

Riflettori sull'obbligatorietà per i primi 4 anni Avvocati al centro del procedimento conciliativo

Non si impone più un tentativo di mediazione, con i conseguenti costi, ma si richiede soltanto alle parti di incontrarsi di fronte al mediatore. Lo svolgimento di questo primo incontro soddisfa la condizione di procedibilità

di Angelo Santi

Il decreto cosiddetto "del fare", o più precisamente il Dl 69/2013, ha rimesso al centro del dibattito sulla riforma della giustizia il tema della mediazione, riaccendendo immediatamente il confronto sulle modalità di introduzione di questa metodologia consensuale di risoluzione delle controversie.

In questa parte ci occupiamo proprio dell'obbligatorietà, che certamente ha connotato il modello di mediazione del Dlgs 28/2010 e che tante questioni ha sollevato dalla sua approvazione, fino alla sentenza della Corte costituzionale 272/12.

Per comprendere appieno il nuovo modello proposto con la legge di conversione del Dl 69/2013 è opportuno ricostruire il percorso legislativo e applicativo che ha condotto all'approvazione della normativa in esame con tutte le modifiche rilevanti apportate al sistema del Dlgs 28/2010.

Il percorso legislativo dalla direttiva 2008/52/Ce al Dlgs 28/2010

Senza risalire alle esperienze di conciliazione, facoltative e obbligatorie, più datate, la direttiva 2008/52/Ce deve ritenersi l'*incipit* che ha dato lo spunto al Legislatore nazionale per approntare una normativa generale in tema di mediazione nelle controversie civili e commerciali. Sebbene la direttiva sia particolarmente mirata alle controversie transfrontaliere, non è interdetta la possibilità per gli Stati membri di disciplinare la mediazione per le questioni interne, ciò che il Legislatore italiano ha ritenuto di recepire.

Sul punto delle modalità di introduzione del procedimento conciliativo, la direttiva (al considerando n. 14) e all'articolo 5, comma 2) «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», pur definendo la mediazione (all'articolo 3, lettera a) un procedimento essenzialmente volontario ma che «può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro».

La prima norma nazionale che ha dato seguito alla direttiva è contenuta nell'articolo 60 della legge 69/2009, che prevede disposizioni di «delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali», peraltro da adottarsi proprio «nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria».

È opportuno notare che la lettera a) del comma 3 dell'articolo 60 precisa che la mediazione debba essere

disciplinata «senza precludere l'accesso alla giustizia». È evidente, pertanto, che qualsiasi modalità prescelta dal Legislatore delegato non doveva (e non deve) costituire un ostacolo alla tutela giudiziaria, ovvero non poteva (e non può) precludere, ma nemmeno ritardare ingiustificatamente, l'esercizio dell'azione.

Per quel che concerne più specificamente i criteri di delega, la disposizione rilevante è contenuta nella lettera c) del comma 3, ove si richiede di «disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria» - come già visto - «anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5» (sulla conciliazione societaria, facoltativa, oggi abrogata).

Tali indicazioni appaiono quanto mai generiche e lasciavano un ampio margine di discrezionalità all'esecutivo.

Quel «disciplinare la mediazione», in effetti, non conteneva una chiara scelta di campo, che potesse vincolare l'attuazione della delega, soprattutto con riguardo all'alternativa tra il modello impositivo di conciliazione e il modello facoltativo e incentivato.

In assenza di una indicazione puntuale, il Legislatore delegato del 2010, come noto, ha ritenuto di prevedere un modello di mediazione obbligatoria "piena", imponendo, con il comma 1 dell'articolo 5 del Dlgs 28/2010, l'esperimento di un procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale «relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da

MODELLI DI OBBLIGATORIETÀ A CONFRONTO

DLGS 28/2010 PRIMA DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE	DLGS 28/2010 RIFORMATO
<p>Tentativo obbligatorio di mediazione</p> <p>Il modello previgente imponeva, quale condizione di procedibilità, l'esperienza di un tentativo di mediazione pieno di fronte al mediatore</p>	<p>Obbligo del solo incontro preliminare</p> <p>Il modello riformato prevede, quale condizione di procedibilità, il solo incontro preliminare, da fissarsi entro 30 giorni dal deposito della domanda; la prosecuzione del procedimento è rimessa alla volontà delle parti</p>
<p>Previsione di un'indennità per materie obbligatorie</p> <p>L'adesione al tentativo di mediazione comportava il pagamento delle indennità di mediazione (spese di avvio e spese di mediazione) in misura ridotta rispetto alle materie facoltative</p>	<p>Nessun compenso è dovuto all'organismo</p> <p>Nel caso di mancato accordo, all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto all'organismo di mediazione; sembrano comunque dovute le spese di avvio</p>
	<p>Temporaneità della previsione</p> <p>È prevista una temporaneità di quattro anni con l'attivazione di un monitoraggio sugli esiti della sperimentazione dopo i primi due anni</p>

diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari».

Accanto alle casistiche obbligatorie, la normativa del 2010 aveva previsto anche la mediazione facoltativa (articolo 2), quella "invitata" dal giudice (articolo 5, comma 2) e quella obbligatoria in forza di clausola contrattuale (articolo 5, comma 5), ma alla base dell'impostazione del nostro Legislatore di questi ultimi anni vi è stata una visione errata della mediazione, soltanto in chiave deflattiva del contenzioso giudiziario. Ci si è rivolti alla mediazione con l'obiettivo prevalente di imporre un filtro che potesse contenere l'accesso alla giurisdizione, in chiave puramente emergenziale, nell'ottica di risolvere i problemi del sistema giustizia ricorrendo alla mediazione.

Questa impostazione non ha favorito uno sviluppo adeguato della metodologia conciliativa e anzi ha alimentato la diffidenza e la disinformazione con riguardo alle potenzialità dello strumento, conseguendo risultati relativamente contenuti rispetto alle aspettative. D'altro canto, lo sviluppo delle soluzioni negoziali e conciliative non è certamente favorito dalle inefficienze del sistema giudiziario, che rappresenta, al contrario, il primo disincentivo per

tutte quelle parti che hanno tutto l'interesse a ripararsi dietro le lenienze dei procedimenti contenziosi.

L'esperienza applicativa del Dlgs 28/2010 fino alla sentenza della Corte costituzionale

Il bilancio dell'applicazione del Dlgs 28/2010 non può dirsi completamente significativo e ciò per diverse ragioni: il tempo di sperimentazione della riforma è stato piuttosto limitato (18 mesi, per quanto riguarda l'obbligatorietà), peraltro in ampia misura sotto la "spada di Damocle" del giudizio della Consulta, non consentendo lo sviluppo delle migliori prassi applicative che pure stavano nascendo; l'avversione dell'avvocatura al modello di obbligatorietà proposto non ha favorito, in ambito forense, la diffusione di un'autentica cultura della risoluzione negoziale delle controversie; il livello di qualità e professionalità della maggior parte degli organismi e mediatori è stato piuttosto modesto, anche in ragione della recentissima costituzione di quasi tutti gli organismi e del breve tempo concesso per un'adeguata organizzazione. Tuttavia, pur con i limiti appena evidenziati, alcune ragionevoli valutazioni possono essere compiute sulla base dei dati statistici a disposizione e dell'esperienza applicativa sviluppatasi.

I numeri della mediazione sono stati relativamente alti, rispetto agli anni precedenti, ma decisamente inferiori alle aspettative e alle proiezioni ministeriali che avevano previsto un milione di procedimenti di mediazione all'anno, anche a causa di un'ampia "sacca" di disapplicazione della normativa, soprattutto da parte di molti giudici di pace che hanno ritenuto che l'obbligatorietà della mediazione non si applicasse nelle cause di loro competenza o, semplicemente, non hanno rilevato d'ufficio l'improcedibilità dell'azione in assenza di eccezione di parte, spesso non sollevata.

In 18 mesi (da marzo 2011 a ottobre 2012) sono stati iscritti circa 210.000 procedimenti, di cui l'83% su materie previste come obbligatorie, il 13% su materie facoltative e soltanto il 3% invitate dal giudice (dati forniti dal ministero della Giustizia).

Se ne trae una prima conclusione: il traino dell'obbligatorietà è stato piuttosto limitato con riguardo alle mediazioni facoltative e a quelle su invito del magistrato, segno evidente che (in assenza di incentivi significativi) non si è creata alcuna particolare abitudine alla mediazione e gli stessi giudici non hanno colto sufficientemente le potenzialità del nuovo strumento.

I limiti della precedente disciplina del Dlgs 28/2010

Al di là dei numeri totali rilevati dalle statistiche, gli esiti della prima applicazione della mediazione ex Dlgs 28/2010 si colgono meglio da altre elaborazioni. Soltanto il 27% dei procedimenti iscritti ha visto la partecipazione di tutte le parti coinvolte e ciò vale a dire che il 67% dei procedimenti si è concluso con la semplice constatazione della mancata partecipazione di una parte, senza che si sia svolta alcuna effettiva attività di mediazione (nel 6% dei casi il proponente ha rinunciato all'istanza prima dell'incontro). È anche vero, tuttavia, che di quel 27% di procedimenti con tutti i contendenti comparso di fronte al mediatore, il 44% si sono conclusi con un accordo.

Questo secondo dato, considerando la scarsa preparazione ed esperienza dei mediatori, può ritenersi complessivamente accettabile, di certo non del tutto soddisfacente, ma dimostra l'efficacia della metodologia conciliativa e lascia presagire buoni margini di miglioramento, compatibilmente con l'auspicabile diffusione di una diversa sensibilità nei confronti delle soluzioni consensuali.

Ciò che, invece, non può ritenersi fisiologico per il sistema di mediazione concepito dal Legislatore è proprio il dato delle mancate partecipazioni (lo si ripete, il 67% dei procedimenti attivati), che induce a valutare che il modello di mediazione del Dlgs 28/2010 non fosse congegnato al meglio.

Quali le cause principali di questa scarsa *performance*? Ve ne sono diverse e non può essere questa la sede per una compiuta disamina di tutte le imperfezioni del modello, ma due cause su tutte devono essere menzionate: i costi e la qualità dei mediatori e degli organismi.

Va premesso che l'innesto (peraltro ritardato di un anno, a partire dal marzo 2012) della obbligatorietà nella materia della Rc auto ha influito molto negativamente sulle statistiche citate. E in effetti il modello di mediazione si prestava men che me-

APPLICAZIONE DEL DLGS 28/2010: IL BILANCIO

Numero totale di procedimenti in 18 mesi	210.000
Provenienza dei procedimenti	<ul style="list-style-type: none"> ● 83,5% materie obbligatorie ● 13,3% volontarie ● 2,9% invitate dal giudice ● 0,3% obbligatorie in forza di clausola contrattuale
Incontri effettivi di mediazione	<ul style="list-style-type: none"> ● 27,0% convocato comparso ● 67,3% convocato non comparso ● 5,7% proponente rinunciante prima dell'esito
Accordi raggiunti su incontri effettivi con parti presenti	<ul style="list-style-type: none"> ● 43,9% accordi raggiunti ● 56,1% accordi non raggiunti o raggiunti fuori del tavolo
Fonte: ministero della Giustizia	

no a quella materia e la mancata partecipazione (quasi sempre delle compagnie assicurative) si è verificata nel 95% di queste casistiche!

Con questa opportuna specificazione, il problema del costo della mediazione ha rappresentato il primo concreto ostacolo a una fisiologica e ragionevole partecipazione dei contendenti alla mediazione.

Ed è qui che va evidenziata la prima vera pecca del modello ex Dlgs 28/2010: il Legislatore ha imposto l'obbligo di un tentativo di mediazione pieno, accollandone i relativi costi a tutte le parti della controversia (comprese le parti convocate in mediazione) sulla base del valore della controversia, peraltro identificato ordinariamente dalla parte istante nella domanda.

Per le ipotesi di mancata partecipazione si era già intervenuti sul profilo dei costi (dopo le pressioni di molti organismi di mediazione) prevedendo il pagamento di una sola somma forfettaria, pari a 50 euro, a carico della parte istante, così come si erano ridotte al 50% le indennità dovute per tutte le materie obbligatorie, ma resta il fatto che il dover pagare per aderire e partecipare a una mediazione, senza alcuna certezza dell'interesse comune delle parti a coltivare la procedura, ha disincentivato la presenza dei con-

tendenti, anche e soprattutto con la finalità di evitare di spendere soldi inutilmente.

Si contano molti incontri di mediazione nei quali le parti hanno dovuto corrispondere le indennità previste per poi constatare la totale mancanza di interesse di una parte a proseguire il tentativo o, peggio ancora, nelle controversie multipartite, l'assenza di una o più parti, magari necessarie per lo svolgimento proficuo della procedura.

Questo sistema di obbligatorietà ha generato, quindi, una quantità rilevante di procedimenti, ma con distorsioni applicative rilevanti sul piano dei costi e con un'incidenza decisamente eccessiva di mancate partecipazioni.

La giurisprudenza di merito, maturata proprio sulla valutazione della "mancata partecipazione" ai sensi del comma 5 dell'articolo 8, stava già inducendo un'adeguata responsabilizzazione delle parti convocate in mediazione, ma restavano le perplessità su un modello che costringeva di fatto tutti i litiganti a sobbarcarsi un tentativo di mediazione, non sempre voluto, con i relativi costi e con il risultato di conseguire l'effetto contrario di un allontanamento dalla mediazione.

La non eccelsa qualità dei mediatori, nonché di molti organismi, può

aver inciso, invece, negativamente sulla percentuale di accordi (44%) con tutte le parti presenti al tavolo, ma non è da escludersi un impatto negativo anche sulle adesioni, stante la scarsa affidabilità di tanti soggetti regolarmente iscritti al ministero, ma non sempre adeguati allo svolgimento dell'attività.

La sentenza della Corte costituzionale e gli effetti immediati

Nonostante la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 (sull'attuazione della direttiva 52/2008/C3) riconoscesse all'Italia di aver raggiunto, con l'obbligatorietà della mediazione, dei risultati significativi, e nonostante la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 marzo 2010 (interventiva però sulla obbligatorietà nel settore delle telecomunicazioni), la Corte costituzionale, con la nota sentenza 272/12, non ha ritenuto di poter desumere dagli atti dell'Unione Europea «alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione», giungendo a conclusioni analoghe per quanto concerne la direttiva 52/2008/Ce.

Pur apparendo opinabile tale valutazione, in quanto la direttiva lascia evidentemente impregiudicata la scelta del Legislatore nazionale in favore dell'obbligatorietà, la stessa conclusione è stata raggiunta dalla Consulta con riguardo ai criteri di delega di cui al già citato articolo 60 della legge 69/2009, che sembra invece lasciare altrettanta discrezionalità al governo delegato con riguardo alle modalità di introduzione della mediazione.

Tutto ciò non è apparso sufficiente ai giudici della Corte che hanno sancito la sussistenza dell'eccesso di delega legislativa proprio in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto, senza purtroppo pronunciarsi sulla compatibilità del modello del Dlgs 28/2010 con i principi della nostra Costituzione.

Giova, comunque, ricordare che la stessa Consulta ha avuto modo più volte di affermare che la disposizio-

ne dell'articolo 24 della Costituzione non impone che il cittadino debba conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti e che l'imposizione di un tentativo di conciliazione è stata, pertanto, ritenuta alla stregua di un onere, a carico dell'attore, costituzionalmente legittimo che può ben rappresentare un modo di soddisfazione della relativa posizione giuridica sostanziale più efficace ed economico rispetto alla stessa tutela giurisdizionale.

Resta il fatto che, dopo la sentenza, la mediazione ha avuto un brusco arresto, segno evidente che l'obbligatorietà aveva generato numeri importanti, ma non aveva creato alcuna cultura significativa, senza dimenticare che la Corte ha operato degli stralci su ampia parte del Dlgs 28/2010 rendendolo ampiamente inefficace.

La nuova obbligatorietà del decreto "del fare"

Sulla scia della relazione dei cosiddetti "Saggi" e delle raccomandazioni dell'Unione europea, il decreto legge 69/2013 ha riproposto il ripristino di molte norme del Dlgs 28/2010.

Sul punto dell'obbligatorietà, quella che è apparsa come una restaurazione del modello dichiarato incostituzionale dalla Consulta - e che ha riaperto la protesta dell'avvocatura - si sostanzia in realtà la novità principale di tutta la riforma.

È pur vero che la condizione di procedibilità di cui all'articolo 5, comma 1, del Dlgs 28/2010 viene riapprovata, pressoché, nella sua versione originaria e con le stesse materie (anche per sanare l'eccesso di delega, fatta salva la Rc Auto), ma il comma 1 dell'articolo 8 viene profondamente innovato, per prevedere un primo incontro preliminare ove «il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione» e «invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento».

Tra le diverse novità della riforma, molte delle quali criticabili (poi successivamente emendate in fase di

conversione), la previsione dell'incontro preliminare è certamente la più meditata che va incontro a quanto emerso dall'esperienza applicativa del Dlgs 28/2010.

La cosiddetta "obbligatorietà" assume dei caratteri essenzialmente nuovi e appare decisamente attenuata rispetto al passato: non si impone più l'esperimento di un tentativo di mediazione, con tutti i costi conseguenti, ma si richiede soltanto alle parti di incontrarsi di fronte al mediatore per valutare se, nel caso concreto, vi sia l'interesse delle parti e vi siano le condizioni per coltivare la mediazione. Lo svolgimento di questo primo incontro, peraltro a un costo calmierato secondo le originarie previsioni del Dl 69/2013, soddisfa la condizione di procedibilità, come previsto dal nuovo comma 2-bis dell'articolo 5.

Non è, pertanto, un modo di imporre un procedimento conciliativo, che le parti possono anche non volere, ma piuttosto una modalità di induzione alla mediazione, che ne valorizza le connotazioni volontaristiche proprie della metodologia.

È proprio la pratica della mediazione ad aver suggerito questa modalità, che stava già emergendo nella prassi, anche per favorire la partecipazione di tutti i contendenti e per valutare meglio con il mediatore i vari aspetti che riguardano lo svolgimento della stessa mediazione (costi, tempi, sede degli incontri, coinvolgimento di altre parti, valutazioni tecniche eccetera).

Le modifiche della legge di conversione: la gratuità dell'incontro, la limitazione temporale

La prima versione del decreto "del fare" conteneva diverse disposizioni che sono state poi emendate in sede di conversione, anche a seguito della consultazione con tutti gli operatori e le categorie professionali interessate.

Quanto all'obbligatorietà, diverse componenti forensi avevano manifestato un certa apertura a una possibile reintroduzione della condizione di procedibilità, ma soltanto a fron-

te di una sostanziale gratuità del tentativo imposto, anche per un'opportuna conformità ai principi costituzionali.

Alla stregua di tale proposta, la legge di conversione ha ulteriormente temperato l'onerosità del modello, prevedendo al nuovo comma 5-bis dell'articolo 17 che, «nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione». Nonostante l'incertezza sulla terminologia utilizzata (il Dlgs 28/2010 e il Dm 180/2010 non parlano di compenso ma di indennità), sembrerebbero comunque dovute le spese di avvio, che normalmente vanno a coprire le spese vive sostenute dall'organismo.

L'ulteriore prosecuzione del procedimento, con il pagamento delle relative indennità (spese di mediazione) potrà essere soltanto frutto della volontà delle parti. Così facendo, il nuovo modello obbligatorio appare perfettamente conforme agli orientamenti della Corte costituzionale già

espressi in passato, tenuto conto anche dell'abbreviazione del termine di durata (tre mesi). La stessa legge di conversione, nel confermare l'esclusione dall'ambito dell'obbligatorietà della materia del risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti, ha invece aggiunto alla responsabilità medica quella sanitaria.

Quale ulteriore temperamento dell'obbligatorietà, è stata infine prevista, all'articolo 5, comma 1-bis, una temporaneità di quattro anni, con un monitoraggio sugli esiti della sperimentazione al termine dei primi due anni.

La ripartenza della mediazione con una forte vocazione forense

La nuova mediazione obbligatoria attenuata sembra poter ripartire sotto i migliori auspici, nel breve termine ritardato di trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione. Appare evidente la forte connotazione forense del nuovo modello, ma non può porsi in dubbio che

l'avvocatura, quale filtro di accesso necessitato alla giurisdizione, può costituire il migliore volano per lo sviluppo concreto ed effettivo della metodologia.

Può suscitare perplessità l'obbligo dell'assistenza dell'avvocato in una procedura stragiudiziale, ma le casistiche concrete dimostravano che già nell'85% dei procedimenti ciò avveniva.

Decisamente positiva è la valorizzazione del ruolo dell'avvocato attraverso la firma dell'accordo di conciliazione, ai fini dell'esecutività, previsione innovativa e di grande responsabilizzazione per il professionista.

La sfida che si apre da domani sarà sul fronte della qualità e professionalità degli organismi e dei mediatori, e in quest'ottica il nuovo incontro preliminare non potrà che favorire quei mediatori che saranno capaci di conquistarsi la fiducia delle parti, aiutandole e responsabilizzandole ai fini della prosecuzione del procedimento. ■

PROSPETTIVE GIURIDICHE SUL DANNO

NOVITÀ

PROSPETTIVE GIURIDICHE SUL DANNO

Coordinamento scientifico a cura di PAOLO RUSSO

PAOLO RUSSO - STEFANO ROSSI

DANNO

E

GIURISPRUDENZA

NUOVE TENDENZE
E CASI ATTUALI

GRUPPO 24 ORE

DANNO E GIURISPRUDENZA

Nuove tendenze e casi attuali

P. Russo, S. Rossi

Il volume **Danno e giurisprudenza: nuove tendenze e casi attuali** propone al lettore una ricognizione attenta e una casistica aggiornata degli snodi e delle questioni più rilevanti e controverse che caratterizzano l'attuale panorama della responsabilità civile. La responsabilità civile è infatti un istituto in continua evoluzione, uniforme nei suoi enunciati, ma conduttore del pluralismo nell'interpretazione e nella concreta applicazione, che rispecchiandosi quotidianamente nella realtà, è costretto, a volte con forzature, ad adeguarsi alle evidenze e alle esigenze dell'esperienza. In tal senso si è inteso sviluppare un percorso di analisi che, andando oltre la classica distinzione tra illecito contrattuale ed extracontrattuale, vuole guardare altresì al vivo degli interessi e dei valori inerenti la persona che possono venire lesi.

Pagg. 356 – € 36,00

Il prodotto è disponibile anche nelle librerie professionali.
Trova quella più vicina all'indirizzo www.librerie.ilsole24ore.com

GRUPPO 24 ORE