



Articolo
Novantanove

Associazione per il Dialogo Sociale
dei già Consiglieri CNEL

**GIUSTIZIA CIVILE: LA MEDIAZIONE
GUARDA OLTRE IL COVID-19**

Contributo di analisi e proposte approvato dal Consiglio Direttivo il 16/06/2020

Viale David Lubin, 2 - 00196 Roma (RM) - Cod. Fisc. 97626780585
<http://www.articolo99> - e-mail: segreteria@articolo99.it

ARTICOLO NOVANTANOVE
Associazione per il Dialogo Sociale
dei già Consiglieri CNEL

Premessa

La pandemia COVID-19 ha fatto emergere ed accentuato fra le criticità del nostro Paese la crisi, ormai insostenibile della giustizia civile, che incide profondamente sulle relazioni sociali, sull'attività economica e la propensione agli investimenti anche di operatori stranieri, in quanto mina la fiducia ed intacca l'autorevolezza dello Stato.

Come soci di Articolo Novantanove abbiamo vissuto nelle esperienze professionali personali e nell'istituzione CNEL la positività della mediazione nella risoluzione di controversie partendo anche da opposte posizioni.

Ci siamo allora interrogati se ed in quale misura una rivisitata ed avanzata normazione in materia di Mediazione, che data nel nostro ordinamento oltre 9 anni, possa concorrere al superamento di una situazione praticamente bloccata.

Un più consistente ricorso alla Mediazione nel campo della giustizia civile potrebbe, infatti, ad avviso del Consiglio Direttivo di Articolo Novantanove, costituire il più importante mezzo per attuare una deflazione del numero delle controversie pendenti.

L'allegato documento - curato dal Gruppo di lavoro "Mediazione"- ne tratta analiticamente e propone interventi normativi e regolamentari mirati ed a costi marginali a fronte dei vantaggi che ne deriverebbero, i quali potrebbero essere agevolmente inseriti nel provvedimento di semplificazione in via di elaborazione da parte del Governo.

Vengono avanzate allo scopo tra le principali misure:

- un ampliamento delle materie oggetto di mediazione obbligatoria;
- la possibilità permanente, e non in relazione a COVID-19, che sia svolta in via telematica con modalità semplificate;
- uniformi linee guida per un efficace svolgimento delle procedure di mediazione, suggerendone l'adozione agli operatori del settore che non abbiano già previsto nei propri regolamenti tale modalità;
- l'inserimento nel Codice di Procedura Civile di una norma - l'articolo 185 ter - volta a regolamentare il sistema della mediazione delegata "guidata" dal giudice ordinario, che potrebbe attuare (già alcuni esempi si sono realizzati in modo sperimentale e spontaneo in alcuni Tribunali) una sistematica interazione tra giustizia ordinaria e mediazione che appare promettente e costituisce una innovazione rispetto al passato;
- la considerazione prioritaria, ai predetti fini, dell'aspetto della formazione, intesa come accrescimento culturale, non solo dei mediatori ma di tutti gli operatori dell'ambito legale e della giustizia, nell'ottica di una sempre maggiore sensibilità ad un approccio conciliativo in termini alternativi alla giustizia ordinaria.

INDICE DOCUMENTO

1. Situazione della Giustizia in Italia, con particolare riferimento all'emergenza Covid-194
*A cura di **Paolo Valerio De Vito**, avvocato in Roma*

2. Il plusvalore della mediazione civile e commerciale nella fase pandemica e post pandemica.....9
*A cura di **Alfio Catalano**, già consigliere CNEL, consulente del lavoro e mediatore professionista in Bergamo*

3. Linee guida per un efficace e corretto procedimento di mediazione online.....11
*A cura di **Alfio Catalano**, già consigliere CNEL, consulente del lavoro e mediatore professionista in Bergamo*

4. Suggerimenti e proposte di miglioramento del sistema “Mediazione”.....14
*A cura di **Paolo Valerio De Vito**, avvocato in Roma*

5. Note.....22

1. Situazione della Giustizia civile in Italia, con particolare riferimento all'emergenza Covid-19

A cura di **Paolo Valerio De Vito**, avvocato in Roma.

Secondo i dati ISTAT nei tribunali italiani erano pendenti, nel corso del 2016, in tutto 2.134.020 cause ed il peso complessivo di tutto il contenzioso civile ammontava, sempre per il 2016, ad un impressionante dato statistico di poco meno di 3,5 milioni di cause pendenti [1].

Nell'ambito di tali volumi di contenzioso un consistente gruppo di procedimenti pendenti è quello dei *procedimenti in arretrato*. Con questa espressione si fa riferimento ai procedimenti di giustizia ordinaria che non sono stati risolti entro i termini previsti dalla famosa "legge Pinto" [2] sulla ragionevole durata dei processi.

Questa legge fu varata nel 2001 per adeguarsi al nuovo articolo 111 della Costituzione, riformato nel 1999, che delega alla legge ordinaria il compito di assicurare la ragionevole durata dei processi e per evitare che le cause contro lo Stato italiano per l'eccessiva durata dei processi continuassero ad essere decise dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Fino a quell'epoca, infatti, innanzi alla Corte di Strasburgo, in applicazione dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i cittadini italiani avevano avuto la possibilità di far processare l'Italia, uno degli Stati sottoscrittori della Convenzione, perché i processi in cui erano coinvolti avevano una durata abnorme.

La Legge Pinto del 2001 diede quindi all'A.G.O. (in particolare, le Corti di Appello) la competenza a giudicare in materia di eccessiva durata dei processi e stabilì (all'Art. 2, co. 2 bis) che "*si considera rispettato il termine ragionevole (...) se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità*" [cioè in Cassazione]. In altri termini, in Italia si considera "normale" che una controversia civile, tra il suo inizio e la sua conclusione, potesse tranquillamente durare 6 anni.

Questa premessa serve per ragionare in questa sede sulla mai risolta questione dell'innaturale lunga durata dei processi in Italia [3], in particolare nel campo civile, visto che nella maggior parte degli altri paesi dell'Unione Europea i processi si concludono in tempi anche notevolmente più brevi (spesso contenuti nell'arco di 12 mesi).

A distanza di poco più di due mesi dal lockdown che ha investito l'intero Paese, un bilancio sommario si può fare partendo dalla considerazione che la situazione della giustizia civile in Italia ha risentito pienamente della crisi generale di tutte le attività sociali ed economiche sotto molteplici aspetti, già trovandosi in una condizione alquanto critica, nonostante l'avvenuta introduzione del processo telematico.

Per rimanere sul tema degli effetti della normativa governativa diretta a contrastare l'epidemia da COVID-19, sin dai primissimi provvedimenti si è disposta la sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali oltre, al rinvio d'ufficio delle udienze non differibili dapprima fino al 9 marzo e poi fino al 22 marzo 2020 (D.L. n. 11/2020).

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale n. 70 del 17 marzo 2020 del cosiddetto Decreto Cura Italia (D.L. n. 18/2020) è stata fatta chiarezza sulla sospensione dei termini processuali durante il periodo emergenziale, confermando la sospensione sostanziale delle udienze (fatta eccezione per casi d'urgenza e settori di attività non differibili) che ha comportato una serie inevitabile di rinvii d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020 ma, vuoi per prudenza dei capi degli Uffici Giudiziari, vuoi per l'indisponibilità nei ruoli ordinari, sin dall'inizio della crisi gran parte dei rinvii sono avvenuti con fissazione di nuove udienze nell'ultimo quadrimestre del 2020 se non al 2021.

Con il Decreto Legge n. 23 dell'8/4/20 intitolato "*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*" c'è stato un ulteriore allargamento, a partire dal 9 marzo e fino a tutto l'11 maggio 2020, della sospensione dei termini processuali e dei rinvii d'ufficio, al punto che si può tranquillamente affermare che sia stata molto più pesante in concreto dell'analoga sospensione dei termini processuali annualmente effettuata nel periodo estivo.

Va anche sottolineato che i rinvii disposti dagli Uffici Giudiziari sono stati pianificati sulla carta e, per essere chiari, "al buio", vale a dire senza ancora conoscere se, in concreto, la ripresa dell'attività avrebbe consentito di mantenere ritmi ante crisi COVID-19 di gestione del contenzioso sia in termini quantitativi (numero di udienze) che qualitativi (presenza in udienza o passaggio a trattazione scritta, con notevoli problemi circa il rispetto sostanziale del contraddittorio).

Una crisi generale ed improvvisa come quella causata dall'epidemia ha fatto emergere una condizione di difficoltà organizzativa della macchina della giustizia italiana, dovuta ad un vero e proprio mancato aggiornamento tecnologico del personale giudiziario che, per ironia della sorte, ha visto la classe forense in gran parte preparata a gestire un corposo ampliamento del lavoro a distanza grazie all'uso ormai consolidato del processo civile telematico, che è stato oggetto di una lunga fase di sperimentazione, nei fatti solo dal 2006 ^[4] fino alla sua introduzione nel 2011 – 2013, dopo che parecchi problemi emersi in ordine all'applicazione della prima normativa organica del 2008 furono modificati e risolti dal Decreto ministeriale 21 febbraio 2011, n. 44, che modificò sensibili aspetti procedurali ^[5].

Successivamente, la materia del processo civile telematico è stata ulteriormente disciplinata dal Decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 e successive modificazioni, che ha introdotto - a partire dal giugno 2014 - l'obbligo di deposito telematico di alcune tipologie di atti di causa su tutto il territorio nazionale ^[6].

Dal 2014-15, quindi, il processo civile telematico è divenuto pienamente attivo ed operante in tutto il territorio italiano, costringendo la classe forense ad un forzato ammodernamento tecnologico, di hardware e software, notevole, nonché a cimentarsi nell'apprendimento di tecniche operative telematiche prima sconosciute, quanto meno per gli avvocati non giovani.

Il risultato positivo (che ci viene riconosciuto anche dalle avvocature di paesi esteri tradizionalmente più efficienti nel campo della giustizia) è che, grazie alla portabilità dei computers (ormai smartphones, tablets, laptops, ecc.) si è giunti a consentire lo svolgimento di attività difensive praticamente da qualsiasi luogo munito di un collegamento Internet, che consenta il collegamento e l'uso della pendrive o Smartcard per la crittografia degli atti. Chi vi scrive, da oltre due anni esegue regolarmente depositi telematici anche dall'estero, dove spesso si reca per motivi familiari.

Probabilmente, la svolta dell'uso generalizzato dell'uso della PEC – con la previsione per gli avvocati dell'obbligo di munirsi di una PEC personalizzata, contenuta nell'Art. 149-bis del codice di procedura civile – ha consentito un'accelerazione sulla strada della digitalizzazione e della diffusione delle procedure telematiche nel settore della giustizia civile che, poi, più recentemente, ha consentito di estendere tali pratiche, con gli accorgimenti e le differenze di ciascun settore, abbastanza agevolmente alle altre giurisdizioni: in forza del rinvio contenuto nell'art. 39 del Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104, tale modalità è entrata nel processo amministrativo e più recentemente anche nel processo tributario ^[7]. L'uso della PEC per le notificazioni è divenuto abituale anche per le Magistrature superiori (compresa la Corte Costituzionale).

Ciò detto, torniamo a concentrarci sulla situazione emergenziale che affligge il territorio italiano. Il Decreto Cura Italia (D.L n. 18/2020), aveva prescritto, per il periodo compreso tra il 16 aprile e il 30 giugno 2020, che i capi degli uffici giudiziari, sentite le autorità sanitarie regionali, fossero tenuti ad adottare le misure

organizzative necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della Salute al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone.

In particolare era prevista l'adozione delle seguenti misure:

- a) limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari;
- b) limitazione dell'orario di apertura al pubblico degli uffici ovvero, in via residuale e solo per gli uffici che non erogano servizi urgenti, la chiusura al pubblico;
- e) regolamentazione dell'accesso ai servizi, previa prenotazione nonché l'adozione di ogni misura ritenuta necessaria per evitare forme di assembramento;
- d) l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze;
- e) la celebrazione a porte chiuse di tutte le udienze penali pubbliche o di singole udienze;
- f) la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto ;
- g) la previsione del rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020;
- h) lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice.

L'applicazione della su ricordata normativa ha condotto alla realizzazione di una situazione di caos generale nell'ambito della giustizia italiana, facilmente prevedibile in mancanza di una disciplina nazionale uniforme.

Il risultato è stato che ogni ufficio giudiziario, civile, amministrativo, penale, penale militare, tributario, sia di primo che di secondo grado, nonché le magistrature superiori durante l'emergenza sanitaria ha emanato uno o più provvedimenti organizzativi o linee guida. Provvedimenti tutti differenti, spesso diversi anche fra le varie sezioni all'interno del medesimo ufficio giudiziario.

Per quello che riguarda la situazione della giustizia civile, basta recarsi sul sito del Tribunale di Roma per verificare che la Presidenza del Tribunale ha emanato linee guida generali che sono state integrate dalle linee guida emesse da ciascuna delle 18 sezioni civili e delle 4 sezioni lavoro!

Come ha provocatoriamente evidenziato il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, Avv. Antonino Galletti, *“tutto questo intrico di provvedimenti organizzativi, messo su carta, solo a Roma, arriva a pesare 8 chili! Molto più di tutti i codici che regolano la nostra vita da decenni. La Costituzione al confronto è una piuma!”* [8].

In particolare, con provvedimento del 20 aprile 2020 il Presidente del Tribunale di Roma ha adottato le Linee Guida 20 aprile 2020, vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze nei settori civile e penale.

Il documento in questione, contiene un'articolata serie di misure organizzative volte a regolamentare lo svolgimento dell'attività giudiziaria nel periodo di emergenza epidemiologica ricadente fra il 16 aprile e il 30 giugno 2020, con evidente proiezione della regolamentazione operativa per tutta la durata della situazione di emergenza (che ormai è chiaro che si estenderà quantomeno per tutto il corrente anno 2020).

Va sottolineato come nelle lunghe premesse del ricordato documento di linee guida operative del Presidente del Tribunale romano, il più grande ufficio giudiziario italiano, sia contenuta l'ammissione della sostanziale impreparazione del personale amministrativo giudiziario per l'attuazione di una significativa conversione al lavoro in remoto (lavoro agile o *smart working*, come lo si è definito), a fronte della previsione dell'Art 87, comma 1, D.L. n. 18/2020 che individua, *“fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 o a data anteriore stabilita con decreto del Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro*

per la pubblica amministrazione, nel 'lavoro agile' la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni ... “.

Infatti, si riconosce che *“allo stato, il personale amministrativo in servizio presso gli uffici del Tribunale non ha accesso da remoto ai registri della cognizione civile e penale e, pertanto, può gestire soltanto dall'ufficio gli adempimenti conseguenti alla celebrazione delle udienze che, in quanto indifferibili vengono comunque svolte, nonché all'accettazione dei provvedimenti depositati dai magistrati in via telematica ... “.*

Nella sostanza, dal punto di vista degli avvocati, non solo appartenenti al Foro di Roma, si è purtroppo realizzata una situazione caotica, caratterizzata da una *“giungla para-normativa incredibile, spesso contraddittoria, indegna di un paese civile, dovuta alla disciplina legislativa che rimette alla discrezionalità del singolo ufficio il funzionamento della Giustizia”,* e ciò a causa della mancanza di un *“qualsivoglia coordinamento efficace a monte dell'emergenza”* (cfr. Avv. A. Galletti, Pres. COA di Roma).

I vari provvedimenti adottati dagli Uffici Giudiziari di tutta l'Italia sono comunque, nella loro varietà, caratterizzati da importanti connotati comuni.

Nell'ambito della capillare indicazione del tipo di cause da trattare rispetto a quelle suscettibili di essere rinviate a data successiva al 30 giugno (o al 31 luglio) 2020 si è doverosamente tenuto conto, nel settore civile, dei procedimenti che riguardano diritti fondamentali o che necessitano di pronta decisione (come quelli concernenti i diritti dei minorenni).

Per i processi civili si è prevista una generale campagna di rinvii, laddove non sia possibile passare alla *“trattazione scritta”* delle cause, che significa aggiungere l'onere ai difensori di redigere e depositare, con un anticipo di 5 o 10 gg. rispetto alle date delle udienze, ulteriori note scritte di contenuto necessariamente sintetico, con conseguente riserva del giudice di provvedere con separata ordinanza, tagliando ogni possibilità di effettivo contraddittorio in presenza di difensori e giudicante.

Rispetto ai processi da trattare in aula, è stata prescritta la limitazione, anche variegata da parte dei Presidenti di Sezione dei Tribunali più grandi, del numero massimo giornaliero di cause a ruolo, la fissazione oraria delle udienze, l'adozione in udienza dei presidi sanitari e l'osservanza del distanziamento sociale: sono tutte misure che, come si è detto, sono destinate a rimanere in vigore anche per la lunga fase successiva a quella strettamente emergenziale.

Per chi scrive, sembra la beffarda rivincita del destino, nel vedere applicata nel Tribunale che frequenta da oltre 40 anni di professione forense, un'ordinata scansione oraria per le udienze (con intervalli tra i 40 ed i 60 minuti, in genere), da sempre applicata negli ordinamenti giudiziari europei dei paesi più vicini geograficamente all'Italia ed invidiata da oltre trentacinque anni di esperienze internazionali.

Pur plaudendo ad un'ordinata scansione della trattazione delle cause, il problema pratico, non possiamo nasconderci, è che con la trattazione massima giornaliera di un numero di 6 – 8 cause civili (in un arco di tempo generalmente compreso al massimo, tra le 8.30 e le 14.30), si aggrava drammaticamente la già problematica onerosità dei ruoli dei giudici ordinari civili, per i quali era consueto trattare almeno una ventina di cause per ogni udienza giornaliera.

Per quanto riguarda lo svolgimento delle udienze civili tramite collegamento da remoto si parte da un dato pratico di assenza pressoché totale di preparazione tecnico-pratica dell'Amministrazione Giudiziaria ed una non diffusa confidenza con i mezzi tecnici da parte dell'avvocatura, il che fa ragionevolmente ritenere che – per una stabilizzazione di tale modalità di partecipazione a distanza all'udienza, evento principe dell'amministrazione della giustizia – occorrerà ancora molto tempo.

Il risultato di questa sommaria, seppure non breve, ricognizione della condizione attuale della giustizia civile italiana, è che la consolidata situazione di crisi, aggravata dall'emergenza di contrastare la pandemia del COVID-19, è destinata a continuare a peggiorare, con la conseguenza che un consistente ampliamento del ricorso alle forme di risoluzione alternativa delle controversie, ed in particolare un accresciuto ricorso alla mediazione in campo civile, potrebbe costituire il più importante mezzo per contrastare tale tendenza.

2. Il plusvalore della mediazione civile e commerciale nella fase pandemica e post pandemica

A cura di Alfio Catalano, già consigliere CNEL, consulente del lavoro e mediatore professionista in Bergamo

La mediazione civile e commerciale, in questi primi anni dalla sua istituzione, ha contribuito in maniera positiva, non solo alla deflazione del carico giudiziario, ma anche alla promozione di una cultura sempre più conciliativa rispetto a quella conflittuale che appare molto radicata nel nostro Paese. E ciò, nonostante le alterne vicende vissute dal punto di vista legislativo e giurisprudenziale.

Oggi, a seguito delle restrizioni legate all'emergenza sanitaria da Covid-19 che, tra l'altro, pur con qualche eccezione per i casi di estrema urgenza, hanno sospeso l'attività giudiziaria fino al 11 maggio 2020, determinando così un ulteriore accumulo di pratiche giudiziarie arretrate, lo strumento della mediazione potrebbe fornire una risposta concreta ed efficace all'emergenza economica e sociale che si è determinata a seguito di quella sanitaria.

Molti problemi si delineano, infatti, a causa del venir meno della solidità di svariati contratti e accordi commerciali, anche internazionali, cancellazione di voli aerei, disdette di prenotazioni alberghiere, blocchi o ritardi di forniture di materie prime e di servizi, invocazioni di sconti, mancati incassi, risarcimenti danni nell'ambito sanitario e tanto altro.

In tutti i casi, la motivazione invocata è quella della cosiddetta causa di "forza maggiore", nozione peraltro di non facile inquadramento giuridico che richiede, pertanto, una attenta valutazione caso per caso da parte del giudice.

Sembra evidente, quindi, che la soluzione a tali problemi, che s'impone in tempi rapidi, non possa arrivare dal sistema giudiziario che consapevolmente appare inadeguato, ma dagli strumenti alternativi o, come si vuol pensare, complementari alla giustizia ordinaria e in *primis* dall'istituto della mediazione.

Con la mediazione, infatti, si può trovare il modo di soccorrere e assistere tutti quei soggetti, siano essi cittadini o imprese, che hanno bisogno di trovare una soluzione tempestiva per la gestione dei loro conflitti, anche di quelli pendenti presso i giudici che, vista l'attuale situazione, sicuramente, si vedranno costretti a rinviare ulteriormente i processi. Quindi, negoziare e mediare significherebbe giungere a una soluzione celere e vantaggiosa per le parti in lite e a costi piuttosto contenuti, anche nella prospettiva della prosecuzione dei rapporti commerciali e di fiducia tra le parti.

L'importanza della mediazione in questo particolare momento, quale strumento per dare slancio alle attività economiche e risposte ai cittadini, è ravvisata da molti. Sono infatti in corso proposte di modifica e d'implementazione dell'istituto rivolte sia all'ampliamento delle materie oggetto di mediazione obbligatoria, includendo tra le altre quella relativa alle conflittualità contrattuali d'impresa, sia ad indirizzare i giudici a ricorrere alla cosiddetta mediazione demandata in tutti i casi si riscontri la cosiddetta mediabilità della causa.

Un significativo apporto in tal senso è dato dal lavoro che sta svolgendo il tavolo tecnico di esperti istituito dal Ministero di Giustizia con il compito di promuovere la materia dell'*ADR (Alternative Dispute Resolution)* secondo un modello moderno ed efficiente e favorendo la circolazione di idonee *best practices*. Proprio in piena emergenza epidemiologica, gli esperti del tavolo hanno promosso il "*Manifesto della Giustizia Complementare alla Giurisdizione – Una risposta concreta all'emergenza economica e sociale*", dove sono evidenziati considerazioni e suggerimenti per migliorare e rendere più efficace la mediazione, mettendola a servizio anche dell'emergenza, ottenendo il sostegno convinto di molte personalità di vari ambiti della società e della politica.

Nell'attuale situazione emergenziale, la mediazione, specie dopo l'esplicita previsione normativa contenuta nella legge di conversione del cosiddetto decreto "Cura Italia" (D.L. n. 18 del 17 marzo 2020 convertito in legge n. 27 del 24 aprile 2020), che ha dato anche agli incontri di mediazione obbligatoria la possibilità di essere svolti in modalità telematica, non si è mai fermata, anche per la caparbia e l'impegno degli operatori del settore e in primo luogo dei mediatori. Con tale disposizione è stato legittimato lo svolgimento della mediazione con i sistemi telematici più diffusi e più accessibili a tutti (almeno fino al 30 giugno 2020), per agevolare la conciliazione delle controversie, anche se il regolamento degli organismi di mediazione non lo prevedeva.

Tale modalità di svolgimento della mediazione cambia la formalità della procura perché: *"in caso di procedura telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale"*.

Il decreto "Cura Italia" sospende anche il termine di 3 mesi previsto dall'art. 6 del D.Lgs. 28/2010, nel senso che a tale periodo va aggiunto anche quello della sospensione di 64 giorni che va dal 09.03.2020 al 11.05.2020. Certamente, emerge il bisogno di rimodulare anche i percorsi formativi rivolti ai vari soggetti che ruotano attorno alla mediazione, adeguandoli alle nuove esigenze e quindi, avendo cura di approfondire le nuove disposizioni che regolano la mediazione telematica, le *soft skill* del mediatore telematico, le linee guida per un corretto, sicuro ed efficace procedimento di mediazione telematico di cui ogni organismo dovrebbe dotarsi. La formazione, peraltro, considerando che l'essenza della mediazione è completamente differente dalla logica del processo, dovrebbe interessare non solo i mediatori, ma anche gli altri soggetti dell'ambito legale e della giustizia che direttamente o indirettamente svolgono un ruolo rilevante sulla mediazione stessa.

In generale, preme comunque evidenziare come la situazione emergenziale abbia avuto l'aspetto positivo di spingere tanti cittadini, anche quelli meno propensi all'utilizzo dei sistemi informatici e telematici, a districarsi con tali strumenti e questo ci deve indurre a coltivare e conservare per il futuro tale forzata operatività telematica.

Nel caso della mediazione, per esempio, nonostante sarebbe preferibile l'interazione faccia a faccia, affinché il mediatore possa percepire appieno tutti i messaggi delle parti, anche quelli non verbali e di linguaggio del corpo, al fine di meglio individuare i veri bisogni ed esigenze delle stesse, l'approccio telematico potrebbe continuare a praticarsi in situazioni particolari riferite a casi di disabilità o per motivi logistici, cioè di lunghe distanze delle parti rispetto alla sede della mediazione, controversie transnazionali, forte riluttanza di una parte ad incontrarne un'altra. La tecnologia rende certamente più accessibile la mediazione online, occorre naturalmente l'accortezza di garantirne al massimo funzionalità e riservatezza attraverso l'utilizzo di idonei strumenti e l'adozione di appositi codici comportamentali.

Ben venga l'utilizzo di tutti i sistemi necessari per promuovere l'istituto della mediazione e per renderlo efficace, raggiungendo man mano *performance* sempre più elevate per rispondere con professionalità ai bisogni di cittadini, imprese ed istituzioni.

Così facendo, nell'ottica del concepimento della mediazione come strumento complementare alla giustizia e quindi connessa sistematicamente con essa e che si basi sulla cultura della convinzione, si contribuisce al miglioramento del sistema giustizia nel nostro Paese, non solo dal punto di vista dello snellimento del carico giudiziario ma soprattutto come mezzo di coesione sociale.

3. Linee guida per un efficace e corretto procedimento di mediazione in modalità online (ODR)

A cura di Alfio Catalano, già consigliere CNEL, consulente del lavoro e mediatore professionista in Bergamo

Il decreto cosiddetto Cura Italia, convertito in legge n. 27 del 24 aprile 2020, art. 83, co. 20 bis, ha dato la possibilità anche agli Organismi di mediazione che nel proprio regolamento non prevedono la gestione dei procedimenti in modalità telematica, di utilizzare tale modalità (almeno fino al 30 giugno 2020) [9].

Al fine di un corretto e funzionale procedimento di mediazione telematica, pur da considerare indicative e non esaustive, si tracciano le seguenti regole comportamentali, suggerendone l'adozione agli operatori del settore che non abbiano già previsto nel proprio regolamento tale modalità [10].

- “E’ possibile attuare tale procedura esclusivamente qualora tutte le parti in mediazione siano d’accordo e manifestino esplicitamente il proprio consenso a questa modalità di gestione della risoluzione del conflitto. E’ ammessa la mediazione online anche nei casi in cui una parte o più parti partecipano in videoconferenza e l’altra o le altre, previo consenso, partecipino fisicamente alla presenza del mediatore presso la sede dell’Organismo.
- L’Organismo si fa garante della riservatezza e sicurezza di dati e informazioni scambiate tra le parti, utilizzeranno una piattaforma informatica che garantirà il contraddittorio e allo stesso tempo consentirà di attivare più stanze virtuali per effettuare le sedute riservate.
- Viene richiesto ad ogni parte presente in mediazione di rinunciare per iscritto ad eccepire nullità connesse alla forma di svolgimento a distanza adottata. Le parti si impegnano inoltre per iscritto a non registrare o videoregistrare il contenuto dell’incontro e a non permettere la partecipazione occulta a nessun soggetto se non esplicitamente ammesso con il consenso di tutte le parti. Tali obblighi e rinunce vengono esplicitati alle parti dal mediatore in fase di monologo introduttivo ed inoltre riportati nei verbali di mediazione.
- E’ consentita unicamente la presenza del mediatore ed eventuali mediatori tirocinanti, delle parti e di loro assistenti, dei legali ed eventualmente del personale di segreteria dell’Organismo. E’ consentita la presenza di soggetti terzi, se ritenuti utili al procedimento, solo con il consenso espresso di tutte le parti. E’ fatto divieto far presenziare altri soggetti in forma occulta alla mediazione on line.

Piattaforma informatica e modalità attuative

- La Mediazione in videoconferenza permette agli utenti di gestire la procedura di mediazione dalla propria sede, senza la necessità di accedere fisicamente ai locali dell’Organismo.
- L’Organismo metterà a disposizione una piattaforma di videoconferenza online accessibile da qualsiasi postazione informatica (computer fisso, smartphone o notebook) collegata a internet, preferibilmente tramite connessione veloce e stabile (ADSL, 4G o superiori). E’ necessario che lo strumento informatico utilizzato sia corredato di webcam, microfono e cuffie/casse audio.
- La piattaforma dell’Organismo è dotata delle necessarie misure tecniche atte a garantire la privacy e la riservatezza in conformità al GDPR (trasmissione di video, audio e file crittografica end-to-end AES 256-EAB, accesso protetto da password e waiting room.
- L’Organismo, una volta ottenuto il consenso alla procedura in modalità telematica da tutte le parti, invierà alle medesime le procedure di accesso con link alla piattaforma, indirizzo della stanza a cui accedere, ogni informazione utile per poter accedere alla piattaforma in autonomia inviando le credenziali di accesso.

- L'Organismo mette ad ogni modo a disposizione un recapito telefonico per assistere ogni parte nelle fasi di accesso e utilizzo della piattaforma.
- Sarà pertanto indispensabile, in fase di adesione esplicita a tale modalità, fornire alla segreteria un contatto email o PEC oltre che un recapito telefonico di ogni parte in modo che sia agevolata la comunicazione in caso di difficoltà di utilizzo della piattaforma.

Procedura di mediazione telematica

- Ogni procedura di mediazione telematica, dal primo incontro al verbale di conclusione della mediazione, avviene on-line attraverso l'utilizzo della piattaforma dell'Organismo, secondo una procedura controllata e in modalità riservata.
- Il mediatore faciliterà il dialogo tra le parti tramite l'utilizzo di diverse stanze virtuali che consentiranno lo svolgimento sia delle sedute comuni che riservate. Anche nella modalità online vengono messe in atto le medesime politiche di sicurezza e riservatezza adottate nelle modalità in presenza.
- Oltre alle sedute riservate tra le parti e il mediatore, le parti avranno anche la possibilità di trasmettere al mediatore tutta la documentazione che desiderano e che ritengono utile, con richiesta di non renderla nota alla controparte.
- Il mediatore deve accertarsi, dandone atto nel verbale, dell'identità delle parti visionando i documenti di identità che le parti avranno precedentemente inviato alla segreteria in copia fotostatica e che esibiranno su richiesta del mediatore, in originale, a favore della webcam. Il mediatore in questa fase si accerta della disponibilità della propria firma digitale e di quella dei soggetti che sottoscrivono i verbali, coordinandosi con le parti circa le procedure utili alla corretta sottoscrizione a distanza.
- I mediatori tirocinanti partecipano alla videoconferenza mantenendo spenti il proprio microfono e la propria webcam, attuando un mero ascolto passivo. Ai soli fini della validità del tirocinio, il mediatore potrà a propria discrezione, in qualsiasi fase della videoconferenza, richiedere un cenno di riscontro dai mediatori tirocinanti al fine di accertarne la presenza nel corso del procedimento.
- La gestione della videoconferenza è nella piena disponibilità del mediatore che la gestisce in autonomia, facendosi eventualmente coadiuvare dal personale di segreteria dell'Organismo o da altro co-mediatore. Il mediatore ha pieno controllo sulle funzionalità della piattaforma e può attivare o escludere i singoli utenti o "spostare" le parti in stanze virtuali separate per eseguire le sessioni riservate tentando di raggiungere, attraverso il confronto, una soluzione condivisa. Le parti possono parlare in via riservata con il mediatore nell'ambito delle sessioni separate e possono inoltre trasmettere a quest'ultimo tutta la documentazione che desiderano non sia resa nota alla controparte.

Verbale di mediazione e accordo di conciliazione: procedura di sottoscrizione

Per la firma dei verbali e dell'eventuale accordo è necessario procedere nel seguente modo:

- Il mediatore, dopo avere redatto il verbale, lo legge ad alta voce alle parti, mostrando contestualmente il testo tramite condivisione dello schermo, per accertarsi che tutti ne prendano visione e segnalino eventuali correzioni.
Il mediatore, ricevuto l'assenso dalle parti, invia il verbale redatto in formato elettronico non modificabile a mezzo pec (Posta Elettronica Certificata) all'indirizzo del legale, se presente e se in collegamento dallo stesso luogo della parte. In alternativa il mediatore invia il verbale all'indirizzo

pec, o in mancanza e-mail, sia del legale che delle parti se collegati simultaneamente ma da luoghi differenti.

- Se le parti e i legali sono tutti dotati di firma digitale, tutte le parti e i rispettivi legali sottoscrivono digitalmente la copia trasmessa dal mediatore, che coordina le operazioni di firma in formato elettronico facendo circolare il documento informatico tra le parti.
- Ricevuto il verbale sottoscritto da tutte le parti e dai legali (se presenti) il mediatore appone la propria firma digitale ed invia alle parti e ai legali via pec o email il verbale sottoscritto da tutti.
- In caso di proposta del Mediatore, le Parti gli comunicano per iscritto e a mezzo pec o in mancanza email, l'accettazione o il rifiuto della proposta entro sette giorni dalla sua ricezione. In mancanza di risposta, la medesima si intende rifiutata.
- In caso di indisponibilità della firma digitale delle parti, è necessario che ogni parte stampi, apponga firma autografa e scansioni il verbale ricevuto dal mediatore. I legali sottoscrivono quindi con propria firma digitale il verbale così prodotto, autenticandone la firma della parte.
- Ricevuto il verbale sottoscritto da tutte le parti e dai legali per propria sottoscrizione e per autentica di firma delle parti, il mediatore appone la propria firma digitale ed invia alle parti e ai legali via pec o email il verbale sottoscritto da tutti”.
- Per la firma dell'eventuale accordo si segue la stessa procedura indicata per i verbali con l'accortezza che, in tal caso, il verbale e l'accordo costituiscono un unico documento ai fini dell'esecutività dell'accordo previsto dall'art. 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

4.Suggerimenti e proposte di miglioramento del sistema “Mediazione”

A cura di Paolo Valerio De Vito, avvocato in Roma.

L'attuale condizione di emergenza per la pandemia da coronavirus ha in gran parte paralizzato il settore della giustizia, e, per quanto qui ci occupa, quella civile, che già versava in condizioni critiche per la conclamata impossibilità di eliminare un poderoso arretrato, che pesa sulla funzionalità del sistema, visto che i dati degli ultimi anni, attestano sempre un numero di cause pendenti attorno ai 3,5 milioni in ogni anno con una flessione lieve dell'arretrato in quanto il numero dei procedimenti nuovi appare solo leggermente inferiore a quello dei procedimenti definiti nell'arco di un anno [11].

Tali linee di tendenza indicano che l'apparato della Giustizia Civile è, nonostante le numerose riforme introdotte negli anni, afflitto da una cronica impossibilità di risolvere le controversie civili in tempi accettabili, almeno rispetto alla maggior parte degli altri paesi dell'Unione Europea e del mondo occidentale.

Ai fini del nostro esame, va considerata quale sia stata l'incidenza della mediazione - introdotta in Italia con il Decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 - nell'arco degli ultimi 9 anni (da quando è divenuta operativa), per ridurre le controversie civili.

Vale la pena di citare in proposito la prima parte introduttiva dell'articolo “*Mediazione e giudici in Italia, 2019*” di Giovanni Matteucci [12]:

“Secondo il Parlamento europeo (9.12.2017) ‘L'Italia utilizza la mediazione sei volte più del resto d'Europa’. La mediazione obbligatoria è stata normata in Italia nel 2010 ed è entrata in vigore nel 2011. Opposizione serrata da parte degli avvocati, disinteresse apparentemente benevolo da parte dei giudici. A fine 2012 ne segna una battuta d'arresto la dichiarazione di incostituzionalità, per riprendere poi quota con la reintroduzione nel 2013, con la possibilità di “Opt-Out” dal procedimento.

Risultati:

2011 – 60.810 mediazioni, 9.912 accordi, tasso di successo 16%;

2018 – 151.923 mediazioni, 20.965 accordi, tasso di successo 14%.

20.965 è il più alto numero di accordi di mediazione mai raggiunto in Italia. Nelle procedure svoltesi con tutte le parti presenti e proseguite oltre il primo incontro, la percentuale di successo nel 2018 è stata del 45%. Tuttavia, la mediazione è cresciuta ben al di sotto delle sue potenzialità: i nuovi giudizi iniziati nei tribunali italiani nel 2018, infatti, sono stati 3.220.928.

In Italia la mediazione, intesa quale condizione obbligatoria di procedibilità, è limitata a materie che corrispondono all' 8% circa di tutte quelle oggetto di contenzioso giudiziale. In TUTTE le questioni relative ai diritti civili disponibili, invece, i giudici possono ordinare alle parti di attivare la mediazione (mediazione demandata, ex art. 5, c.2, D.Lgs. 28/2010) e/o possono proporre una soluzione della controversia basata sull'equità (proposta di conciliazione del giudice, ex art. 185-bis c.p.c.), proposta che le parti possono accettare o rifiutare (arbitrato non obbligatorio). Quando la mediazione obbligatoria fu introdotta, i magistrati la guardarono con apparente benevolo distacco, ma a partire dal 2015 è grazie ai giudici che la mediazione italiana è cresciuta; le mediazioni demandate sono ammontate al 2% (di tutte le procedure

avviate presso gli organismi di mediazione) nel 2011, 10% nel 2015, 11% nel 2016, 13% nel 2017, 15% nel 2018.”

Alla luce del raffronto tra i dati delle cause promosse ogni anno e la capacità di risolverle attraverso il ricorso alla mediazione è facile concludere che, seppure i dati siano in crescita, l'utilizzo della mediazione è ancora modesto rispetto alla mole delle controversie che intasano i Tribunali della Repubblica Italiana.

Come è certamente noto, il D.L. 17 marzo 2020, n.18, convertito con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27 modificato nuovamente, tra l'altro, nella disciplina dei termini dall'art 3 lettera il D.L.30 aprile 2020, n.28, ha regolamentato lo svolgimento delle mediazioni cercando di favorire un sistematico ricorso alla modalità telematica (vedasi l'Art. 83, comma 20 bis, del decreto sopra citato) con il risultato di aver dato luogo ad un impianto normativo che, semplificando, prevede che:

- la modalità telematica di svolgimento dei procedimenti di mediazione rimane prevista in via eccezionale;
- ogni Organismo di mediazione rimane libero di adottare le procedure telematiche se le ritiene opportune;
- l'Organismo non può prevedere che la mediazione si svolga esclusivamente in via telematica
- occorre il consenso di tutte le parti affinché il procedimento di mediazione possa svolgersi da remoto.

Visto l'andamento dei processi civili che si sta sperimentando durante la c.d. fase 2 di uscita progressiva dal “lockdown” (con una marea di rinvii ed una trattazione giornaliera di udienze che è, all'incirca, un terzo di quella *ante* COVID-19), con queste premesse rimane difficile prevedere grandi risultati operativi, quantomeno su larga scala.

La lezione che l'emergenza ha insegnato a tutti gli italiani è che il tempo da impiegare in attività da svolgere va impiegato utilmente perché è risorsa scarsa (concetto che vale per fare la spesa al supermercato come per delibare una controversia in un'aula di giustizia).

Allora, può essere utile, ai fini del dibattito su come ottimizzare l'impiego delle risorse umane ed organizzative esistenti, accennare a possibili suggerimenti da discutere nonché spunti di modifiche innovative da apportare al sistema della mediazione, per renderne più incisivo il ricorso in futuro, anche e soprattutto oltre il periodo auspicabilmente temporaneo dell'emergenza COVID-19.

E' noto a coloro che operano nel settore che il principale ostacolo allo svolgimento delle mediazioni sia la circostanza che le parti molto spesso effettuano il primo incontro di mediazione semplicemente per far verificare la condizione di procedibilità della domanda giudiziale (Artt. 5 e 8 D.Lgs. n. 28/2010) nelle mediazioni obbligatorie.

In altri termini, le parti (ed i loro legali) considerano lo svolgimento della procedura di mediazione come un semplice adempimento aggiuntivo per coltivare il giudizio davanti al Tribunale, che comporta la comparizione delle parti personalmente innanzi il mediatore, dopo aver sottoposto sommarie memorie che illustrano fatti e considerazioni di diritto (talvolta prese *sic et simpliciter* dagli atti di causa già depositati od in via di redazione) ed una specie di sceneggiata alla prima riunione, nel corso della quale le parti rimangono sulle loro posizioni iniziali e fanno concludere il primo incontro con il mediatore (che spiega diligentemente quali siano le regole della procedura) con la dichiarazione di non voler procedere oltre nel tentativo di mediazione ^[13]. In tal modo il mediatore, si vede costretto a redigere un verbale di fallita mediazione (su

modulo prestampato, spesso) che non è altro che il prezioso lasciapassare per tornare o rivolgersi al giudice ordinario per dirimere la controversia. dunque, senza formulare una proposta conciliativa).

Questo andamento generalizzato è favorito dalle circostanze che:

- a) il costo del procedimento di mediazione sia limitato ad una specie di “iscrizione” da pagare all’Organismo di Mediazione e che il primo incontro sia sostanzialmente “gratuito” se si conclude con la dichiarazione dell’esito negativo del tentativo di conciliazione;
- b) sia sufficiente dichiarare di non essere disponibili a proseguire il tentativo di conciliazione per finire la procedura intrapresa con la semplice presa d’atto da parte del mediatore dell’esito negativo del tentativo di conciliazione, quasi mai riuscendo lo stesso mediatore ad entrare nel merito delle questioni controverse per mancanza di collaborazione delle parti;
- c) una volta ottenuto il verbale di mancata conciliazione (che non contiene una proposta di conciliazione elaborata dal mediatore [14]), non vi siano ostacoli ad introdurre o proseguire, a seconda dei casi, il giudizio ordinario.

Ad onor del vero, ci sono state numerose pronunce giudiziali a partire dal marzo 2014 che hanno cercato di arginare la sostanziale elusione della mediazione obbligatoria affermando che la mediazione doveva essere effettivamente svolta non potendosi le parti limitare a dichiarare semplicemente al mediatore l’indisponibilità a procedere in mediazione, talvolta nemmeno comparando personalmente ma a mezzo di un delegato (nei primi tempi addirittura coincidente con il difensore).

Affinché le parti effettuino un tentativo di mediazione vero e proprio, sembra intuitivo che non ci si possa limitare allo svolgimento di un solo incontro con il mediatore ma che occorra prevedere una fase iniziale più articolata, imponendo una più approfondita delibazione delle posizioni (ed argomentazioni) delle parti ad opera del mediatore attraverso incontri separati preliminari con le parti interessate e poi, una volta esaminate le opposte tesi attraverso l’esperienza della consultazione separata, procedere all’incontro vero e proprio in contraddittorio, con l’attiva presenza del mediatore entrato nel merito della materia del contendere ed in condizione di formulare una proposta conciliativa di massima ovvero delineare un percorso procedurale di mediazione che sia convincente.

Sempre in tema di riforma della procedura di mediazione, si dovrebbe allargare il ricorso alla mediazione per via telematica, limitando, al massimo, ad un incontro con il mediatore in persona delle parti lo svolgimento della procedura, in modo da rendere le metodologia di svolgimento da remoto ordinaria (non più eccezionale), così facendo tesoro dell’esperienza fatta durante la fase di contrasto degli effetti della pandemia COVID-19.

Una volta garantita l’effettività del tentativo di mediazione, con modalità più agevoli di svolgimento (da remoto) per le parti ed i loro legali, tenuto conto dell’apparato esistente per la mediazione (risorse professionali qualificate impiegate come mediatori ed organismi di mediazione attrezzati ed organizzati su tutto il territorio nazionale) si potrebbe opportunamente ampliare il ricorso alla mediazione “obbligatoria”, espandendo l’ambito delle materie nelle quali occorre procedere alla mediazione come condizione di procedibilità del giudizio ordinario (magari anche in campo giuslavoristico [15]).

Un altro modo per sfruttare utilmente il ricorso alla mediazione, valorizzando l’opera del mediatore, è quello di prevedere (modificando la normativa attuale) che, almeno dopo aver superato la fase iniziale della procedura (ampliando la portata del primo incontro), sia introdotta l’obbligatorietà per il mediatore, nel caso di mancato accordo, di predisporre una proposta di conciliazione che venga sottoposta alle parti, in modo che

nel verbale di mancato accordo sia ricompresa l'esposizione delle verificate ragioni di inconciliabilità delle pretese e la descrizione della reazione e/o dell'atteggiamento delle parti al riguardo.

L'esistenza di una proposta di conciliazione elaborata dal mediatore, che sia respinta da una o da entrambe le parti, da riportare nel verbale di mancato accordo avrebbe la conseguenza di far scattare le possibili severe conseguenze dell'Art. 13 del Decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 in tema di addebito delle spese processuali, intendendosi con tale espressione quelle della procedura di mediazione e quelle del giudizio ordinario, da porre a carico della parte che non abbia aderito alla proposta di conciliazione quando il giudice ordinario abbia deciso la causa in modo corrispondente al contenuto della proposta del mediatore [16].

Accanto alla mediazione obbligatoria (prevista dall'Art. 5, comma 1bis, del Decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, esiste poi la c.d. mediazione demandata prevista dall'Art. 5, comma 2, del Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28, che è decisa dal giudice abbastanza discrezionalmente nel corso del giudizio (anche in grado di appello) in materie non soggette a mediazione obbligatoria (logicamente, perché altrimenti in tali materie il tentativo di mediazione va invece svolto preventivamente alla introduzione del giudizio o comunque appena esso è iniziato), creando così una condizione di procedibilità della domanda giudiziale successiva e ad iniziativa del giudice ordinario.

Tale istituto inizialmente era facoltativo per le parti, nel senso che era proposto dal giudice e le parti erano libere di accettare o respingere la proposta di andare in mediazione: poi, il testo della norma è stato modificato nel 2013 [17] nel senso di rendere obbligatoria per le parti la decisione (discrezionale) del giudice ordinario.

Tale mediazione demandata non realizza, a ben vedere, alcuna interazione concreta tra giudice e mediatore, che continuano ad operare in ambiti separati: ad un certo punto della causa, il giudice tentativamente affida al mediatore la gestione della controversia per cercare la conciliazione delle posizioni delle parti, lasciando all'autonomia del mediatore di cercare in tutto e per tutto una soluzione per l'accordo delle parti al di fuori del giudizio.

Nella pratica degli ultimi anni si è cominciato, però, ampliando la mediazione demandata, ad introdurre forme di intervento del giudice nel definire l'ambito della mediazione da lui disposta, dando così vita ad una collaborazione sistemica tra giudice e mediatore, che [18] si sta realizzando nei Tribunali italiani, seppure a macchia di leopardo.

Questa soluzione – che è stata già definita mediazione demandata “guidata” - potrebbe essere introdotta in modo sistemico dal Legislatore, con il duplice effetto, da una parte, di far determinare al giudice non solo l'esperimento di una fase di mediazione a causa ordinaria già in corso ma anche di individuare alcuni principi (sotto forma di istruzioni) ai quali il mediatore e le parti interessate possano attenersi per ricercare la conciliazione, e, dall'altra, rafforzare l'autorevolezza dell'intervento del mediatore, il cui lavoro nel predisporre la proposta conciliativa influenzerebbe, in caso di mancato accordo, l'esito del giudizio ordinario attraverso un meccanismo di condanna alle spese del giudizio del tipo di quello stabilito dal sopra citato Art. 13 del Decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 (nel caso la sentenza sia in linea con la proposta conciliativa del mediatore).

La soluzione che qui si propone di istituzionalizzare – con l'introduzione di un apposito Art. 185ter del Codice di Procedura Civile - inserisce una fase di mediazione all'interno del processo ordinario (e dunque potrebbe essere disposta persino nel caso di mediazione obbligatoria che si sia conclusa preventivamente con il mancato accordo tra le parti alla prima riunione, senza che il mediatore abbia elaborato una proposta di conciliazione) e prevede un'attività del giudice che:

(1) sgombera la strada alla risoluzione del merito della causa eliminando ogni eccezione pregiudiziale o preliminare che sia suscettibile di concludere il processo (es. difetto di legittimazione attiva o passiva, incompetenza territoriale o per materia);

(2) individui, attraverso una delibazione delle questioni di merito più o meno approfondita (a seconda dell'attività istruttoria svolta), una "cornice di riferimento per la elaborazione di una soluzione concordata in sede di mediazione", che altro non è che la determinazione di un'area di possibile soluzione della controversia (nei sistemi anglosassoni chiamata con l'acronimo "ZOPA", cioè Zone Of Possible Agreement).

In tale modo, data l'autorevolezza dell'intervento del giudice nella individuazione della citata area di possibile soluzione della controversia, l'entrata in campo del mediatore dovrebbe risultare di molto facilitata, permettendogli di utilizzare una serie di indicazioni provenienti dal giudice che consentano più agevolmente di entrare nel merito delle questioni con le parti e giungere ad una ponderata proposta di soluzione conciliativa da elaborare con l'ausilio anche di esperti tecnici e sottoporre alle medesime parti per cercarne l'accordo.

L'attività del mediatore – che è tenuto alla predisposizione della proposta conciliativa - non verrebbe sprecata ma utilizzata nella prosecuzione del giudizio, dove il verbale conclusivo della mediazione andrebbe comunque depositato, nel caso di esito positivo, solo per far dichiarare estinto il giudizio ordinario, e nel caso di mancato accordo (insieme ad eventuali elaborati degli esperti tecnici) per individuare quale siano state l'atteggiamento e le decisioni delle parti, che assumerebbero notevole rilevanza ai fini dello svolgimento ulteriore del procedimento ordinario, con particolare riferimento alla regolamentazione delle spese del giudizio.

Il testo proposto dell'Art. 185ter CPC – qui in calce riportato dopo la riproduzione degli esistenti Artt. 185 e 185bis CPC - va detto onestamente, comporterebbe la modifica di alcune disposizioni del Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28, che peraltro è stato già modificato più volte nel corso degli anni, ma consentirebbe, a sommosso avviso di chi scrive, un notevole ampliamento del ricorso alla mediazione con consistente effetto deflattivo del contenzioso in atto, a tutto favore della riduzione dei tempi per la decisione delle controversie civili, senza pregiudicare l'autonomia ed indipendenza del mediatore, dall'abilità e capacità del quale dipende l'efficacia del rimedio proposto.

Per completare il quadro del nuovo istituto *de jure condendo* della mediazione demandata guidata, sarebbe opportuno che venga considerata questa interazione tra giudice ordinario e mediatore non come un mero ricorso deflattivo del ruolo delle cause del giudice (che si concentrerebbe sulla trattazione delle controversie non andate in mediazione) ma proprio come un utile investimento del tempo del giudicante, che si veda riconosciuta, una volta che la mediazione si sia conclusa infine positivamente innanzi il mediatore, grazie a quanto da esso predisposto con la nuova fase di mediazione demandata, l'attività svolta come se fosse stata una sentenza da esso pronunciata, ai fini statistici della sua produttività.

Infine, da ultimo, ci piace sottolineare come, *a latere* dell'adozione di appropriate modifiche della legislazione vigente, sia opportuno far fare ai cittadini italiani un'articolata riflessione su un più attento e limitato impiego del canale giudiziario per la risoluzione delle controversie evidenziando come, in certe materie dove la giurisprudenza è più consolidata nel tempo (penso alle numerosissime controversie in materia di condominio, comunione e divisioni ereditarie), sia ben possibile giungere a soluzioni conciliative (in sede di mediazione) o addirittura di decisioni arbitrali, anche con il ricorso a consulenti tecnici d'ufficio nominati dal Tribunale (a garanzia della loro imparzialità), che realizzi un sostanzioso risparmio di risorse

umane e finanziarie per lo Stato e vantaggi per le parti, anche con incentivi fiscali ampliati rispetto a quelli già ordinariamente previsti.

Art. 185 Codice di Procedura Civile (*tentativo di conciliazione del giudice*)

Il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. Il giudice istruttore ha altresì facoltà di fissare la predetta udienza di comparizione personale a norma dell'articolo 117. Quando è disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. Se la procura è conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte. La mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata ai sensi del secondo comma dell'articolo 116 ⁽¹⁾.

Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione ⁽²⁾.

Quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della convenzione conclusa [88 disp. att.]. Il processo verbale costituisce titolo esecutivo [474 c.p.c.] ⁽³⁾.

Note

- (1) *La l. 263/2005 ha aggiunto un nuovo primo comma all'art. 185 che ricalca il secondo comma del previgente art. 183 del c.p.c. Tale scelta legislativa evidenzia il collegamento tra la comparizione personale delle parti e la conciliazione, che il giudice dovrebbe "provocare". In ogni caso, il giudice può disporre già in prima udienza la comparizione delle parti finalizzata alla loro conciliazione.*
- (2) *Il tentativo di conciliazione è soggetto a discrezionale rinnovo da parte del giudice solo nella fase istruttoria, non oltre la rimessione della causa al collegio.
In appello, esso è ammesso espressamente dal terzo comma dell'art. 350 del c.p.c..
Per la sua natura di giudizio di mera legittimità e non sul fatto, nel giudizio dinnanzi alla corte di cassazione è invece escluso. Un eventuale accordo delle parti raggiunto autonomamente in tale fase del giudizio ne comporterà l'estinzione per cessazione della materia del contendere.
[da www.broccardi.it]*

Art. 185 bis Codice di Procedura Civile (*proposta conciliativa del giudice*)

⁽¹⁾ Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice.

Note

- (1) *Articolo aggiunto con D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.
[da www.broccardi.it]*

Art. 185-ter Codice di Procedura Civile (*mediazione delegata e guidata dal giudice*)

Il giudice nell'udienza di trattazione o in qualsiasi momento prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa, ove non ritenesse di agire ai sensi dell'Art. 185-bis, previo rigetto delle eventuali eccezioni pregiudiziali e/o preliminari formulate dalle parti (ed astrattamente idonee a concludere la controversia) e che ritiene infondate, provvede a fissare, con ordinanza non impugnabile, la successiva udienza ad una data non inferiore a quattro mesi (tenuto conto del tempo necessario per lo svolgimento del tentativo di mediazione), assegnando alle parti in causa il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Il giudice, avuto riguardo:

- alla natura del giudizio,
- al valore della controversia,
- alla rappresentazione dei fatti emergenti dagli atti di causa e dall'eventuale istruttoria svolta; e
- all'esistenza di questioni di diritto che appaiono di agevole soluzione sulla base della giurisprudenza in materia;

esprime per iscritto, anche con separato provvedimento da emettersi entro il termine dato per l'avvio della procedura, tutte le indicazioni che ritenga opportune per fornire alle parti ed al mediatore una cornice di riferimento per la elaborazione di una soluzione concordata in sede di mediazione.

Dalla data dell'ordinanza di remissione delle parti alla mediazione fino all'udienza di trattazione della causa ogni termine di decadenza si intende sospeso.

Il mediatore tiene conto delle indicazioni fornite dal giudice per lo svolgimento del tentativo di conciliazione e può, ove necessario per la risoluzione di specifiche questioni tecniche, nominare uno o più mediatori ausiliari tecnici ovvero ricorrere al giudice per la nomina di uno o più esperti iscritti negli albi dei consulenti presso il tribunale. Il giudice provvede con ordinanza alla nomina dell'esperto, dandone comunicazione al mediatore ed alle parti.

Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo di una parte al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Con la sentenza che definisce il giudizio, il giudice condanna la parte costituita che, non ha partecipato al procedimento di mediazione demandata senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo da determinarsi tra una o cinque volte l'ammontare del contributo unificato dovuto per il giudizio.

Al termine della procedura di mediazione, che prevede sempre l'elaborazione di una proposta di conciliazione da sottoporre alle parti, il mediatore comunica al giudice l'esito del tentativo di conciliazione attraverso la trasmissione di un verbale conclusivo con l'allegazione dell'accordo di conciliazione raggiunto ovvero, in caso di mancato accordo, con l'allegazione della proposta di conciliazione e l'indicazione dell'atteggiamento e delle decisioni delle parti rispetto alla medesima.

Nel caso di raggiungimento della conciliazione davanti al mediatore, il giudice ne dà atto all'udienza fissata e pronuncia l'estinzione del giudizio a seguito del positivo esito della disposta mediazione.

Nell'evenienza di esito negativo della procedura di mediazione, il giudice prosegue il giudizio ed adotta tutti i provvedimenti istruttori e non, che siano necessari (anche disponendo, all'occorrenza, la rinnovazione o la

integrazione degli accertamenti tecnici svolti in corso di procedura di mediazione, confermando o sostituendo i tecnici che hanno agito in quella sede) per giungere alla decisione del caso.

Qualora la decisione del giudice non si discosti significativamente dalla proposta elaborata dal mediatore e non accettata, il giudice condanna la parte soccombente che ha rifiutato la proposta, a rimborsare integralmente le spese della disposta procedura di mediazione oltre al pagamento delle competenze e spese del giudizio nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio. Diversamente, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente per la procedura di mediazione, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Tra le spese per la procedura di mediazione sono comprese l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto tecnico di cui questi si sia avvalso nel corso della mediazione.

Qualora il provvedimento che definisce il giudizio si discosti significativamente dal contenuto della proposta del mediatore, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto tecnico di cui questi si sia avvalso nel corso della mediazione.

Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione della sentenza, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui ai precedenti commi.

Note

-
- ¹ Dati tratti da Il Sole-24ore, vedasi il link <https://www.infodata.ilsole24ore.com/2017/11/28/processi-civili-italia-numeri-si-litiga-piu/>.
- ² Legge 24 marzo 2001, n. 89, intitolata “Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile” ed entrata in vigore dal 18 aprile 2001.
- ³ Per un’analisi recente si rinvia al link https://www.laleggepertutti.it/283718_quanto-dura-una-causa-civile.
- ⁴ Le basi normative del processo civile telematico sono contenute nel Decreto del presidente della Repubblica 13 febbraio 2001, n. 123, *Regolamento recante disciplina sull'uso degli strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti*, che introdusse il processo civile telematico nell'ordinamento.
- ⁵ In particolare, in ordine al flusso di dati per i depositi, e sull'uso della CPE-CPT, abbandonata in favore della sola PEC. Da quel momento in poi non è stato più necessario iscriversi ad un Punto di Accesso (così detto PDA) per poter depositare gli atti telematicamente, bastando - invece - un semplice indirizzo di posta elettronica certificata (PEC).
- ⁶ Con il Decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, a decorrere dal 30 giugno 2014 il deposito telematico è divenuto obbligatorio per gli atti relativi ai procedimenti monitori e per quelli endoprocedimentali dei giudizi civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, instaurati innanzi ai Tribunali Ordinari dopo il 30 giugno 2014. A decorre dal 31 dicembre 2014 tale obbligo è stato poi esteso anche alla cause iscritte al ruolo prima del 30 giugno 2014. [cfr. Luca Sileni e Nicola Gargano, *Codice del Processo Civile Telematico Commentato*, Milano, Giuffrè, 2017]. Come disposto dall'art. 16 bis del Decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, per come integrato dal citato D.L 24 giugno 2014, n. 90, a decorrere dal 30 giugno 2015 l'obbligo di procedere al deposito degli atti processuali mediante modalità telematiche è stato inoltre esteso anche ai procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, pendenti innanzi alle Corti di appello.
- ⁷ Il Processo Tributario Telematico (PTT) è obbligatorio per i giudizi instaurati, in primo e secondo grado, con ricorso/appello notificato a partire dal 1° luglio 2019: i servizi del PTT sono assicurati sette giorni su sette e 24 ore al giorno. Inoltre, l'articolo 16 del D.L. 23 ottobre 2018, n. 119 convertito in legge 17 dicembre 2018, n. 136, modificando l'articolo 16 bis del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 ha, infatti, stabilito che dal 1° luglio 2019, la notifica e il deposito degli atti processuali presso le segreterie delle Commissioni tributarie sono eseguiti esclusivamente in modalità telematica (tale obbligo non sussiste per i contribuenti che stanno in giudizio senza difensore per le controversie fino a 3.000,00 euro). Fonte: <https://www.giustiziatributaria.gov.it/gt/processo-tributario-telematico-ptt-sigit>.
- ⁸ Per la lettura delle dichiarazioni del Presidente del COA di Roma vedasi il sito <https://www.ordineavvocatiroma.it/>.
- ⁹ Legge n. 24 del 27 marzo 2020, art. 83, co 20 bis:
“Nel periodo da 9 marzo al 30 giugno 2020, gli incontri di mediazione in ogni caso possono svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento..... In caso di procedura telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'art. 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”
- ¹⁰ Organismo di Mediazione Civile e Commerciale Consulenti del Lavoro – OMCC - Linee guida per la Mediazione telematica
- ¹¹ Dati relativi alle cause civili per l'anno 2014 (tratti direttamente dal sito dell' ISTAT) relativi al primo grado:
- | | |
|---|-----------|
| - cause civili pendenti alla fine dell'anno | 4.271.689 |
| - cause civili esaurite | 3.765.488 |
| - cause civili depositate | 3.707.799 |
- che denotavano una lieve tendenza allo smaltimento dell'arretrato.
- Tali dati sono coerenti con quelli rilevati ed elaborati da altra fonte (dati Ministero Giustizia) in relazione al periodo 2016-2017:
- | <u>Anno</u> | <u>2016</u> | <u>2017</u> |
|---------------------------|-------------|-------------|
| Cause civili pendenti | 3.801.255 | 3.628.936 |
| Cause civili in arretrato | 689.665 | 611.394 |
- Si noti che la giustizia italiana identifica come *pendenti* tutti i procedimenti che sono in attesa di giudizio. Vengono, dunque, così definite tutte le vicende giudiziarie penali o civili per le quali non è ancora stato emesso alcun provvedimento finale, come una sentenza.
- Come specificato dal Ministero della Giustizia, un sottogruppo dei procedimenti pendenti è quello dei *procedimenti in arretrato*. Con questa espressione si fa riferimento ai procedimenti di giustizia ordinaria che non sono stati risolti entro i termini previsti dalla “legge Pinto” del 2001 sulla ragionevole durata dei processi.
- [op. cit. da <https://pagellapolitica.it/dichiarazioni/8089/quant-sono-i-processi-in-arretrato-in-italia>]

-
- ¹² Reperibile sul link <https://www.mondoadr.it/articoli/mediazione-e-giudici-in-italia-2019.html>. L'articolo va segnalato anche per l'accurata disamina delle tipologie più interessanti di utilizzo della mediazione dai giudici civili con maggiore libertà rispetto alla letterale applicazione della normativa introduttiva dell'istituto.
- ¹³ In applicazione del disposto dell'Art. 5, comma 2-bis del Decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, che dispone: *“Quando l'esperienza del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo.”*
- ¹⁴ Non c'è obbligo per il mediatore di elaborare una proposta di mediazione al primo incontro (quando non entra nel merito delle questioni controverse) e persino quando la procedura di mediazione proseguita oltre il primo incontro si conclude senza accordo, tranne che entrambe le parti gliene facciano richiesta (vedasi l'Art. 11, 1° comma, del Decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28).
- ¹⁵ Va ricordato che la Legge 183/2010 (Collegato Lavoro) ha riformato l'Art. 410 CPC relativo alla disciplina del tentativo di conciliazione da espletarsi prima di adire l'autorità giudiziaria nel caso di una controversia in materia di lavoro. Mentre in precedenza detto tentativo era obbligatorio, dopo la riforma del 2010 esso rimane tale solo nel caso di conflitto avente ad oggetto contratti di lavoro certificati e nell'ipotesi di impugnazione del licenziamento. Nella maggioranza dei casi il tentativo di conciliazione tra le parti, prima di adire il giudice del lavoro, è facoltativo. Esso interrompe la prescrizione e sospende il decorso di ogni termine di decadenza per tutta la durata del tentativo e per i 20 giorni successivi alla sua conclusione.
- ¹⁶ L'Art. 13 del Decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 prevede che: *“1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.”*
2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.
- ¹⁷ L'intero 2° comma dell'Art. 5 del Decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 è stato sostituito dall'art. 84, comma 1, lett. c), del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, ed attualmente dispone quanto segue:
“2. Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperienza del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperienza del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.”
- ¹⁸ Si richiama il citato articolo *“Mediazione e giudici in Italia, 2019”* di Giovanni Matteucci di cui alla precedente nota [¹²].