

CINZIA GAMBA
Associato dell'Università di Pavia

La mediazione nel progetto di riforma della commissione Luiso

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — 2. L'ampliamento dell'ambito di applicazione delle *Adr* con particolare riguardo alla mediazione — 3. La semplificazione del procedimento di mediazione e la razionalizzazione della disciplina. — 4. Il potenziamento degli incentivi fiscali. — 5. Spunti di riflessione generale.

1. — La spinta verso il rafforzamento dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie rappresenta, ancora una volta, uno dei caposaldi delle riforme all'orizzonte. La commissione nominata dal ministro Cartabia per l'elaborazione di proposte di riforma in materia di giustizia civile e presieduta dal prof. Francesco Paolo Luiso ha licenziato nel maggio scorso una complessa relazione con il relativo articolato: in essa hanno trovato ampio spazio le novità dedicate alle *Adr* e, in particolare, alla mediazione. Raccogliendo le proposte della commissione, il ministro della giustizia ha depositato il 16 giugno scorso gli emendamenti del Governo al disegno di legge delega sulla riforma del processo civile, e tra essi, quelli specificamente rivolti alla modifica del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. L'*iter* legislativo è tutt'ora in corso presso il Senato.

Nel progetto di riforma il potenziamento del ruolo della mediazione è stato iscritto, dal punto di vista degli obiettivi perseguiti, nella necessità di ridurre i tempi dei processi e di ottenere una miglior efficienza dell'amministrazione della giustizia. Si tratta di obiettivi noti, reiterati e ormai "triti" in quanto risultano enunciati sistematicamente da decenni in tutti i progetti di riforma della giustizia civile. Tuttavia, in relazione al progetto in esame essi assumono una duplice colorazione innovativa.

Da un lato, infatti, oltre ai più noti desiderata delle istituzioni europee collegati ai finanziamenti del piano nazionale di ripresa e resilienza ⁽¹⁾, si collocano i principi fissati dall'agenda Onu 2030 per lo sviluppo sostenibile ⁽²⁾. Come è noto, l'agenda ricomprende 17 obiettivi — *Sustainable Development Goals, SDGs* — nel contesto di un grande programma d'azione per un totale di 169 *target* o traguardi. L'avvio ufficiale delle attività riconducibili agli obiettivi si è avuto con l'inizio del 2016, con la prospettiva di una strada da percorrere nell'arco dei prossimi 15 anni: i paesi, infatti, si sono impegnati a raggiungerli entro il 2030. L'obiettivo n. 16 è dedicato alla promozione di società pacifiche ed inclusive ai fini dello sviluppo sostenibile e si propone, inoltre, di fornire l'accesso universale alla giustizia, e a costruire istituzioni responsabili ed efficaci a tutti i livelli. Pertanto, sullo sfondo delle scelte della commissione si staglia la stella polare dell'agenda Onu 2030, con i suoi principi di inclusione e di accessibilità alla giustizia, rispetto ai quali i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, secondo una certa impostazione ideologica, potrebbero assumere un ruolo determinante.

Oltre alle direttive politiche delle agende degli organismi sovranazionali, un altro profilo di novità è costituito dal fatto che la relazione redatta dalla commissione dichiara in modo trasparente quali siano le premesse ideologiche dalle quali hanno preso le mosse i redattori del progetto. Si sottolinea l'importanza dell'accordo negoziale “come strumento e metodo di risoluzione delle controversie, accordo la cui conclusione è promossa e favorita dai metodi alternativi della mediazione e dalla negoziazione assistita”. Le scelte di principio fanno chiaramente capire l'angolo di visuale nel quale si colloca l'elaborazione dei principi di riforma, affermando la volontà di intervenire “sulla complementarità e sulla coesistenza delle due vie, giudiziale e stragiudiziale”, con lo scopo di “ampliare la risposta di giustizia a beneficio degli interessati e della società intera”. A prevalere è pertanto l'idea che la tutela dei diritti possa essere perseguita tanto in via giurisdizionale quanto in via non giurisdizionale: sono due strade alternative e complementari che, tuttavia, non

⁽¹⁾ Consultabile al seguente link: https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf

⁽²⁾ Reperibile al seguente link: <https://unric.org/it/wp-content/uploads/sites/5/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf>

si muovono su piani diversi, ma, nella concezione promossa, si collocano in via integrativa sullo stesso piano, quello dell'amministrazione della giustizia e della tutela dei diritti. In questa concezione, la mediazione appartiene al novero degli strumenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie di carattere negoziale: nella visione di Luiso, del resto, che ha presieduto autorevolmente la commissione, "strumenti talvolta negoziali, talvolta autoritativi, [...] hanno la stessa finalità e producono lo stesso risultato della giurisdizione dichiarativa e dell'arbitrato" (3). Coerentemente con queste premesse di partenza, la riforma della giustizia civile assegna un ruolo significativo alla gestione negoziale delle liti che, per essere socialmente riconosciuta nei suoi valori e utilmente praticata, richiede interventi mirati e adeguati. La tutela giurisdizionale deve essere ricondotta nel campo delle scelte inevitabili, non sempre bensì "in ragione dell'oggetto della controversia, della natura del rapporto, del contesto di riferimento". Per converso, gli obiettivi di efficacia ed efficienza del sistema giustizia richiedono che l'autonomia non possa essere solo promossa, ma debba essere incentivata con interventi adeguati, al fine di creare "un sistema integrato di giustizia", ciò che richiede una profonda innovazione culturale, dalla formazione universitaria a quella professionale, capace di accogliere e sostenere il cambiamento. In questa prospettiva, coerentemente il progetto di riforma punta al potenziamento e alla ristrutturazione dei percorsi di formazione, sia per i mediatori che per i formatori, a un accrescimento della qualità e della trasparenza delle attività degli organismi di mediazione e degli enti di formazione, all'ampliamento dei controlli ministeriali, con l'introduzione di limiti quantitativi e qualitativi rafforzati per l'accreditamento degli enti stessi.

Quanto all'endiadi della complementarietà e della coesistenza integrata dello strumento giurisdizionale e di quello negoziale/consensuale in funzione di "una migliore risposta di giustizia", la premessa ideologica sulla quale la commissione ha basato le scelte del progetto, anche in funzione della creazione di una cultura della

(3) LUISO, *Diritto processuale civile, I principi generali*, Milano, 2020, p. 4; per un discorso più generale, con specificazioni importanti e approccio problematico, si v. inoltre Id., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in questa rivista, 2004, pp. 1201 ss., in part. 1216-1219.

mediazione, si pone in parziale contrasto con la concezione che assegna piani concettualmente distinti al processo e ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Secondo questa visione generale, mentre è al processo che spetta la tutela giurisdizionale dei diritti e delle posizioni soggettive, i metodi alternativi, e in particolare la mediazione, hanno una differente funzione: essi sono strumenti di risoluzione dei conflitti. E risolvere il conflitto è qualcosa di concettualmente differente dal prestare tutela ai diritti e alle posizioni soggettive (4). La precisazione in merito alle visioni che stanno sullo sfondo è d'obbligo, anche per sottolineare la trasparenza degli autorevoli redattori della relazione e del progetto: raramente è dato riscontrare una affermazione chiara delle premesse ideologiche di partenza in un progetto di riforma. Fa eccezione la articolata e chiarissima relazione in esame, e questo costituisce un valore aggiunto importante.

Le linee della legge delega prospettata si snodano in tre direzioni principali: l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle *Adr*, in particolare della mediazione e della negoziazione; la semplificazione del procedimento di mediazione e la razionalizzazione della disciplina complessiva delle *Adr*; il potenziamento degli incentivi fiscali.

2. — Il progetto di riforma punta sull'ampliamento delle ipotesi di controversie che saranno collocate nella c.d. mediazione obbligatoria, estendendo il campo del tentativo di mediazione come condizione di procedibilità. Il progetto si pone, dunque, in una prospettiva di parziale continuità con le scelte del legislatore con il d.lgs. n. 28 del 2010, in quanto accoglie l'impostazione di fondo fatta propria da quel decreto, migliorandola e potenziandola. Il punto di partenza è pertanto costituito dal modello di mediazione generale e unitaria introdotta nel 2010 per le controversie civili e commerciali, a séguito della necessità di recepire il contenuto di una

(4) Per tutti, TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in *Ars interpretandi*, 2004, pp. 97-112; se si vuole, GAMBÀ, *Emersione del conflitto e criterio di rilevanza nel ragionamento giuridico. Processo e mediazione a confronto*, in *Ars interpretandi*, 2010, p. 149 ss.; per un quadro generale si v. altresì SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in questa rivista, 1, 1999, pp. 321-337.

specifica direttiva europea n. 52 Ce del 21 maggio 2008 ⁽⁵⁾. Ad orientare la commissione è stata più specificamente l'esperienza concreta, successiva all'introduzione dell'istituto e monitorata dalle rilevazioni ministeriali. In considerazione delle statistiche e dei dati raccolti nell'ambito di progetti distrettuali, giudicati positivi e indicativi, si è ritenuto di estendere l'obbligatorietà del tentativo alle materie nelle quali è previsto il primo incontro di mediazione come condizione di procedibilità. In quest'ottica, sono state prescelte e aggiunte materie "che per la natura del rapporto controverso, e per il sostegno diffuso che la proposta incontra presso gli operatori risultano particolarmente compatibili con la negoziazione del conflitto guidata dal professionista mediatore e con la presenza indispensabile degli avvocati". Il riferimento è alle controversie relative ai contratti di agenzia, associazione in partecipazione, consorzio, *franchising*, opera, rete, somministrazione, società di persone, subfornitura, fatti salvi i casi per i quali la legge preveda altre procedure obbligatorie di soluzione stragiudiziale delle controversie, rivedendo la formulazione del comma 1°-bis, art. 5, d.lgs. n. 28 del 2010.

Nella stessa prospettiva di ampliamento dei metodi alternativi, il progetto di riforma prevede la possibilità di ricorrere alla mediazione e alla negoziazione assistita nelle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. con gli effetti previsti dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., senza che le stesse costituiscano condizione di procedibilità dell'azione. Sul fronte delle controversie di lavoro il legislatore ha, in una certa misura, preso atto della linea della decostruzione delle tutele del lavoro attuata sul piano del diritto sostanziale con le riforme che si sono avvicinate nell'ordinamento italiano, in particolare a partire dal 2010 in poi: la soluzione negoziale-transattiva, secondo la visione del progetto di riforma improntata alla complementarità, è apparsa pertanto la più congrua per evitare lungaggini processuali, anche in una prospettiva di sostegno alla posizione del lavoratore, parte economicamente debole della controversia. Come si legge nella relazione, "consentire ai datori di lavoro e ai lavoratori, assistiti dai rispettivi avvocati, di ricercare l'accordo in sede nego-

⁽⁵⁾ In generale, per un commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, con ampia ricostruzione del modello unitario di mediazione, si rinvia al *Commentario breve al c.p.c.*, a cura di Carpi e Taruffo, *sub* appendice V, e alle citazioni bibliografiche generali ivi richiamate nei commenti.

ziale e laddove necessario con l'ausilio del mediatore, terzo imparziale, mira a tutelare tutte le parti della controversia. La funzionalità e rapidità dei percorsi complementari alla giurisdizione riduce le possibilità di inasprimento dei conflitti, la cui valenza trascende i casi singoli e appare particolarmente auspicabile in un periodo di difficoltà e potenziale crescita delle tensioni sociali. La misura è coerente con l'obiettivo perseguito dalla delega, insieme alla maggiore efficienza del processo civile". Ovviamente, in un'ottica che non accetti la teoria della complementarità poc'anzi citata, la scelta potrebbe essere oggetto di discussione.

Il terzo elemento preposto all'ampliamento dell'ambito della mediazione è costituito dalla presenza rafforzamento della mediazione delegata dal giudice. La scelta è pregevole in quanto fa tesoro di una esperienza sperimentale positiva avviata dalla prassi di taluni uffici giudiziari. La commissione ha ritenuto che possa essere auspicabile l'inserimento stabile nell'ufficio del processo di nuovo personale qualificato con il compito di collaborare allo studio della controversia, di predisporre i provvedimenti giudiziari, di affiancare il giudice in vista di una gestione differenziata del contenzioso, mediante il ricorso alla mediazione demandata nonché ad altre forme di risoluzione consensuale della controversia. Al punto *h*) del progetto si prevede infatti di "valorizzare e incentivare la mediazione demandata dal giudice di cui all'art. 5, comma 2°, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in un regime di collaborazione necessaria fra gli uffici giudiziari, l'università, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio che realizzi stabilmente la formazione degli operatori, il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziari che demandano le parti alla mediazione".

Mentre i primi due elementi si pongono nella prospettiva di "erosione" del campo della tutela giurisdizionale a favore dei metodi alternativi, imprimendo una accelerazione alla prospettiva della risoluzione dei conflitti, coerente con l'impostazione ideologica che pervade il progetto, il terzo elemento mira a rafforzare i metodi alternativi posti però maggiormente "sotto il controllo" del giudice. La scelta punta positivamente a coinvolgere attivamente l'ufficio del processo, affiancando il giudice di esperti di mediazione laureati in giurisprudenza. Il rafforzamento della mediazione delegata è completato da incentivi per il giudicante dal punto di vista della valuta-

zione della sua professionalità: il principio prevede, in particolare, il criterio secondo cui dovranno risultare tracciabili attraverso il sistema informativo contenzioso civile distrettuale (Sicid) i provvedimenti giudiziari che demandano alla mediazione al fine del compimento della lite, utili anche al fine della valutazione di professionalità del giudice.

Infine, sempre nell'ottica dell'estensione delle *Adr*, si è previsto di incentivare la partecipazione della pubblica amministrazione, anche secondo i principi già espressi nell'art. 21, comma 2°, d.l. 16 luglio 2020, n. 76. Pertanto, il progetto di riforma prevede che in relazione al procedimento di mediazione la responsabilità dei soggetti che sottoscrivono un accordo di conciliazione e che sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1 l. 14 gennaio 1994, n. 20, sia limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente sia da lui dolosamente voluta e che detta limitazione di responsabilità non debba applicarsi per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente. Ovviamente, aver inciso sul piano della responsabilità andando a definire i limiti della stessa, anche alla luce delle norme previgenti, costituisce un ottimo percorso per l'estensione delle procedure di mediazione nelle controversie che vedono parte la pubblica amministrazione.

3. — La terza direttiva che orienta il disegno di legge è riassumibile nell'endiadi "armonizzazione e semplificazione". Sotto il primo profilo, la stratificazione successiva delle riforme che, nel corso degli anni, hanno introdotto progressivamente nell'ordinamento metodi stragiudiziali di composizione delle controversie ha dato origine ad un complesso sistema che necessita da tempo di un riordino complessivo, con un'opera di razionalizzazione. Correttamente, il principio fissato mira, pertanto, all'armonizzazione delle normative favorendone la raccolta in un testo unico che risponda a criteri di uniformità, chiarezza e semplificazione.

Sul fronte della "semplificazione" della procedura di mediazione, invece, le linee di intervento sono plurime e sono caratterizzate da un comune denominatore: la volontà di rendere più efficaci i passaggi pregnanti della procedura "alternativa", allo scopo di

porre le parti e il mediatore in grado di trarre il massimo vantaggio possibile in ordine al potenziale raggiungimento di un esito positivo. Entrano in quest'ottica il potenziamento del primo incontro di mediazione e la rafforzata partecipazione al procedimento delle parti confliggenti. La "ridefinizione" del primo incontro di mediazione, nelle aspirazioni del progetto, rafforza l'efficacia della mediazione e la consapevole scelta delle parti di procedere nei successivi incontri, nel rispetto dei principi costituzionali⁽⁶⁾. A tal fine si è scelta la linea del supporto economico incentivante a sostegno di un passaggio procedurale importante, quello del primo incontro tra le parti e il mediatore. Prevedendo un'indennità calmierata sulla base del valore della lite per lo svolgimento del primo incontro che possa essere totalmente deducibile come credito d'imposta e quindi gratuito per le parti, secondo i redattori si produrrebbe un doppio vantaggio: il primo incontro con il mediatore si può svolgere effettivamente a fronte di un'indennità calmierata e totalmente deducibile dalle parti come credito d'imposta; a séguito del primo incontro svolto in modo effettivo, inoltre, le parti, rese maggiormente consapevoli della potenzialità del percorso alternativo, possono decidere se proseguire volontariamente con ulteriori incontri di mediazione. In tal modo le parti sono libere di avvalersi dell'attività del mediatore, ma dovrebbero essere sicuramente molto più incentivate a proseguire la strada della procedura alternativa. La scelta è da giudicarsi in modo positivo in quanto l'intervento consentirebbe di uscire dall'ambiguità del primo incontro "neutro" che si svolge attualmente, spesso sospeso tra l'adempimento formale vuoto e il semplice "step" di passaggio, ricorrendo ad un incentivo fiscale e al pieno coinvolgimento del mediatore senza gravare economicamente sulle parti.

La partecipazione personale dei soggetti che sono i veri portatori degli interessi in conflitto è stata considerata un altro punto

⁽⁶⁾ Sul primo incontro di mediazione e sui problemi dallo stesso generati, senza pretesa di completezza, si v.: DALFINO, "Primo incontro", *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, in *Foro it.*, 2019, 1, c. 3259 ss.; ZANELLO, *Il primo incontro di mediazione: una mera formalità di carattere notarile o uno snodo sostanziale decisivo per la definizione della controversia?*, in *Foro it.*, 2017, 1, c. 1095 ss.; RATTI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2 bis, d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 562 ss.

passibile di intervento a fini rafforzativi dei metodi alternativi. La mediazione è un contesto di costruzione fondato sui reali interessi delle parti della lite e, in questa ottica, uno dei punti di forza dell'istituto è rappresentato proprio dalla sua potenzialità di ampliare il *parterre* degli interessi in gioco, anche oltre quelli direttamente coinvolti dalla controversia, per addivenire ad un accordo (eventualmente “allargato”) che rappresenti una soluzione favorevole per entrambi i litiganti. Questo profilo rappresenta, da sempre, il punto di forza delle procedure di mediazione e conciliazione, secondo la dottrina convintamente assertrice delle *Adr* (7). Il tema è stato oggetto di studio in analisi teorico-generalì (8): la capacità di far emergere il “vero conflitto” costituisce una delle connotazioni tipiche della mediazione in tutte le sue differenti manifestazioni. In altri termini, le procedure di mediazione/conciliazione sarebbero dotate dell'idoneità (potenziale) di identificare i reali interessi delle parti, facendoli emergere in funzione del tentativo di addivenire ad un accordo realmente conforme alle esigenze delle parti in conflitto. E ciò costituirebbe un tratto caratterizzante non solo della mediazione basata sugli interessi, ma anche nei modelli valutativi o aggiudicativi di mediazione, nei quali assume importanza il confronto con le posizioni delle parti (9).

La mediazione appare come un contesto nel quale vi sarebbe la

(7) Questo profilo della conciliazione-mediazione viene sottolineato in modo costante nell'elaborazione dottrinale: sul punto, senza pretesa di completezza, si v., ad esempio, MOORE, *The mediation process*, San Francisco, 1986, pp. 71 ss., 200 ss.; MENKEL-MEADOW, *Pursuing Settlement In An Adversary Culture: A Tale of Innovation Coopted or 'The Law of ADR'*, in *Florida State University Law Review*, 19, 1991, pp. 2 ss., 12 ss.; CHAYKIN, *Selecting the Right Mediator*, in *Dispute Resolution Journal*, 49, 1994, pp. 58-65; NELA, *Tecniche della mediazione delle liti*, in questa rivista, 2003, pp. 1017-1035; A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano 2007, pp. 151-165; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (« Alternative Dispute Resolution »)*, in *Foro it.*, V, 2003, cc. 165-175; A. UZQUEDA, *Come conciliare*, in Giacomelli (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003, p. 95-134; in chiave comparatistica, con un'analisi sulla “forza di fatto” degli interessi, PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, p. 51 ss.

(8) Per tutti, CUOMO-ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, in part. p. 407 ss.; si v. anche *infra*.

(9) In questo senso, espressamente, NELA, *Tecniche della mediazione delle liti*, cit., pp. 1034-1035; CUOMO-ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., pp. 436-439, ove si mettono in evidenza le caratteristiche dei diversi modelli di conciliazione-mediazione.

possibilità di mettere le parti in condizione di oltrepassare il livello formale rappresentato dai limiti della domanda, dando spazio ad un più ampio lavoro compiuto sugli interessi che si pongono sullo sfondo della domanda stessa. Coerentemente, la costruzione della soluzione del conflitto avviene in modo “conversazionale”, ossia aprendo a tutti quegli aspetti che, pur essendo esclusi dalla norma giuridica da applicarsi al caso concreto, risultano comunque rilevanti agli occhi delle parti e in vista della soluzione del conflitto ⁽¹⁰⁾. Le caratteristiche della mediazione ora individuate si traducono in una vera e propria indicazione di metodo circa il modo in cui il mediatore è chiamato ad operare. “Focalizzare gli interessi e non le posizioni” continua a rimanere uno dei dettami fondamentali che devono ispirare l’attività del conciliatore, sia pur modulato a seconda del modello di conciliazione che viene in considerazione ⁽¹¹⁾; più specificamente, come si sottolinea, il compito del mediatore sia quello di favorire la riformulazione del conflitto in termini cooperativi, allo scopo di indurre le parti a ragionare sugli interessi e sulle esigenze che devono essere soddisfatte per risolvere il conflitto ⁽¹²⁾.

In sostanza, l’apertura verso i reali interessi delle parti e, più in generale, l’emersione della più ampia articolazione del conflitto porrebbero potenzialmente le basi per la costruzione di soluzioni più articolate per il conflitto stesso, rivolte al futuro e tendenzialmente pacificatrici in modo definitivo del contrasto insorto tra la parti. La dottrina apologetica delle *Adr* presenta queste capacità potenziali e inclusive della mediazione come notevolmente più accentuate rispetto alle capacità proprie del processo. Ferma la critica in ordine

⁽¹⁰⁾ Da considerare, su questi profili, le osservazioni di CUOMO-ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., pp. 418-419 e di MENKEL-MEADOW, *Pursuing Settlement In An Adversary Culture*, cit., p. 4, ove si afferma che i risultati ottenuti con gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, oltre a dare una risposta agli interessi e ai bisogni delle parti, sono “fairer, more sensitive to the complex needs of the parties, and more likely to be followed”.

⁽¹¹⁾ La “direttiva” che deve ispirare l’attività del mediatore, cui si fa riferimento nel testo, emerge da uno dei testi fondativi della negoziazione creativa: FISHER-W. L. URY-B. PATTON, *L’arte del negoziato*, trad. it. di A. Giobbo, Milano, 2007, pp. 33-134; CUOMO-ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 414, riassume le seguenti direttive rivolte al mediatore: 1) metti a fuoco gli interessi e non le posizioni; 2) separa le persone dal problema; 3) moltiplica le opzioni per il reciproco soddisfacimento; 4) insiste sull’uso di criteri oggettivi.

⁽¹²⁾ CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996, pp. 52, 60.

a queste ultime affermazioni, che devono essere notevolmente ridimensionate per ragioni che si sono espone in altra sede⁽¹³⁾, la mediazione potrebbe essere veramente in grado di esplicitare queste capacità purché si svolga in un contesto di reale ed effettivo coinvolgimento delle parti portatrici degli interessi. Ampliare la c.d. torta negoziale è attività che un mediatore di buon livello può tentare di praticare solo allorché siano effettivamente coinvolti i confliggenti ai quali fanno capo gli interessi, soggetti che devono essere presenti personalmente con partecipazione attiva alla procedura. Per questa ragione — nell’ottica di valorizzare quelle che sono considerate le peculiarità positive dell’istituto — è da salutare con favore il fatto che il progetto di riforma, al fine di favorire la partecipazione personale delle parti, abbia ritenuto opportuno esplicitare che la possibilità di delega deve essere limitata ai casi di impossibilità alla comparizione personale e su procura speciale sostanziale affidata a un soggetto che deve essere a conoscenza dei fatti e degli interessi della parte: e tutto ciò per favorire un reale confronto sul conflitto.

A parziale attenuazione e depotenziamento della scelta effettuata e commentata poc’anzi, tuttavia, va segnalato il criterio che riguarda la mediazione svolta telematicamente. La commissione ha ritenuto opportuno valutare lo sviluppo della mediazione in videoconferenza, sperimentata nel corso della “crisi sanitaria”, modello a distanza che potrà essere utilmente praticato anche in futuro, soprattutto laddove vi siano esigenze di contenimento di tempi e costi a causa della distanza delle parti o degli avvocati. In questo senso, il terzo criterio intende portare alla stabilizzazione delle disposizioni emergenziali emanate per lo svolgimento della mediazione in via telematica. Fermi gli indubbi vantaggi sul piano dei tempi e dei costi, non si può non sottolineare come lo strumento telematico vada a comprimere la dimensione comunicativa dell’attività del mediatore nei confronti delle parti. La conduzione degli incontri di mediazione richiede una attenta percezione del comportamento e degli atteggiamenti dei confliggenti allo scopo di consentire al mediatore di adottare, laddove sia opportuno, tecniche di comunicazione strategiche e funzionali a rendere meno accidentale la via di un possibile

⁽¹³⁾ GAMBÀ, *Emergenza del conflitto e criterio di rilevanza nel ragionamento giuridico*, cit. p. 149 ss.

accordo. È inevitabile che lo strumento telematico e l'opzione a distanza compromettano, almeno in parte, il piano comunicativo, eliminando l'immediatezza dell'incontro e la presenza di un contatto diretto dei soggetti coinvolti nella procedura.

Per quanto attiene al criterio secondo cui le parti possano convenire, al momento della nomina dell'esperto ai sensi dell'art. 8, comma 4°, d.lgs. n. 28 del 2010, che la relazione tecnica possa essere acquisita nel corso dell'eventuale successivo giudizio, fermo restando il potere del giudice in ordine alla sua valutazione, all'eventuale rinnovo del giuramento, all'integrazione dei quesiti, si possono proporre alcune osservazioni. La scelta ha una duplice valutazione, in quanto se è conforme a criteri di economia delle attività, inevitabilmente urta contro la natura di gestione di interessi in conflitto tipica delle procedure alternative. Andando ad "avvicinare", tendenzialmente, mediazione e processo, si potrebbe verificare una sovrapposizione non commendevole, con risvolti non positivi sul contesto della procedura alternativa.

Una leva sulla quale l'efficacia dei tentativi di mediazione dovrebbe riposare è l'irrigidimento delle conseguenze "sanzionatorie" conseguenziali alla inottemperanza degli obblighi con particolare riferimento alle sanzioni. Il principio prevede la revisione della disciplina delle conseguenze processuali legate alle ipotesi di mancata partecipazione senza giustificato motivo alla mediazione o di mancata accettazione della proposta, anche con riferimento alla disciplina delle spese processuali ed alle disposizioni di cui all'art. 96, comma 3°, c.p.c.

La commissione ha infine ritenuto di attribuire emersione normativa a un principio di diritto fissato dalle sezioni unite della Cassazione, a mente del quale nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1°-bis, d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1°-bis conse-

guirà la revoca del decreto ingiuntivo ⁽¹⁴⁾. L'intervento delle sezioni unite ha composto un contrasto giurisprudenziale manifestatosi a più riprese. A questa stregua un quinto criterio prevede la precisazione sull'onere di attivare la mediazione a séguito dei procedimenti speciali, in particolare chiarendo definitivamente l'obbligo a carico dell'opposto nella mediazione a séguito dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

4. — La leva rappresentata dagli incentivi fiscali è stata considerata giustamente come un punto strategico e di particolare importanza da parte della commissione per dare impulso all'impiego di metodi alternativi. I principi contenuti nel progetto di legge delega, alle lettere, *a*) e *d*) hanno infatti lo scopo di rafforzare e semplificare gli incentivi già previsti agli artt. 17 e 20, d.lgs. n. 28 del 2010, e in parte non attuati. La commissione si è posta ancora una volta in linea di continuità con il legislatore del 2010, il quale, all'epoca, in funzione "compensativa" rispetto alla introdotta obbligatorietà della mediazione, nonché al fine di mettere in campo incentivi fiscali che potessero far decollare l'istituto, aveva introdotto articolate forme di agevolazione di carattere fiscale ⁽¹⁵⁾. La commissione ha ritenuto di rafforzare i benefici già esistenti, attuando aggiustamenti e semplificazioni significative. Le linee di intervento progettate sono plurime, in quanto si prevede che la legge delega debba "incrementare e semplificare il regime degli incentivi economici e fiscali di cui agli artt. 17 e 20 cit., per le parti che partecipano alle procedure di mediazione", ma, in particolare, sono da menzionare l'estensione dell'esenzione dall'imposta di registro, aumentando da 50.000,00 a 100.000,00 euro il limite del valore entro il quale il verbale di accordo in mediazione è esente da imposta di registro. Inoltre, grande "fiducia" nell'incentivare il ricorso alla mediazione è stata riposta nella semplificazione del riconoscimento del credito di imposta di cui all'art. 20 cit., con estensione della esenzione alle spese di assistenza dell'avvocato in mediazione e alle stesse spese di mediazione. Del potenziamento mediante beneficio fiscale del primo

⁽¹⁴⁾ Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19596, in *Imm. e propr.*, 2020, p. 597, con nota di MONEGAT; in *Corr. giur.*, 2020, p. 1282; in *Foro it.*, 2020, 1, c. 3424.

⁽¹⁵⁾ Su questi profili si v. BEIA, *Commento agli artt. 17, 20-21, d.lgs. 4 marzo 2010*, in *Commentario breve al c.p.c.*, a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 2018.

incontro di mediazione si è già detto poc'anzi. Meno determinanti, in quanto avranno un impatto complessivo prevedibilmente più lieve, ma altrettanto degne di nota sono le ulteriori misure di intervento, che vanno dalla estensione del rimborso parziale o totale del contributo unificato già corrisposto dalle parti, a séguito di una mediazione conclusa con successo relativa alla causa in corso, al riconoscimento del patrocinio a spese dello Stato per le spese di assistenza legale nella procedura di mediazione per gli aventi diritto, e al rimborso, anche sotto forma di credito d'imposta, agli organismi di mediazione per le prestazioni svolte a favore dei soggetti che beneficiano del gratuito patrocinio. Gli incentivi fiscali dovrebbero poi essere accompagnati da un impegno finanziario consistente in un pacchetto di risorse piuttosto cospicuo, finalizzato a superare la logica delle riforme a costo zero e idoneo a incentivare realmente il ricorso agli strumenti alternativi.

5. — Una valutazione d'insieme relativamente al progetto di riforma in materia di mediazione conduce ad alcune sintetiche considerazioni. Mettere sullo stesso piano mediazione e processo, in funzione della migliore amministrazione della giustizia, non deve far perdere di vista la profonda distinzione di carattere strutturale già accennata. La mediazione e le *Adr* sono metodi di risoluzione dei conflitti e non strumenti di tutela dei diritti: e questo comporta che il processo e la mediazione — la seconda in alternativa al primo — non possano essere accreditati come strumenti intercambiabili di giustizia. La ritualità del processo è connaturata al suo essere strumento di tutela dei diritti, e non solo metodo di risoluzione dei conflitti. Tuttavia, tutelare i diritti è qualcosa di costoso, in termini di tempo e di attività richieste: per questo motivo le ragioni economiche del libero mercato sono inclini ai metodi di risoluzione dei conflitti, che ostacolano meno la velocità dei rapporti economici. Spostare l'asticella verso la risoluzione del conflitto significa ovviamente erodere potenzialmente il piano contrapposto⁽¹⁶⁾. In ogni

⁽¹⁶⁾ Il rapporto problematico tra la conciliazione-mediazione e la tutela dei diritti si rinvia altresì alle considerazioni, svolte in chiave critica o problematica, da TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, cit., p. 97; da E. SILVESTRI, *La tutela dei diritti nella prospettiva della conciliazione e della mediazione*, in *Dem. e dir.*, 2005, p. 56. Il punto è affrontato altresì da LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei*

caso, va ribadito l'apprezzamento per la dichiarazione esplicita dei presupposti ideologici di "complementarietà" ai quali si informa il progetto, ciò che consente una lettura chiara delle proposte di riforma da trasfondersi nella legge delega, apprezzabile anche per chi non sia del tutto in linea con gli assunti ideologici posti dalla commissione. Inoltre, gli interventi progettati, coerentemente iscritti nella impostazione generale dichiarata, laddove rimodulano la procedura di mediazione razionalizzandola e rafforzandola, sono mirati e calibrati, e vanno a incidere in modo efficace sulla disciplina della mediazione già esistente, potenziandola in senso positivo. Va da sé che la scommessa del progetto, ovviamente, non si gioca soltanto sul piano degli interventi relativi ai metodi alternativi istituzionalizzati, ma altresì sul piano della riforma del processo: perché soltanto un quadro di tutela giurisdizionale che funzioni realmente, fornendo tutela giurisdizionale effettiva in tempi rapidi, consentirebbe alla stessa mediazione di essere altrettanto efficace.

Più in generale, il progetto va anche considerato nella prospettiva generale di evoluzione della giustizia, che si dirige verso una progressiva "demolizione" dello stesso rituale processuale. La velocità, l'efficienza, la deformalizzazione connesse alla telematizzazione del processo e alla digitalizzazione sempre più ampie — profili che hanno subito una forte accelerazione a séguito della crisi sanitaria — vanno inevitabilmente verso una decostruzione del rito processuale, ciò che "avvicinerà" sempre di più il processo alle *Adr*, mentre il cyberspazio, con gli *smart contracts*, i registri distribuiti e la "regola tecnologica", tenderà sempre di più di affrancarsi da qualunque strumento istituzionale di risoluzione delle controversie, ricorrendo a metodi di risoluzione dei conflitti privati, autonomi e indipendenti sulle piattaforme tecnologiche. In questa evoluzione, che tende a creare una alternativa assoluta ai metodi istituzionali, probabilmente incidere sulla disciplina dei metodi alternativi istituzionalizzati, rafforzandoli, ha un suo indubbio valore di "protezione" dell'apparato istituzionale di giustizia nei confronti dello "tsunami tecnologico" che, in un futuro prossimo, potrebbe comportare la demolizione pressoché completa dei metodi istituzionali

diritti, cit., p. 1021, sia pure in una determinata ottica; in prospettiva parzialmente differente, con una particolare attenzione ai differenti modelli di mediazione-conciliazione, si v. CUOMO-ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 436-458.

di risoluzione dei conflitti in larghi settori di rapporti giuridici ed economici ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ Su questi aspetti, se si vuole, si v. GAMBA, *La smaterializzazione della giustizia e la demolizione del rituale del processo*, in *Società e diritti*, 2021, p. 221.