficiente ai diritti dei consumatori e di questa linea di tendenza della politica comunitaria è necessario tenere debito conto.

5. *La mediazione in Italia: qualcosa di nuovo, anzi d’antico.*

Se dall’analisi della politica comunitaria in tema di mediazione spostiamo la nostra attenzione all’esperienza italiana dobbiamo subito constatare che il fenomeno riconducibile ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie civili non era ignoto alla nostra legislazione.

Ipotesi e strumenti finalizzati alla risoluzione stragiudiziale delle liti sono sempre stati contemplati, anche nel codice di procedura civile: basti ricordare, a questo proposito, l’attività del giudice conciliatore per la composizione delle controversie, anche esulanti dalla sua competenza per valore (art. 322 c.p.c.).

Nel tempo ipotesi di tentativi (obbligatori o facoltativi) di conciliazione sono state introdotte nei più svariati settori (dalle locazioni ai contratti agrari, dalle controversie di lavoro a quelle in materia di telecomunicazioni, per citare alcune tra le più rilevanti).

Ciò che ha contraddistinto la nostra esperienza sino ad epoca recente, tuttavia, è stata la mancanza di un modello generale di procedimento di mediazione: alcuni procedimenti si svolgevano davanti ad organi amministrativi, altri davanti al giudice, tutti con procedimenti ed effetti diversi tra loro.

La mediazione, quindi, non è fenomeno del tutto nuovo nel nostro ordinamento: la novità risiede nella riconduzione ad unità del fenomeno (almeno con riferimento alla mediazione stragiudiziale) e nelle regole minimali (ma omogenee) che disciplinano il relativo procedimento.

Per la verità un primo tentativo di dettare regole procedurali omogenee per la mediazione finalizzata alla conciliazione delle liti fu fatto nel 2003 in materia di controversie societarie (artt. 34-36 D.lg.vo 5/2003, oggi abrogati). Si trattava peraltro di mediazione volontaria e convenzionale (derivante da apposita clausola negoziale) in un settore – quello societario – molto circoscritto.

Il tentativo non ebbe fortuna perché – in difetto di una diffusa conoscenza del fenomeno delle ADR – la base esclusivamente volontaria del ricorso alla mediazione ne rendeva improbabile una utilizzazione su larga scala.

Al di là dell'insuccesso di quest'ultima iniziativa, le diverse ipotesi di *mediazione obbligatoria ante causam* previste nella nostra legislazione (in materia di lavoro, di contratti agrari, di telecomunicazioni) hanno superato indenni il vaglio della Corte Costituzionale addirittura anche nell'ipotesi in cui la legge delega non aveva previsto l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione⁵.

E' in questo complesso mosaico di ipotesi di mediazione (obbligatoria o facoltativa) che si colloca l'iniziativa del legislatore del 2009 che delegava al governo l'organizzazione di un sistema di mediazione finalizzata alla conciliazione, con l'intento di ottenere un effetto deflattivo alla enorme domanda di giustizia civile, non gestibile dal sistema giudiziario.

Dalle (scarne) indicazioni del legislatore delegante è scaturito il decreto legislativo n. 28 del 2010, con il quale il governo ha esercitato la delega affidatagli.

6. Il modello disegnato dal legislatore delegato nel 2010.

Il modello di mediazione organizzato dal governo si ispira alla direttiva 52/2008 (tra l'altro, non menzionata espressamente dal legislatore delegante che aveva fatto un generico rinvio alla normativa comunitaria, restando così irrisolto il dubbio che la conoscesse) dalla quale trae la maggior parte dei suoi contenuti.

Opta per la previsione di una mediazione obbligatoria *ante causam*, quale condizione di procedibilità dell'azione in sede giudiziale, per le controversie in svariate ed eterogenee materia (dai diritti reali alla diffamazione a mezzo stampa, dalle controversie in materia di assicurazioni, compresa la RC auto, a quella di responsabilità sanitaria, senza dimenticare il condominio) e disegna una mediazione a metà strada tra quella facilitativa (il mediatore non esprime un'opinione) e quella valutativa (il mediatore può formulare una proposta).

Prevede la creazione di organismi, pubblici e privati, che erogano il servizio di mediazione sotto il controllo dello Stato ed amplia a dismisura la platea dei possibili mediatori i cui requisiti soggettivi di qualificazione (laurea triennale in qualsiasi disciplina o iscrizione in qualsiasi albo o collegio professionale) debbono accompagnarsi al superamento di un corso formativo di appena 50 ore.

In questa scelte del legislatore delegato si annidano, come è risaputo, le maggiori insidie per il cammino della mediazione in Italia perché è rispetto ad esse che puntualmente si sono appuntate le critiche che sono state mosse al D.lg.vo 28/2010 ed ai decreti ministeriali di attuazione del medesimo.

⁵ Cfr. Corte Cost. n. 276 del 2000 in materia di controversie di lavoro,

7. Errori e problemi nelle scelte del legislatore.

Oggi, alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale si può dire che la scelta di introdurre – solo con la legislazione delegata e nel silenzio della legge delega – la mediazione obbligatoria è stato un errore, gravido di conseguenze negative.

Per la verità l'eccesso di delega legislativa non era sfuggito ai primi commentatori e si era considerata probabile la censura di incostituzionalità.

Ma l'entusiasmo del governo per la mediazione quale panacea per i mali (secolari) della giustizia civile e un probabile eccesso di confidenza nella elasticità delle regole costituzionali in funzione dell'obiettivo, di sicuro interesse collettivo, perseguito con l'introduzione della mediazione obbligatoria (altra volta avallato dalla Corte Costituzionale) hanno fatto superare ogni possibile cautela.

L'errore tecnico nel percorso legislativo, tuttavia, non era l'unica criticità che affligge il D.lg.vo 28 del 2010.

Senza entrare nel dettaglio delle critiche che potevano essere mosse al citato decreto, sarà sufficiente accennare alla mancata previsione di qualsiasi criterio territoriale ai fini della instaurazione del procedimento di mediazione (sicchè un soggetto residente a Trieste, per una causa per cui sarebbe competente il Tribunale di Trieste, può essere chiamato in mediazione a Siracusa) ed alle gravi conseguenze processuali della mancata partecipazione – senza giustificato motivo – al tentativo di mediazione.

Altre criticità attengono all'eccessivo costo della mediazione, alla sua non breve durata (4 mesi) ed al difettoso raccordo tra il procedimento di mediazione ed il successivo processo: la loro trattazione presuppone un approfondimento che in questa sede non è possibile effettuare.

Anche la normativa in tema di formazione dei mediatori è passibile di fondate critiche, non essendo plausibile che un corso di sole 50 ore sia in grado di dotare il mediatore, digiuno della materia, di un sufficiente grado di preparazione per svolgere con competenza e professionalità tale ruolo.

Ferme restando le criticità accennate in precedenza, sarebbe ingeneroso un giudizio totalmente negativo.

Intanto il D.lg.vo 28 del 2010 ha aperto un mercato, quello dei servizi di mediazione, che in precedenza non esisteva.

8. Il mercato della mediazione.

Il mercato della mediazione è potenzialmente ricco: se le previsioni governative sono corrette, almeno un milione di controversie dovrebbero ogni anno essere sottoposte al tentativo di mediazione. Un giro di affari di almeno 1 miliardo di euro all'anno, al quale deve aggiungersi il mercato, altrettanto fiorente, della formazione iniziale e continua dei mediatori (diverse centinaia di milioni di euro).

Cifre importanti, che si traducono in opportunità di lavoro specialmente per i giovani, più sensibili alle nuove esperienze.

I quasi mille organismi di mediazione ed i quasi 400 enti di formazione accreditati presso il Ministero della Giustizia sono la dimostrazione della importanza economica del fenomeno della mediazione.

Certo in questa fase iniziale di un nuovo mercato non mancheranno le iniziative poco serie e molto probabilmente anche quelle truffaldine, ma questo è un prezzo ineliminabile ogni volta che si aprono nuove opportunità di lavoro.

Si tratta non di respingere il fenomeno, ma di vigilare con attenzione per impedire o reprimere – se del caso – gli abusi e per correggere la normativa per incoraggiare le *best practices*.

D'altra parte se gli studi di Banca d'Italia evidenziano che il ritardo della risposta giurisdizionale in sede civile costa un punto di PIL ogni anno (1500 miliardi di euro circa) ogni tentativo di ridurre quel costo (e la mediazione è certamente annoverabile tra gli strumenti idonei allo scopo) deve essere esperito.

Non è casuale, quindi, che larga parte del mondo produttivo (a partire da Confindustria) sia fortemente a favore della mediazione quale strumento alternativo alle liti civili e commerciali.

9. Il “decreto del fare” e il nuovo volto della mediazione in Italia.

L'aspetto certamente più significativo delle modifiche apportate dalla recente legislazione all'impianto del D. Lg.vo 28 del 2010 è costituito dalla reintroduzione – con alcuni correttivi – della mediazione obbligatoria.

Quest'ultima, cancellata dalla pronuncia della Corte Costituzionale già ricordata, è nuovamente prevista quale condizione di procedibilità per le controversie nelle materie indicate dall'art. 5 del D.Lg.vo 28 del 2010, con esclusione di quella relativa alla circolazione di veicoli e natanti

L'obbligatorietà del previo esperimento del tentativo di mediazione, peraltro, è limitata nel tempo (4 anni, con un monitoraggio sulla sua efficacia allo scadere del primo biennio).

Ma vi sono altri profili innovativi, che in questa sede possono essere solo accennati.

In ordine della competenza territoriale degli organismi di mediazione, essa è ora ancorata agli stessi criteri che indicano la competenza territoriale del Giudice che sarebbe chiamato a decidere la controversia, evitandosi così la possibilità di una scelta strumentale del luogo ove esperire il tentativo di mediazione, in passato consentita.

Dal punto di vista procedimentale, inoltre, è prevista l'obbligatoria assistenza dell'avvocato sin dalla fase introduttiva del procedimento di mediazione e per tutto il suo corso.

Si tratta di una scelta effettivamente opinabile, in quanto enfatizza una connotazione para-giurisdizionale del procedimento di mediazione che è ad esso ontologicamente estranea e che si pone altresì in contrasto con i principi comunitari in tema di ADR (che vietano l'imposizione dell'assistenza legale obbligatoria) e con la prassi internazionale che non conosce ipotesi in cui la mediazione debba necessariamente avvenire con l'assistenza dell'avvocato.

La previsione dell'assistenza legale obbligatoria nel procedimento di mediazione costituisce quindi un *unicum* nel panorama delle legislazioni in materia ed è frutto evidente di un compromesso finalizzato a (cercare di) superare l'ostracismo che l'avvocatura ha decretato verso qualsiasi forma di mediazione obbligatoria.

Deve peraltro essere ricordato che anche la obbligatorietà dell'esperimento di un tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità del giudizio è opzione discussa e discutibile, che il nostro paese è tra i pochi ad avere adottato.

L'obbligatorietà, infatti, mal si concilia con la caratteristica peculiare di (quasi) tutti gli strumenti di ADR, che consiste nella *volontarietà* dell'accesso allo strumento e nella *non vincolatività* dell'esito.

In un mondo ideale, quindi, non dovrebbe essere prevista né l'obbligatorietà della mediazione, né tanto meno l'assistenza obbligatoria dell'avvocato.

Soltanto ragionando nella prospettiva di utilizzare la mediazione quale strumento deflattivo del contenzioso (e quindi in un ottica che non è propria degli strumenti di ADR) può giustificarsi la previsione della sua obbligatorietà.

La cronica insufficienza della nostra giustizia civile (recentemente oggetto di una impietosa indagine OCSE sui tempi della giustizia civile nei paesi industrializzati), che è una sorta di "*male oscuro*" che concorre a deprimere la nostra economia e che è del tutto indipendente dalle risorse profuse per il suo funzionamento, dal momento che il nostro Paese impiega nel settore più risorse della media dei paesi aderenti all'OCSE, induce a ritenere, dal punto di vista pragmatico, che un limitato periodo di obbligatorietà della mediazione sia un'opzione comprensibile.

Accanto alla reintroduzione della obbligatorietà della mediazione in talune materie il legislatore del 2013 ha inteso rafforzare la c.d. "mediazione delegata" riferita all'iniziativa del Giudice che rinvia le parti ad un tentativo di conciliazione della lite.

Mentre in passato, secondo le originarie previsioni del D.Lg.vo 28/2010, il Giudice aveva la *facoltà* di invitare le parti ad esperire un tentativo di conciliazione nelle materie in cui non vigeva l'obbligatorietà e le parti erano libere di aderire o meno all'invito del Giudice, oggi il Giudice è dotato del "*potere*" di rinviare le parti all'esperimento di tale tentativo.

Ove il Giudice, anche in sede di appello, si avvalga di tale potere, le parti sono obbligate ad esperire il tentativo di conciliazione presso un organismo abilitato, poiché ciò diviene condizione (sopravvenuta) di procedibilità della domanda giudiziale.

In altri termini la causa non potrà proseguire se non conterà l'esperimento (infruttuoso) del tentativo di conciliazione" imposto" dal Giudice.

Anche sotto questo profilo emerge l'opinabilità delle scelte operate dal legislatore "*del fare*", poiché in tale modo si aggiungono ipotesi di obbligatorietà della mediazione al di fuori di quelle, già molto vaste, individuate all'art. 5 del Decreto Lg.vo 28/2010, come recentemente modificato.

L'intento del legislatore è ben chiaro: si tratta di estendere quanto più possibile l'area della composizione stragiudiziale delle controversie, nella prospettiva deflattiva del contenzioso civile.

Dal punto di vista sistematico, come è evidente, la scelta di introdurre ad opera del Giudice una sopravvenuta condizione di procedibilità dell'azione in sede giurisdizionale è quanto mai opinabile, perché si concreta in un ostacolo (per di più sopravvenuto) all'esercizio del diritto di agire davanti al Giudice, tutelato dall'art. 24 Cost.

Sotto questo profilo potrebbero quindi sorgere dubbi di costituzionalità, anche in considerazione della assoluta discrezionalità che – di fatto – è assegnata al Giudice in merito all'imposizione dell'obbligo di esperire un tentativo di conciliazione.

Così operando, tra l'altro, si accentua il potere di "case management" da parte del Giudice, riportando ancora una volta esperienze straniere (qui, dal mondo anglosassone) in un contesto del tutto dissimile.

Incomprensibilmente, infine, non si prevede alcun specifico beneficio fiscale (diverso da quello, modesto, di esenzione dell'imposta di registro sino all'imponibile di € 50.000) per l'ipotesi in cui le parti pongano fine alla lite già iniziata per effetto della conciliazione: eppure la leva fiscale potrebbe essere davvero lo strumento per incentivare seriamente la composizione stragiudiziale delle controversie.