

“L’ESPRIT DE LA MÉDIATION”.  
LA RIFORMA ITALIANA DELLA MEDIAZIONE, LE SOLLECITAZIONI  
DEL MODELLO FRANCESE E LE BUONE PRASSI  
SUI TEMI DELLA MEDIA-CONCILIAZIONE

Ilaria Ferlito\*

*“La nostra società ha un gran bisogno di imparare a ricomporre i conflitti. Sono profondamente convinta che imparare a disinnescare il potenziale esplosivo del conflitto prima che deflagri e offrire strumenti giuridici per farlo, sia, oltre che un bene in sé, il più efficace contributo alla modernizzazione della macchina della giustizia che potremo consegnare alle generazioni future”<sup>1</sup>.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la follia del giudizio e lo spirito della mediazione. – 2. La relazione finale del “*Groupe de travail sur la médiation devant la Cour de cassation*”: lo sviluppo della mediazione dinanzi alla Suprema Corte. – 3. Le ADR nei moduli organizzativi del processo civile e nella programmazione del “Piano Nazionale di ripresa e resilienza” (PNRR). – 4. Un’ulteriore linea di intervento: la possibilità della parte di partecipare alla mediazione per mezzo di un rappresentante. – 5. “La cultura della mediazione e la mediazione come cultura”: la mediazione demandata dal giudice. – 6. Osservazioni conclusive: la mediazione, “strumento di resilienza” delle persone.

**1. Introduzione: la follia del giudizio e lo spirito della mediazione.**

L’emergenza pandemica e la generale crisi economica conseguita hanno provocato la necessaria risposta dell’Unione europea, che è apparsa fiduciosa nel tessere, attraverso il *Next Generation EU*, le maglie della società europea del futuro, ispirata da un risveglio geopolitico, volta a costruirsi attorno a imponenti investimenti ed ampie riforme che si intersecano per realizzare la transizione ecologica e digitale<sup>2</sup>. In quelle maglie, il Governo Draghi ha inserito la progettazione e la successiva attuazione del PNRR – «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza», l’approvazione del quale vuol incoraggiare l’opera di modernizzazione del nostro Paese secondo vari profili, tra cui quello giudiziario ed economico. Le raccomandazioni Ue che riguardano la

---

\* Dottore di ricerca in “Comparazione e diritti della persona”, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli studi di Salerno; abilitata alle funzioni di professore universitario di seconda fascia in Diritto privato comparato.

<sup>1</sup> È quanto affermato dalla Ministra Marta Cartabia, nella descrizione del filo conduttore della riforma della giustizia delineata dal PNRR.

<sup>2</sup> Cfr. M.R. COVELLI e D. SALARI, *Il PNRR e le politiche di genere. Prime riflessioni*, in *Giudicedonna.it*, n. 1/2021 ([www.giudicedonna.it/articoli/Il\\_PNRR\\_e\\_le\\_politiche\\_di\\_genere.pdf](http://www.giudicedonna.it/articoli/Il_PNRR_e_le_politiche_di_genere.pdf)).

giustizia – il riferimento è alle *Country Specific Recommendations* del 2019<sup>3</sup> ed anche del 2020<sup>4</sup> – si concentrano sulla riduzione della durata dei processi civili in tutti i gradi di giudizio, continuando la scarsa efficienza del sistema giudiziario civile italiano a destare preoccupazione: le più recenti stime sulla durata dei processi preparate dalla CEPEJ (*European Commission for the Efficiency of Justice*) del Consiglio d'Europa, basate sul c.d. “*disposition time*” (inteso quale rapporto tra casi pendenti finali e casi definiti in un anno)<sup>5</sup>, indicano una durata media dei processi civili che arrivano al terzo grado di giurisdizione stimata, al 2016, in 8 anni e 1 mese in Italia, contro 3 anni e 4 mesi in Francia, 2 anni e 8 mesi in Spagna e 2 anni e due mesi in Germania – alla lentezza del processo di cognizione, si aggiunge la lunghezza e l'inefficienza dei procedimenti esecutivi e delle aste giudiziarie ancora non efficienti ai fini dell'incontro della domanda con l'offerta (delle procedure)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell'Italia*, Bruxelles, 5.6.2019 COM(2019) 512 final, 27 (par.), 11-12, ove: “la scarsa efficienza del sistema giudiziario civile italiano continua a destare preoccupazione. Nel 2017 il tempo necessario per definire i contenziosi civili e commerciali in Italia era ancora il più lungo dell'UE in tutti i gradi di giudizio. Sebbene la durata dei procedimenti sia aumentata nel primo grado di giudizio rispetto al 2016, le riforme passate cominciano a incidere positivamente sulla durata dei processi nei gradi di giudizio superiori, ma rimane ancora margine per limitare gli abusi del processo e garantire un funzionamento più efficiente dei tribunali. Presso la Corte suprema di Cassazione l'elevato numero di cause in entrata, combinato ai tassi di smaltimento inferiori della sua sezione tributaria, incide negativamente sull'efficienza generale della Corte e solleva preoccupazioni per la qualità del sistema della giustizia tributaria nel primo e secondo grado di giudizio. Nel complesso, norme procedurali più semplici fatte rispettare adeguatamente potrebbero contribuire ad accelerare in modo decisivo i processi civili. A tale riguardo è stata annunciata una riforma per semplificare la procedura civile, che però non è ancora stata presentata al Parlamento. Altre difficoltà sono connesse all'utilizzo tuttora limitato e incoerente del filtro di inammissibilità per gli appelli al giudice di secondo grado, ai numerosi posti vacanti per il personale amministrativo e alle differenze che persistono tra i tribunali per quanto riguarda l'efficacia della gestione dei casi”.

<sup>4</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, Bruxelles, 20.5.2020 COM(2020) 512 final, 24 (par.), 8, ove, parimenti: “Un'amministrazione pubblica efficace è cruciale per garantire che le misure adottate per affrontare l'emergenza e sostenere la ripresa economica non siano rallentate nella loro attuazione. L'erogazione delle prestazioni sociali, le misure a sostegno della liquidità, l'anticipazione degli investimenti, ecc. potrebbero non essere efficaci se ostacolate da impedimenti nel settore pubblico. Tra le carenze figurano la lunghezza delle procedure, tra cui quelle della giustizia civile, il basso livello di digitalizzazione e la scarsa capacità amministrativa. Le procedure e i controlli devono essere attuati rapidamente, in un contesto in cui vengono significativamente incrementate le risorse pubbliche a sostegno dell'attività economica. Prima della crisi la digitalizzazione nelle amministrazioni pubbliche era disomogenea. L'interazione online tra le autorità e la popolazione era modesta e rimane bassa la percentuale di procedure amministrative gestite dalle regioni e dai comuni che possono essere avviate e portate a termine interamente in modo elettronico. La crisi ha inoltre messo in luce la mancanza di interoperabilità dei servizi pubblici digitali. Per aumentare la capacità della pubblica amministrazione di rispondere alle esigenze delle imprese occorre migliorare e semplificare le normative settoriali, rimuovendo, nel contempo, gli ostacoli alla concorrenza. Infine, un sistema giudiziario efficiente è fondamentale per un'economia attraente e propizia agli investimenti e all'imprenditoria e sarà fondamentale nel processo di ripresa, anche mediante l'attivazione di quadri efficienti per il salvataggio e il rilancio”.

<sup>5</sup> L'indicatore *Disposition Time* (DT) – utilizzato a livello europeo, ai fini della pubblicazione del Rapporto della Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej) e dello *EU Justice Scoreboard* della Commissione europea – misura il tempo medio prevedibile di definizione dei procedimenti confrontando lo stock di pendenze alla fine dell'anno con il flusso dei procedimenti definiti nell'anno:  $DT = 365 * (\text{Pendenti} / \text{Definitivi} - 1, t)$ .

<sup>6</sup> Forte dell'approvazione del pacchetto giustizia – civile e penale – il ministero della Giustizia, al cui ministro spettano l'organizzazione e il funzionamento dei relativi servizi *ex art.* 110 Cost. – il dicastero della ministra Carabia, per il tramite del suo Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi, ha adottato una nota circolare della Direzione generale di statistica e analisi organizzativa, col preciso intento di fornire alcune specifiche in merito alla metodologia di calcolo degli indicatori di raggiungimento degli obiettivi quantitativi – *target* – negoziati con la Commissione Europea nell'ambito del piano nazionale di ripresa e resilienza

Gli interventi di riforma processuale e, insieme, ordinamentale consegnano la chiave per accedere ad una giustizia che mantenga la promessa costituzionale sulla trasparenza e sulla prevedibilità della durata di procedimenti civili e penali. Del resto, rinviene radici nella stessa cultura costituzionale europea il valore dell'efficienza dell'amministrazione della giustizia, da attuarsi mediante "rimedi giurisdizionali effettivi" per la tutela dei diritti, specie dei soggetti più deboli: il principio di buon andamento dell'amministrazione – sul piano dei significati, di volta in volta, identificato con la predisposizione di strutture e moduli di organizzazione volti ad assicurare un'ottimale funzionalità<sup>7</sup>; o rappresentato come obiettivo di tempestività ed efficienza o come esigenza generale di efficienza dell'azione amministrativa<sup>8</sup>; o definito "principio di efficienza"<sup>9</sup>; o inteso come economicità di gestione e contenimento dei costi dei servizi pubblici<sup>10</sup> – costituisce il «vero cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale»<sup>11</sup>. Si comprende, peraltro, l'incidenza del settore giustizia, laddove ben funzionante, nell'accelerazione dell'economia di un Paese, parandosi al contrario la lentezza del sistema giudiziario quale ostacolo difficilmente sormontabile per gli investimenti e la competitività delle imprese. Se nel dibattito pubblico italiano i tempi della giustizia e quelli dell'economia hanno sovente avuto unità di misura diverse, come se non esistesse alcuna correlazione – ciò ha indotto l'equivoco che la ricerca della piena efficienza nell'esercizio della giurisdizione andasse a discapito dell'accertamento dei fatti, delle responsabilità, e dunque dell'equità –, in realtà, la lentezza appare essere il vero nemico, tant'è che la *business community*, – talvolta incline a proporre eccessive semplificazioni o a ventilare comode scorciatoie nel segno dell'attrattività dei capitali – richiede da tempo, con domanda pressante, una rivisitazione di tempi e procedure, *id est* una profonda riforma della giustizia, anche e soprattutto nel segno dell'efficienza.

Affrontare seriamente il problema di come garantire una giustizia più effettiva – più giusta e resa in tempi ragionevoli – significa, però, impiantare una soluzione organica: affidandosi sì alle riforme, ma contemporaneamente ponendo in campo progetti mirati. Negli obiettivi fondamentalmente dati per i progetti e le riforme da dedicare al settore giustizia<sup>12</sup>, si chiede alla

---

(P.N.R.R.). Cfr. Circolare 12 novembre 2021, [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_8\\_1.page?contentId=SDC354365](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?contentId=SDC354365).

<sup>7</sup> Corte cost., 22 ottobre 1985, n. 234.

<sup>8</sup> Corte cost., 17 dicembre 1997, n. 404.

<sup>9</sup> Corte cost., 19 marzo 2007, n. 104.

<sup>10</sup> Corte cost., 8 febbraio 1991, n. 60 e Corte cost., 14-22 ottobre 1992, n. 356.

<sup>11</sup> Corte cost., 4 dicembre 1968, n. 123.

<sup>12</sup> Si vedano, in relazione alla Rif. 1.4: Riforma del processo civile, le seguenti misure previste nella programmazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza: M1C1-29 (con scadenza T4 2021), avente quale obiettivo (secondo quanto previsto dal CID e relativo Allegato e quanto previsto nel meccanismo di verifica dei corrispondenti *Operational Arrangement*) l'entrata in vigore della legislazione attuativa per la riforma del processo civile; M1C1-36 (con scadenza T4 2022) circa l'entrata in vigore di tutti gli atti delegati il cui contenuto è indicato nella legislazione attuativa per la riforma del processo civile; M1C1-37 (con scadenza T2 2023) per il completamento dell'adozione di tutti i regolamenti e delle fonti di diritto derivato necessari per l'effettiva applicazione delle leggi attuative per le riforme della giustizia (Allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio in oggetto, concordato dal gruppo dei consiglieri finanziari, sulla base della proposta della Commissione COM(2021) 344, Bruxelles, 8 luglio 2021).

giustizia civile di flettere i suoi tempi<sup>13</sup> del 40 per cento<sup>14</sup> – il ché, nel processo civile, oramai “campo di Agramante”, simboleggia il saper metter mano a molteplici settori di interesse, partendo dall’organizzazione dei singoli uffici per arrivare a coinvolgere financo le infrastrutture, l’edilizia e la digitalizzazione<sup>15</sup>; non ultime, le risorse umane – da anni si esprime a più voci il bisogno di espandere il numero dei magistrati, dei cancellieri, del personale tecnico-amministrativo, degli assistenti di giustizia, e oggi queste copiose risorse umane entreranno attraverso l’ufficio per il processo e i bandi programmati dal Ministero della giustizia per i copiosi reclutamenti<sup>16</sup>. Le forze per riformare il processo civile e tener fede agli impegni assunti dal potere esecutivo con l’Europa e il PNRR corrono lungo tre direttrici: *Alternative Dispute Resolution*; interventi sul processo civile; interventi sul processo esecutivo. L’ennesima semplificazione del rito processuale, in entrambi i gradi del merito, si salda questa volta al definitivo *favor* espresso per il processo telematico, implementato nelle sue diverse componenti anche per effetto delle accelerazioni introdotte dall’emergenza pandemica. Nondimeno, v’è la volontà di intervenire sul piano organizzativo – non è più rimandabile, del resto, la costruzione di modelli organizzativi con cui sfruttare al meglio le nuove e generose risorse, le infrastrutture promesse e tutte quelle ulteriori disponibilità che raggiungeranno gli uffici giudiziari<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Si veda la “Riforma 1.4 – Giustizia civile” nella programmazione del PNRR: “La riforma si incentra principalmente sulla riduzione del tempo del giudizio civile, individuando un ampio ventaglio di interventi volti a ridurre il numero di casi presso gli uffici giudiziari semplificando le procedure esistenti, abbattendo l’arretrato e incrementando la produttività degli uffici medesimi. Per contenere l’esplosione del contenzioso presso gli uffici giudiziari è accentuato il ricorso agli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, *in primis* l’arbitrato e la mediazione, ed è in revisione l’attuale sistema di quantificazione e recuperabilità delle spese giudiziarie. La semplificazione è perseguita, con riferimento al procedimento di appello, potenziando il filtro di ammissibilità, aumentando i casi in cui è competente a pronunciarsi un solo giudice, garantendo l’effettiva attuazione di tempi procedurali vincolanti. La maggiore produttività dovrà ottenersi con un sistema di monitoraggio e incentivi per il raggiungimento di prestazioni standard presso tutti gli uffici giudiziari. La riforma prevede anche l’abbattimento dell’arretrato negli uffici giudiziari, obiettivo raggiungibile grazie alle assunzioni temporanee previste, incluse nella componente investimento” (Allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio in oggetto, concordato dal gruppo dei consiglieri finanziari, sulla base della proposta della Commissione COM(2021) 344, Bruxelles, 8 luglio 2021, 5-6).

<sup>14</sup> Nell’ambito delle Riforme 1.4 e 1.5 “Riforma del processo civile e penale”, previste dal PNRR, si veda la misura M1C1-45, avente quale obiettivo (entro giugno 2026 - scadenza T2 2026) la riduzione “del 40 % i tempi di trattazione di tutti i procedimenti dei contenziosi civili e commerciali rispetto al 2019”.

<sup>15</sup> Riforma 1.8 del Piano Nazionale di ripresa e resilienza – Digitalizzazione del sistema giudiziario: “la riforma prevede l’obbligatorietà del fascicolo telematico obbligatorio e il completamento del processo civile telematico. Punta anche alla digitalizzazione del processo penale di primo grado, esclusa l’udienza preliminare. Da ultimo intende introdurre una banca dati delle decisioni civili gratuita, pienamente accessibile e consultabile conformemente alla legislazione” (M1C1-38, con scadenza T4 2023) (cfr. Allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio in oggetto, concordato dal gruppo dei consiglieri finanziari, sulla base della proposta della Commissione COM(2021) 344, Bruxelles, 8 luglio 2021).

<sup>16</sup> Quanto all’Investimento 1.8: Procedure di assunzione per l’Ufficio per il processo per i tribunali civili e penali, si vedano le misure M1C1-33, M1C1-34, M1C1-39, M1C1-40 del Piano nazionale di ripresa e resilienza, le quali, rispettivamente, prevedono: per il 2022 l’avviamento delle procedure per l’assunzione di almeno 168 dipendenti per l’Ufficio per il processo e i tribunali amministrativi (T2 2022) nonché di almeno 8.764 dipendenti per l’Ufficio per il processo per i tribunali civili e penali (T4 2022); per il 2024 il completamento delle procedure di assunzione di almeno 19.719 dipendenti per l’Ufficio per il processo per i tribunali civili e penali (T2 2024) e di almeno 326 dipendenti per l’Ufficio per il processo e i tribunali amministrativi (T2 2024).

<sup>17</sup> Nel PNRR è previsto l’Investimento 1.8 relativo alle procedure di assunzione per i tribunali civili, penali e amministrativi. “Obiettivo di questo investimento è agire a breve termine sui fattori organizzativi di modo che le riforme in fase di sviluppo producano risultati più rapidamente, massimizzando le sinergie e realizzando un cambiamento epocale grazie alle risorse straordinarie previste dal piano. Lo strumento organizzativo, il cosiddetto Ufficio del processo, consiste nell’istituire (o rafforzare se già esistenti) risorse a supporto dei giudici (reclutate a tempo determinato), al fine di ridurre l’arretrato e i tempi di esaurimento dei procedimenti in Italia. Questa misura

Proposte ed emendamenti sono stati rapidamente concepiti, forgiati e approvati, onde ottenere i fondi europei previsti dal *Recovery Plan* (o *Next Generation Plan*) – è questa la novità più saliente, dopo decenni di riforme processuali a costo zero mercé clausole di “invarianza finanziaria” per le esauste casse erariali, salvo trasferire e far pesare sugli utenti costi e formalismi, soprattutto telematici, sempre più onerosi e *time consuming* – si pensi, *exempli gratia*, all’“insostenibile leggerezza” del PCT, che costringe non soltanto a depositare atti e documenti in forma telematica, ma a duplicarli mediante copie analogiche entro più o meno eleganti “fascicoli di cortesia”, per consentire a chi non sia nativo digitale di studiare ed evidenziare “le sudate carte”, come sempre è stato abituato a fare lungo il *cursus studiorum et honorum*, senza deteriorarsi la vista sul *monitor*. Nel maggio 2021 sono stati pubblicati corposi emendamenti governativi al ddl delega AS 1662/XVIII, presentato dal precedente Governo al Senato il 9 gennaio 2020. A fine maggio 2021 sono state rese pubbliche le proposte formulate dalla Commissione ministeriale presieduta da Francesco Paolo Luiso e a giugno gli emendamenti governativi sono stati presentati al Senato, il quale, nel mese di settembre 2021, ha approvato con il voto di fiducia il testo uscito dai lavori della Commissione giustizia, largamente emendato, accompagnato da altro ddl n. 311-A («*Istituzione e funzionamento delle camere arbitrali dell’avvocatura*»), passato poi alla Camera dei deputati per l’approvazione (C. 3289), sempre – secondo ormai consolidata metodologia legiferante governativa, anziché parlamentare – ponendo la questione di fiducia. L’approvazione definitiva, dipoi, è avvenuta il 25 novembre 2021: è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 292 la Legge n. 206/2021 firmata dalla Ministra della Giustizia Cartabia, con la delega al Governo per la riforma del processo civile, dal nuovo titolo “*Delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*”. Va salutato con favore il testo normativo delineato secondo logiche di semplificazione, speditezza e razionalizzazione – composto di un solo articolo e di quarantaquattro emendamenti, alcuni dei quali interamente dedicati ad una serie di misure urgenti per la razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie e in materia di esecuzione forzata – in specie nella parte (art. 1 comma 4) volta al potenziamento, al fine di dar vita un sistema equo e sostenibile in chiave smart delle ADR, in particolare alla mediazione<sup>18</sup> demandata dal giudice (*cf.* art. 2, lett. o), la cui attività dovrebbe essere riorganizzata, coordinata e valorizzata nel contesto dell’ufficio del processo, con adeguati e ben

---

migliorerebbe inoltre la qualità dell’azione giudiziaria sostenendo i giudici nelle normali attività di studio, ricerca, preparazione delle bozze di provvedimenti, organizzazione dei fascicoli, e consentendo loro di concentrarsi sui compiti più complessi. L’investimento comprende anche la formazione a supporto della transizione digitale del sistema giudiziario”: Allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio in oggetto, concordato dal gruppo dei consiglieri finanziari, sulla base della proposta della Commissione COM(2021) 344, Bruxelles, 8 luglio 2021, 6-7.

<sup>18</sup> Sul tema si registra una “alluvione” all’interno della letteratura giuridica: tra i molti contributi, si rinvia a: G. SCIANCALEPORE, *La conciliazione stragiudiziale in due esperienze specifiche*, in G. SCIANCALEPORE, S. SICA, *Mediazione e conciliazione: profili teorico-pratici*, Torino, 2010, 95-109; ID., *La mediazione e la conciliazione: profili generali*, in G. SCIANCALEPORE, S. SICA, *Mediazione e conciliazione: profili teorico-pratici*, Torino, 2010, 3-10; ID., *Mediazione e processo*, in G. SCIANCALEPORE, S. SICA, *Mediazione e conciliazione: profili teorico-pratici*, Torino, 2010, 11-14; G. AUTORINO, D. NOVIELLO, C. TROISI, *Mediazione e conciliazione. Nelle controversie civili e commerciali*, Santarcangelo di Romagna, 2013; E. AUTORINO, *Le ADR: profili generali*, in P. STANZIONE (a cura di), *Comparazione e diritto civile. Annali 2010-2011*, vol. I., Torino, 2012, 377-396; A. MANIACI, *Luci e ombre nei rapporti tra mediazione e processo civile*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2017, vol. 33, f. 1, 134-

formati ausili di personale e giovani tirocinanti (vds. art. 16), in un circolo virtuoso tra uffici giudiziari, università, avvocatura, organismi di mediazione, enti e associazioni professionali, che si conforma infine al paradigma del «*multidoor courthouse*», forgiato da Frank Sander nell'ormai risalente *Pound Conference* del 1976<sup>19</sup>.

Nella programmazione del PNRR prende vita una nuova stagione per i temi della mediazione, non limitata a novità processuali, ma calibrata su progetti e moduli organizzativi dell'ufficio del processo, grazie alle buone prassi, alle innovazioni informatiche e statistiche che monitorano le *performance*, nonché alle reti della formazione. Se tutto ciò verrà poco a poco a realizzarsi, proseguendo con pazienza e tenacia nell'alacre opera seguita all'ingresso della mediazione in Italia con il d.lgs. n. 28/2010, pur dopo la forzosa pausa imposta dalla Consulta tra l'autunno del 2012 e quello del 2013, sarà un'autentica svolta culturale per il servizio giustizia, usualmente ingessato nel “tran tran” di solipsistiche attività scritturali, cartacee e ora telematiche, così distanti dai bisogni delle persone che bussano alle porte del tribunale e attendono invano senza ricever risposta – come il contadino tenuto sempre sulla soglia delle porte della Legge, nel celebre apologo di Kafka «*Vor dem Gesetz*»<sup>20</sup> – o che, dopo aver affrontato infinite *chicanes* processuali e atteso per anni una pronuncia sul merito, subiscono dinieghi formalistici o provvedimenti *ex auctoritate* che nulla hanno da spartire con l'accurata ricostruzione della fattispecie e con la sua sussunzione nella appropriata *regula iuris*, canoni fondamentali del c.d. “giusto processo” che si connota oggidi quale servizio pubblico, non già e non più quale *pars summi imperii*, secondo vetuste concezioni dello Stato e dell'ordinamento, da abbandonare infine una volta per tutte.

Nella postmodernità liquida<sup>21</sup>, traversando mari in perenne tempesta, si è approdati su lidi diametralmente opposti a quelli che informavano l'utopia illuministica prima e giuspositivistica poi. “Il diritto e le sue fonti sono in frantumi; le leggi sono frenetiche e alluvionali, colme di

---

139; L. BIARELLA, *Mediazione civile e commerciale: le novità*, in *Ventiquattrore avvocato*, 2019, f. 4, 11-17; F. FERRARIS, *Mediazione civile e giurisprudenza: storia di un rapporto controverso*, in *Contratti*, 2017, f. 6, 709-720; P. NAPPI, *I primi dieci anni della mediazione delle controversie civili e commerciali in Italia: riflessioni e proposte*, in *Giusto prov. civ.*, 2020, vol. 15, f. 2, 403-442.

<sup>19</sup> Nel 1976 si tenne a Minneapolis, negli Stati Uniti, la “Conferenza nazionale sulle cause dell'insoddisfazione popolare nei confronti dell'amministrazione della giustizia”, meglio conosciuta come *Pound Conference*. Nel corso della conferenza, il professor Frank Sander introdusse il concetto ormai divenuto celebre della *multi-door courthouse*. Le molteplici porte del palazzo di giustizia rappresentano le varie opzioni di trattamento della lite verso cui le parti che entrano in tribunale possono essere indirizzate. Convenzionalmente, si fa risalire a quel giorno del 1976, la nascita del movimento *ADR* e della “moderna mediazione” come una delle opzioni avanzate da Frank Sander del “tribunale a più porte”.

<sup>20</sup> *Davanti alla legge (Vor dem Gesetz)* – una parabola contenuta nel capitolo nono del romanzo *Il Processo (Der Prozess)* – in qualità di racconto breve fu pubblicato autonomamente nel 1919 all'interno della raccolta *Un medico di campagna (Ein Landarzt)*. La lettura dello scritto è di stringente attualità: una porta aperta, sorvegliata da un anonimo custode (*Türhüter*: letteralmente, un portinaio), oltre la quale si trova la Legge (*Gesetz*). Quale legge? Nessuno lo sa, nemmeno il custode. Ma tutti vogliono conoscere la legge. Come pensa con coerente buon senso il contadino, se c'è la Legge, essa «dovrebbe pur essere accessibile a tutti e sempre»; e la Legge effettivamente c'è, tanto che emana dalla porta un fulgore «che erompe inestinguibile» («*unverlöschlich Glanz*»). Epperò il custode, benché l'uomo provi a convincerlo in ogni modo, con mezzi leciti e illeciti, non promette nulla né lo lascia entrare. Kafka descrive senza alcun infingimento la solitudine umana davanti alla Giustizia, l'uomo consuma sé stesso nell'attesa, davanti a qualcosa che è completamente dischiuso davanti ai suoi occhi senza essere capace di vederlo perché è fin troppo visibile. La Legge non rimanda ad altro che a sé: essa include ontologicamente il rinvio all'infinito. La Legge è la Legge, nient'altro: la sua apertura è un'apertura che non permette l'accesso e l'uomo è solo nella sua disperazione di non poter mai avere una vera giustizia poiché essa è priva di carità.

<sup>21</sup> «Abbandonate ogni speranza di totalità, futura come passata, voi che entrate nel mondo della modernità liquida»: Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge 2000, trad. it. *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

frasi prolisse, parole inesatte e imprecise, clausole generali e concetti giuridici indeterminati o tecnicismi esoterici ignoti ai più. Il metodo stesso del positivismo giuridico, incentrato sull'analisi degli elementi della fattispecie astratta, è in mille pezzi, di fronte all'incapacità di costruire e di esprimere con parole semplici e comprensibili idee e precetti cartesianamente chiari e distinti. Prevalgono l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni normative in base a principi e valori, che si prestano, nella loro naturale generalità e per insolubile indeterminatezza, a esser tratti alla bisogna del singolo interprete, ponendoli sul proverbiale letto di Procuste, prendendo così il sopravvento la soggettiva incertezza del *judge made law*<sup>22</sup>. Per altri versi, ci troviamo immersi in un sistema di totale squilibrio tra poteri, che incide sui meccanismi di *checks and balances* propri dello Stato di diritto e del *due process of law*, superati e resi vani dall'imperversare dello stato di eccezione e di emergenza imposto da ricorrenti e ormai endemiche crisi, da molti anni a questa parte assurte a permanenti dispositivi di governo della *res publica*<sup>23</sup>. Le continue, insistite e moleste riforme dei riti processuali alle quali si è assistito negli ultimi trent'anni, quasi tutte soltanto in nome della durata ragionevole del "giusto processo" civile, perseguendo l'efficienza economica con metodi aziendalistic<sup>24</sup>, hanno trasformato e continuano a ridurre il processo in terra incognita e pernicioso, segnato da mille insidie e pericoli. Complicate sequenze procedurali, trappole e trabocchetti a ogni angolo, specialmente nei gradi di impugnazione, formalità scritte molteplici e inutili, assenza e incapacità di dialogo tra giudici e avvocati consegnano le parti alla completa mercé di un apparato fatto di meccanicismi goffamente consequenziali, incomprensibili e funesti per i singoli e per la comunità intera: uno scenario incubico degno del distopico *Metropolis* di Fritz Lang<sup>25</sup> o del poetico *Modern Times* di Charlie Chaplin<sup>26</sup>, da rivedere oggi aggiornandoli alla temperie socio-economica post-moderna, interamente imperniata su logiche performative<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> A.M. TEDOLDI, *La ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia*, 2021, f. 3, 142-151. Cfr. altresì: N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 155 ss.

<sup>23</sup> A.M. TEDOLDI, «Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori». *Il 'Pater noster' secondo Francesco Carnelutti e la responsabilità del debitore*, Bologna, 2021.

<sup>24</sup> Si veda G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, n. 3, 505 ss.; ID., *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, ivi, 2017, n. 1, 13 ss.

<sup>25</sup> Le prime immagini di *Metropolis*, film muto del 1927 diretto da Fritz Lang, riprendono dettagli degli ingranaggi delle macchine che funzionano a ritmo incalzante, accompagnate dalla musica di Gottfried Huppertz. La modernità è caratterizzata dalla macchina, che tende a prevaricare sulla vita dell'uomo. La città stessa è una grande macchina dove gli uomini fungono da ingranaggi. L'orologio scandisce il tempo delle giornate di lavoro. Le macchine non si fermano mai. Gli operai – tutti uguali, tutti con l'aria depressa – sono una dimostrazione di come l'uomo, meno che schiavo, possa essere considerato un oggetto.

<sup>26</sup> "I miei eroi saranno degli operai. Il mio personaggio è l'uomo. Non l'ho mai battezzato; non ha nome: è l'uomo" (Charles Chaplin). Nella memorabile scena d'apertura del film, le lancette di un orologio girano su un cartello che recita "Una storia i cui personaggi sono l'industria, l'iniziativa individuale, l'umanità che marcia alla conquista della felicità", un gruppo di pecore viene spinto e, in dissolvenza, si vedono degli operai uscire dalla metropolitana per dirigersi in fabbrica. Tra i membri del gregge compare una pecora nera che introduce il personaggio di Chaplin. Un *incipit* che è una lettera d'intenti: sarà quella pecora nera a portare scompiglio, sovvertire un sistema solo a prima vista perfetto.

<sup>27</sup> I metodi aziendalistic LIFO e FIFO ("Last In First Out", "First In First Out") – comparsi in un documento l'11 maggio 2015 sul sito del Ministero della giustizia, intitolato «Misurare la performance dei tribunali», nell'ambito dei lavori dell'«Osservatorio per il monitoraggio degli effetti sull'economia delle riforme della giustizia», presieduto dall'ex Ministro della giustizia Paola Severino ([www.giustizia.it/resources/cms/documents/Performance\\_tribunali\\_italiani\\_settore\\_civile.pdf](http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Performance_tribunali_italiani_settore_civile.pdf)) – vengono continuamente evocati, "secondo un'ottica che lascia oltremodo perplessi, dacché manifesta un approccio esclusivamente economicistico ai problemi della giustizia civile, come se la tutela dei diritti soggettivi, spesso indisponibili, possa essere ridotta alla performance degli uffici giudiziari e alla

Il processo civile non è e non può essere il luogo in cui si pensa soltanto a “smaltire” al più presto il fascicolo per rispettare i fatidici tempi dettati per legge. La controversia è un *vulnus* che colpisce non soltanto i singoli, ma l’intera comunità nella sua più intima essenza, in quanto garante della pace sociale attraverso gli organi deputati ad assicurarla «in nome del popolo» (art. 101 Cost.): una pace destinata a esser gravemente compromessa senza la costante ricerca di una giusta ed equa composizione dei conflitti, per lasciar posto, in mancanza, al ritorno alla barbarie dell’autotutela, con il completo venir meno delle basi fiduciarie sulle quali si regge il patto tra *concives*.

Processo e procedura, frutto del razionalismo moderno, della logica e del metodo del positivismo giuridico, sono tramontati con la crisi della legge, dello Stato e del rapporto tra i poteri di questo: non è più il tempo della legislazione, non è più il tempo del processo, non è più il tempo del giudizio. È giunto un tempo nuovo, da affrontare e vivere con spirito nuovo, che faccia nuove tutte le cose: *l’esprit de la médiation*<sup>28</sup>.

## **2. La relazione finale del “Groupe de travail sur la médiation devant la Cour de cassation”: lo sviluppo della mediazione dinanzi alla Suprema Corte.**

Affermatosi l’assolutismo politico e giuridico, mentre i giudici venivano trasformandosi in funzionari dello Stato e, nell’utopia illuministica, in mera *bouche de la loi*, dettata dal sovrano o dalla dea Ragione, Voltaire nel 1739 non mancava di lodare da par suo l’opera di pacificazione svolta dai *faiseurs de paix* olandesi: «*La meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j’aie jamais vu, c’est en Hollande. Quand deux hommes veulent plaider l’un contre l’autre, ils sont obligés d’aller d’abord au tribunal des conciliateurs, appelés faiseurs de paix. Si les parties arrivent avec un avocat et un procureur, on fait d’abord retirer ces derniers, comme on ôte le bois d’un feu qu’on veut éteindre. Les faiseurs de paix disent aux parties: Vous êtes de grands fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux; nous allons vous accommoder sans qu’il vous en coûte rien. Si la rage de la chicane est trop forte dans ces plaideurs, on les remet à un autre jour, afin que le temps adoucisse les symptômes de leur maladie. Ensuite les juges les envoient chercher une seconde, une troisième fois. Si leur folie est incurable, on leur permet de plaider, comme on abandonne au fer des chirurgiens des membres gangrenés: alors la justice fait sa main*»<sup>29</sup>.

Andare in giudizio è segno di «follia incurabile», una malattia di cui neppure il trascorrere del tempo allevia i sintomi. Se le parti si presentano al conciliatore con avvocati o procuratori, a questi viene chiesto di allontanarsi, come si rimuove la legna da un fuoco che si vuole spegnere. «Siete dei pazzi a mangiarvi il danaro per rendervi l’un l’altro infelici», dicono i conciliatori alle parti. Se queste non placano i bollenti spiriti e le accuse reciproche, le rinviando a un secondo e poi a un terzo incontro, affinché il tempo addolcisca i sintomi della malattia. Se la

---

durata dei processi in termini puramente statistici e quantitativi, senza badare alla qualità e al contenuto dei provvedimenti, alle ricostruzioni dei fatti in essi operate e alle soluzioni giuridiche che ai singoli casi, attentamente chiariti, meglio si attagliano, rivelando come si insista nel fare del giudice un’asettica macchina burocratica e degli uffici giudiziari inumani sentenzifici, nei quali la lite tra persone che il giudice è chiamato a risolvere ha un valore puramente cartaceo o telematico e freddamente statistico”: A.M. TEODOLDI, *La ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia*, 2021, f. 3, 142-151.

<sup>28</sup> J. MORINEAU, *L’esprit de la médiation*, Érès, Paris, 1998 (trad. it.: *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000).

<sup>29</sup> VOLTAIRE, *Fragment d’une lettre sur un usage très utile établi en Hollande* (1739), in *OEuvres complètes de Voltaire*, tomo 23, Paris, 2003, 127 ss.



follia è incurabile, si consentirà loro di andare in giudizio, come si abbandonano ai ferri del chirurgo le membra in cancrena: allora la giustizia farà il suo corso. Non si potrebbe immaginare una rappresentazione più efficace della “malattia del processo”, quel labirinto incomprensibile, misterioso e oscuro dal quale, una volta entrati, non è dato uscire, se non con la sentenza finale che, lungi dal *dicere ius* (*dire le droit*), decide la lite (*trancher le litige*) come si recide l’erba zizzania, troncando ogni velleità di umana e terrena giustizia<sup>30</sup>.

Parole e metafore analoghe si rinvengono, ben lungi dall’Europa dell’illuminismo, nell’editto dell’imperatore cinese Kang-he del XVII secolo, ispirato all’ortodossia confuciana<sup>31</sup>: «le controversie giudiziarie tenderebbero a moltiplicarsi smisuratamente, se il popolo non avesse timore dei tribunali e confidasse di trovare in essi una rapida e perfetta giustizia. L’uomo sarebbe indotto a farsi delle illusioni su ciò che è bene per lui e in questo modo le contestazioni non avrebbero fine, al punto che la metà degli uomini del nostro impero non basterebbe a risolvere i litigi dell’altra metà. Pertanto, io desidero che quanti si rivolgono ai tribunali siano trattati senza pietà e in modo da sentire avversione verso la legge e tremino al pensiero di comparire davanti a un giudice. Così il male sarà tagliato alle radici. I buoni cittadini che abbiano controversie tra loro le comporranno come fratelli, ricorrendo all’arbitrato di un uomo anziano o del capo del villaggio. Per quanto riguarda i turbolenti, gli ostinati e i litigiosi, lasciate che si rovinino nei tribunali: questa è la giustizia che si meritano». Parimenti, nella concezione cristiana la giustizia appartiene a Dio, non agli uomini, i quali non debbono giudicare per non essere giudicati: «*Nolite iudicare ut non iudicemini*» (Mt., 7, 2): «se tu presenti la tua offerta all’altare e lì ti ricordi che tuo fratello ha qualche cosa contro di te, lascia lì il tuo dono davanti all’altare, va’ prima a riconciliarti con tuo fratello e poi torna a offrire il tuo dono. Mettiti presto d’accordo con il tuo avversario mentre sei in cammino con lui, perché l’avversario non ti consegni al giudice e il giudice alla guardia, e tu venga gettato in prigione. In verità io ti dico: non uscirai di là finché non avrai pagato fino all’ultimo spicciolo!» (Mt., 5.23-26).

La mediazione è un’idea antica profondamente radicata nella storia delle relazioni umane.

Nel mentre in Italia entrava nel vivo la discussione sul maxiemendamento presentato dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia per l’approvazione dei principi di legge delega che condurranno alla seconda riforma della mediazione, in Francia è stata presentata la relazione finale (“*Rapport 2021*”) redatta da un autorevole gruppo di lavoro “*La médiation devant la Cour de cassation*” – composto da magistrati della Cassazione e della Procura generale, dalla Direttrice della cancelleria nonché dai rappresentanti degli avvocati patrocinanti dinanzi alla Cassazione ed al Consiglio di Stato ed istituito nell’autunno 2020 presso la Suprema corte francese per riflettere sulla opportunità e sulla possibilità di introdurre la mediazione innanzi alla medesima Corte. Le conclusioni cui perviene lo studio – espresse nella relazione presentata nella seduta della Gran Camera del 25 giugno 2021 – appaiono di indubbio interesse e rilievo: dall’esito della riflessione condotta dal gruppo di lavoro francese presieduto da Mme Chantal Arens, primo presidente della Suprema corte, emerge come, nella fase del ricorso in Cassazione, la mediazione – modalità alternativa di composizione delle controversie ormai consolidata, of-

<sup>30</sup> B. CAVALLONE, *La borsa di Miss Flite*, Milano, 2016, 23 ss.

<sup>31</sup> Cfr. W. MILNE, *The Sacred Edict, containing sixteen maxims of the Emperor Kang-he, amplified by his son, the Emperor Yoong-ching; together with a paraphrase on the whole by a mandarin – Translated from the Chinese original, and illustrated with notes*, Londra, 1817, 284 ss.

frendo questa via di composizione amichevole alle parti la possibilità di esprimersi in un contesto flessibile, spesso più propizio alla risoluzione del conflitto di quanto possa offrire la giurisdizione – disponga di un potenziale formidabile e come sia possibile avviare la stessa in base alla normativa vigente, pur risultando opportuno adottare modalità attuative e, quindi, norme regolamentari, adeguate a rendere efficace e sostenibile tal strumento dinanzi alla Cassazione.

L'obiettivo diviene quello di inserire la Corte di cassazione nella dinamica di promozione della mediazione già sperimentata dai giudici del merito, strutturandone il procedimento, senza irrigidirla, al fine di non mortificarne la flessibilità. Le proposte formulate nella relazione finale per garantire uno sviluppo duraturo e sostenibile della mediazione presso la Cassazione, sono, dunque, destinate a partecipare alla promozione delle modalità amichevoli di composizione delle controversie. In tal senso, per assicurare una prospettiva di lungo periodo, si propone anche l'istituzione un comitato (*comité de pilotage*) composto per ciascuna sezione da un magistrato della Cassazione e da un magistrato della Procura generale, incaricato di valutare, una o due volte all'anno, lo sviluppo della mediazione dinanzi alla Corte di cassazione al fine di garantire un seguito all'attuazione delle raccomandazioni formulate nella relazione e, se del caso, di individuare le prassi suscettibili di miglioramento.

Per meglio comprendere l'importanza del lavoro svolto ed il contesto nel quale si avvia questo percorso del tutto innovativo, occorre segnalare come il 6 maggio 2021 sia stato adottato in prima lettura dalla "Commissione per le leggi costituzionali, la legislazione e l'amministrazione generale della Repubblica all'Assemblea nazionale" un emendamento al progetto di legge per la fiducia nell'istituzione giudiziaria. Questo, che compare anche nel testo approvato dall'Assemblea nazionale il 25 maggio 2021, completa la legge 95-125 dell'8 febbraio 1995 (relativa all'organizzazione delle giurisdizioni e alla procedura civile, penale e amministrativa) con gli articoli 21-6 e 21-7, istituendo un Consiglio nazionale della mediazione ("*Conseil national de la médiation*"), incaricato tra l'altro di formulare pareri nel settore della mediazione e di proporre ai poteri pubblici tutte le misure atte a migliorarlo. Più precisamente, si prevede che il "Consiglio nazionale della mediazione" (da incardinarsi presso il Ministero della Giustizia) – la cui composizione prevede la partecipazione di persone qualificate e rappresentanti di associazioni che operano nel campo della mediazione, delle amministrazioni pubbliche, dell'ordine giudiziario e delle professioni legali (la maggior parte dei suoi membri deve avere esperienza pratica o formazione in mediazione) – sia incaricato di: formulare pareri nel settore della mediazione e proporre al governo tutte le misure a loro favore; proporre un codice etico applicabile alla pratica della mediazione; proporre norme nazionali per la formazione dei mediatori e formulare ogni raccomandazione sulla formazione; presentare proposte sui requisiti per l'inserimento nell'elenco dei mediatori. È previsto, altresì, che nello svolgimento dei suoi compiti, il Consiglio nazionale raccolga tutte le informazioni quantitative e qualitative sulla mediazione.

Dopo oltre undici anni dall'avvio del "sistema mediazione" ormai è evidente l'esigenza di un organismo istituzionale specializzato istituito presso il Ministero della Giustizia composto da esperti che possa monitorare e guidare lo sviluppo della mediazione e dei sistemi complementari di giustizia. L'emendamento, dunque, – riforma legislativa rispondente ad alcune raccomandazioni, in particolare formulate da Chantal Arens, prima in qualità di presidente del Tribunale di Parigi, poi in qualità di primo presidente della Corte d'Appello di Parigi ove aveva

costituito un gruppo di lavoro incaricato di redigere una relazione sulla promozione e l'inquadramento delle modalità amichevoli di risoluzione delle liti (Groupe de travail de la Cour d'Appel de Paris, *La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends*, mars 2021) – costituisce una delle più rilevanti iniziative che rendono evidente il crescente interesse per la composizione amichevole delle controversie ed in tale solco si colloca la riflessione avviata al fine di introdurre la mediazione nella fase del giudizio di cassazione. La mediazione – quale percorso di composizione amichevole utile alla “*désescalade du conflit*” – è orientata a ristabilire il dialogo delle parti nell'intento di pacificazione delle relazioni guardando al futuro delle stesse. In questa prospettiva, secondo le riflessioni del gruppo di lavoro, un processo che prosegue dopo la sentenza di appello trova spesso le parti stanche, essendo trascorsi anche diversi anni e avendo spesso maturato la consapevolezza di poter solo ottenere una pronuncia che conduca ad una decisione di rinvio al giudice del merito. D'altro canto, nel corso del processo non è infrequente la possibilità che le parti abbiano ricevuto pronunce contrastanti nei gradi del merito e ciò costituisce ragione di sfiducia nei confronti delle vie tradizionali della giustizia. Infine, la “*mediation judiciaire*” (mediazione demandata dal giudice con il consenso delle parti), qualora intervenisse nella fase del ricorso in Cassazione, verrebbe proposta in un momento in cui le parti possono (ancora) riappropriarsi della lite.

In questo contesto di crescente interesse per le modalità alternative di composizione delle controversie, il gruppo di lavoro francese, rileva – nella prima parte della relazione finale contenente l'esame della normativa vigente al fine di verificare la possibilità di ricorrere alla mediazione nel corso del processo dinanzi alla Cassazione – in primo luogo, che secondo quanto previsto dal Codice di procedura civile «il giudice investito di una controversia può, previo accordo delle parti, designare una terza persona, per ascoltare le parti e confrontare i loro punti di vista per consentire loro di trovare una soluzione al conflitto che le oppone» (articolo 131-1, come inserito dal decreto di applicazione 96-652 del 22 luglio 1996 della legge 95-125 dell'8 febbraio 1995). D'altronde, per mediazione «si intende qualsiasi procedura strutturata, indipendentemente dalla sua denominazione, mediante la quale due o più parti tentano di raggiungere un accordo per la composizione amichevole delle loro controversie, con l'assistenza di un terzo, il mediatore, da esse scelto o designato, con il loro consenso, dal giudice investito della controversia» (articolo 21 della legge dell'8 febbraio 1995, modificato dall'ordinanza 2011-1540 del 16 novembre 2011 che recepisce la Direttiva 2008/52/CE).

Al riguardo, occorre tenere presente come il processo in Cassazione si distingua da quello dinanzi alle giurisdizioni di merito in quanto il giudice supremo statuisce in diritto, sì come deve altresì rilevarsi che gli avvocati patrocinanti in Cassazione siano dotati di uno specifico statuto e che la procedura nell'ambito del ricorso per cassazione sia prevalentemente scritta. Tuttavia, se è vero che la Suprema corte non conosce nel merito le cause (articolo L. 411-2 del Codice dell'organizzazione giudiziaria), ciò non costituisce un ostacolo allo sviluppo della mediazione dinanzi alla stessa – ad avviso del gruppo di lavoro –, nella misura in cui il giudice si limiti ad ordinarla con l'accordo delle parti. Pertanto, la questione se il giudice possa o meno statuire nel merito si ritiene indifferente, considerato che il giudice di Cassazione non conduce la mediazione e che l'accordo raggiunto dalle parti si rivela spesso una soluzione che si discosta dalle norme di diritto e alla quale il giudice non sarebbe comunque potuto pervenire.

Peraltro, la specificità che caratterizza la Cassazione necessita di essere relativizzata considerato che ormai la Corte ha la possibilità di statuire nel merito in materia civile quando lo giustifichi l'interesse di una buona amministrazione della giustizia (articolo L.4113 *bis*. 2 del Codice dell'organizzazione giudiziaria). Tal che, indipendentemente dalle peculiarità dell'ufficio del giudice di Cassazione, i membri del gruppo di lavoro – anche all'esito dell'audizione di alcuni esperti – hanno convenuto che l'attuazione della mediazione dinanzi alla Corte suprema appaia già possibile senza richiedere modifiche legislative o regolamentari. E' il momento della Corte di cassazione di inserirsi in una dinamica simile a quella avviata da altre giurisdizioni, come presso la Corte d'Appello di Parigi sopra indicata, o presso la Corte d'Appello di Pau, ove è stata istituita un'unità di mediazione giudiziaria; o presso la Corte d'Appello di Lione, dove negli ultimi anni sono state svolte diverse sperimentazioni nel campo della mediazione; o ancora presso la Corte d'Appello di Rouen la cui prima presidente Marie-Christine Leprince ha avviato iniziative per far conoscere e promuovere l'istituto.

Le riflessioni svolte oltralpe non possono non suscitare interesse anche in Italia, ove avanza convintamente il percorso per la riforma della mediazione e si moltiplicano esperienze significative presso alcuni tribunali: negli uffici giudiziari fiorentini e in quelli baresi, ad esempio, sono state da tempo sperimentate buone prassi protese alla composizione delle controversie civili in forma alternativa alle sentenze – esse, corredate ciascuna dai propri protocolli e linee guida, offrono un contributo solido e in più direzioni. La progettualità virtuosa fiorentina ha promosso un impiego sistematico della mediazione demandata, inserendolo all'interno di un'ampia visione collaborativa fra istituzioni (organismi di mediazione, ordini professionali, Camera di commercio, università), uffici del giudice e tirocinanti, e attingendo a procedure concordate che hanno permesso traguardi definitivi consistenti<sup>32</sup>. Sotto un altro profilo, il progetto nato negli uffici giudiziari baresi ha provato la sua “sostenibilità” sugli aspetti organizzativi del sistema giustizia, testando principalmente come, innovando le tecnologie a disposizione dei nostri uffici fino al punto da “intercettare” la c.d. “scia digitale” delle ordinanze *ex art. 185-bis* e di mediazione delegata, e concederle visibilità nei sistemi informatici e statistici ministeriali, si possa far lievitare la *performance* giudiziaria. All'interno del progetto conciliativo – definito con l'acronimo “Progetto BDDC” e registrato come buona prassi *sub* n. 2526 sin dalla prima manualistica introdotta dalla delibera Csm 7 luglio 2016 (manuale dei “modelli”) per selezionare le pratiche di organizzazione più diffuse negli uffici giudiziari, nonché riconosciuto quale modello esportabile fra gli uffici nel successivo aggiornamento compiuto dalla delibera Csm 18 giugno 2018 – le metodiche adoperate hanno reso possibile seguire accurati monitoraggi su tutte le ordinanze *ex art. 185-bis* c.p.c. emesse nel distretto di Corte di appello di Bari a far data dal 1° gennaio 2016 ad oggi. Si è censito, in altri termini, il numero di simili ordinanze adottate

---

<sup>32</sup> Il Laboratorio “*Un Altro Modo*” del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze ha presentato al Tribunale di Firenze, alla Città metropolitana di Firenze, alla CCIAA, alla Fondazione CR, a OCF (Organismo conciliazione Firenze), all'Organismo di mediazione dei consulenti del lavoro, all'Organismo di mediazione dei geometri, un progetto scientifico per affiancare i giudici con neo-laureati borsisti di ricerca in possesso di conoscenze e competenze specifiche in mediazione. Il Laboratorio ha approntato un *report* del monitoraggio sulle attività svolte con il contributo dei borsisti, nel rispetto della circolarità del percorso: dallo studio delle cause pendenti ai provvedimenti giudiziari di invio in mediazione, alle procedure di mediazione svolte presso gli organismi *partner* del progetto, alle udienze di verifica dei risultati delle procedure di mediazione.

da ciascun ufficio del distretto, numeri poi processati per affinare analisi statistiche sulle materie (macro-aree) del contenzioso civile raggiunte in particolare dalle proposte conciliative del giudice, estraendo per la prima volta tutti gli esiti definitivi così prodotti.

Il metodo sperimentato soddisfa, per giunta, per le ordinanze *ex art. 185-bis c.p.c.* – sì come per quelle di mediazione delegata – l'esigenza parimenti già avvertita e ufficialmente evasa nelle procedure di mediazione obbligatoria, sottoposte queste ultime, in virtù dell'art. 4, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, introdotto dal c.d. "*decreto del fare*", ad apposto e mirato monitoraggio statistico. A margine degli sforzi e dell'impegno assunti nei singoli uffici giudiziari per tracciare una linea di maggiore efficienza, è lo stesso legislatore a suggerire ai giudici – nella prospettiva fin qui eletta – l'impiego delle ordinanze *ex art. 185-bis c.p.c.* e della mediazione delegata, perché strumenti ritenuti capaci di accompagnare i giudizi civili pendenti verso un più rapido epilogo processuale<sup>33</sup>, in ragione della loro propensione a definire le liti con metodiche diverse, abilità "altre" rispetto a quelle richieste dalla pronuncia di una sentenza. Il nostro legislatore, insomma, crede fortemente che i metodi di risoluzione delle controversie adoperati in forma alternativa alla sentenza scorraggino gli abusi del processo, agevolino soluzioni di giustizia per gli interessi investiti dalle parti nel conflitto, e ancor di più asciughino i tempi di definizione, con un effetto finale di complessiva accelerazione nelle velocità medie dei processi civili; tant'è che i due istituti, la mediazione e la proposta conciliativa consentita dall'art 185-*bis* cpc, hanno continuato a coesistere nelle idee del legislatore anche all'indomani della legge 9 agosto 2013, n. 98 (di conversione del d.l. n. 69/2013), che ha apportato modifiche sia al testo originario del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, sia al nuovo art. 185-*bis* c.p.c., intitolato «proposta di conciliazione del giudice».

Resta, per contro, una silente resistenza soprattutto presso le Corti d'appello e la scelta francese di implementare la mediazione anche presso la Cassazione costituisce un segnale importante di apertura della magistratura che deve indurre ad una riflessione approfondita per il potenziamento dell'intero sistema della mediazione demandata (pur in appello) avendo cura di avviare percorsi formativi a cura della Scuola Superiore della Magistratura sia a livello centrale sia a livello decentrato per stimolare il più diffuso e corretto utilizzo dello strumento mediativo. Del resto, con specifico riguardo poi alla Cassazione, i dati statistici emersi dalla relazione del primo presidente Pietro Curzio durante l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2021 si profilano assai preoccupanti in quanto, nonostante la riduzione delle nuove iscrizioni registrata nel 2020, non v'è stata una corrispondente detrazione del contenzioso pendente, il cui aumento, sia pur limitato a +2,9%, può ascrivere al ruolo determinante della crisi sanitaria pandemica. Ed esaminando i dati sulla pendenza civile complessiva (120.473 ricorsi rispetto ai 117.033 del 2019) si rileva come il 56% del contenzioso sia costituito dai ricorsi in materia di protezione internazionale (13.101), civile e lavoro (53.890), mentre il 44% ricada nella materia tributaria (53.482).

In questa prospettiva il primo presidente della Cassazione, nell'affrontare il tema della riforma della giustizia civile, ha invocato l'intervento del legislatore «per prevenire la sopravvenienza di un numero patologico di ricorsi, mediante forme di risposta differenziate rispetto a quelle tradizionali in grado di giungere alla definizione del conflitto senza percorrere necessariamente i tre gradi di giurisdizione». Egli ritiene che in ambito civile debba essere valorizzata la mediazione «nelle sue molteplici potenzialità», segnalando a tal fine il lavoro del Tavolo

<sup>33</sup> Cfr. M. BOVE, *La mediazione delegata*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2018, n. 3, 459 ss.

tecnico per le procedure stragiudiziali istituito dal ministro della Giustizia nel dicembre 2019 e ponendosi in piena sintonia con le riflessioni svolte in quella sede. Difatti, nel solco del “Manifesto della giustizia complementare” sottoscritto nel marzo 2020 dagli esperti del Tavolo tecnico ministeriale, in un momento di grave crisi sociale ed economica che richiede soprattutto l’implementazione di strumenti per la coesione sociale, ha evidenziato come la cultura della mediazione costituisca un «collante sociale, non solo per la riattivazione di una comunicazione interrotta fra le parti del conflitto, ma anche per la generale condivisione dei valori dell’autonomia, della consapevolezza e della responsabilità».

La mediazione «avvicina il cittadino alla giustizia, perché lo rende finalmente partecipe delle modalità di risoluzione del conflitto e fiducioso dell’adeguatezza di tale servizio rispetto alle sue esigenze» e “assicura, infine, la deflazione del contenzioso giudiziale con conseguente ottemperanza al principio della ragionevole durata del processo, risposta celere alle parti in lite, riduzione dei costi della giustizia, più elevata efficienza del servizio e maggiore fiducia da parte dell’utenza»<sup>34</sup>. Un sistema coesistente, complesso e sostenibile della giustizia che possa contribuire al cambiamento per la piena tutela dei diritti in chiave solidaristica nella prospettiva assiologica dettata dal Costituente. Riprendendo l’originale metafora di Neil Andrews, può concludersi riconoscendo che, laddove sia appropriata, la mediazione rappresenta la cosa migliore dopo il pane a fette, senza che per questo sia stato eliminato il pranzo a tre portate (processo dinanzi alle *Country Courts*), né tantomeno il banchetto di cinque portate (processo dinanzi alla *High Court*).

### **3. Le ADR nei moduli organizzativi del processo civile e nella programmazione del “Piano Nazionale di ripresa e resilienza” (PNRR).**

Prendendo avvio dalla prima delle menzionate direttrici, lo sguardo vuol scrutare la prossima stagione degli istituti della mediazione e della conciliazione, accompagnandone l’inserimento nel sistema giudiziario attraverso una prioritaria attenzione alla rigenerazione dei metodi di lavoro nelle aule giudiziarie. Non sfugge la direzione dell’intento riformatore: dapprima si accentua il ricorso agli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, le c.d. “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR), senza però dimenticare di apportare le presupposte migliorie al processo civile, nella sbocciata consapevolezza che le misure alternative sapranno esprimere maggiore incisività in quanto accordate su un processo civile in grado cioè di funzionare in modo efficace davanti alla autorità giudiziaria. L’attenzione della Ministra Cartabia in tal senso sembra essere una garanzia nella direzione indicata, posto che già nelle linee programmatiche ha precisato con chiarezza che «è tempo di ripensare il rapporto tra processo davanti al giudice e strumenti di mediazione» in una prospettiva sinergica, tenendo presente che «questi strumenti,

---

<sup>34</sup> La riforma della giustizia deve configurarsi come strumento volto a responsabilizzare le parti e i terzi, ma anche gli avvocati, ai doveri di leale collaborazione, prevedendo all’uopo misure sanzionatorie in tema di abuso dello strumento giudiziale e alla temerarietà delle liti (il comma 21 riconosce l’Amministrazione della giustizia la qualità di soggetto danneggiato nei casi di responsabilità aggravata di cui all’art. 96 c.p.c. e, conseguentemente, specifiche sanzioni a favore della cassa delle ammende). Questi principi sono stati già oggetto di ampio dibattito, sia in dottrina che in giurisprudenza, da ultimo dalla Corte di Cassazione nella Relazione n. 56/2020 che li identifica come manifestazioni del principio di solidarietà di cui all’art. 2 della Costituzione, dei principi fondamentali di matrice europea e internazionale (UNIDROIT) cui il nostro ordinamento deve conformarsi, configurando la buona fede come parametro oggettivo di comportamento delle parti nel rapporto contrattuale, nella sua fisiologia e patologia, con l’obbligo di rinegoziare e la preferenza verso metodi risolutivi stragiudiziali in luogo del contenzioso, in tempi celeri e a vantaggio del sistema giustizia, oltre che della società nel suo complesso.

se ben calibrati, tracciano percorsi della giustizia che tengono conto delle relazioni sociali coinvolte, risanano lacerazioni e stemperano le tensioni sociali».

Conforme all'idea, sempre più largamente condivisa, che la tutela dei diritti non possa restare affidata soltanto alla giurisdizione, la legge delega 26 novembre 2021, n. 206 consente al Governo di intervenire sulla disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, ai quali riserva ampio spazio, sì traducendo in testo normativo il progetto di offrire agli utenti un ventaglio di strumenti alternativi destinati a formare, nel loro complesso, un sistema giustizia integrato, *recte* di giustizia "complementare". È in questo senso che occorre leggere il titolo stesso della Legge, nella parte in cui accosta tali strumenti all'efficienza del processo civile, per farne un tassello essenziale dell'ambizioso obiettivo di "semplificazione, speditezza e razionalizzazione" del medesimo.

Il ruolo attribuito agli strumenti di *ADR* – protagonisti della riforma, venendo toccati da interventi di ampio respiro accompagnati dalla messa a disposizione di una significativa dotazione finanziaria – si evince sin dalla loro collocazione all'inizio del provvedimento, composto da un unico articolo suddiviso in 44 commi e loro articolazioni: sembra sì recuperarsi, fatte le dovute proporzioni, la prospettiva del codice di rito del 1865, che si apriva con il titolo preliminare dedicato a conciliazione e compromesso. Più prosaicamente, ci si può rallegrare poiché il legislatore ha nuovamente e chiaramente dato segno di considerare la mediazione e la negoziazione assistita non già un ripiego né l'abdicazione dello Stato ai propri compiti, piuttosto una giustizia alternativa di dignità pari a quella amministrata dal giudice nel processo<sup>35</sup>.

Il *conditor legis* sottolinea come, nell'ambito degli interventi volti a garantire effettività all'accesso alla giustizia, si riveli «decisiva una riforma degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie che si ponga nel solco della riconosciuta coesistenza e complementarietà delle due vie, giudiziale e stragiudiziale, quale strumento di ampliamento della risposta di giustizia a beneficio dei singoli interessati e della collettività», assegnando un ruolo rilevante agli strumenti di gestione negoziale delle liti, «per la loro idoneità a contribuire al perseguimento degli obiettivi di efficienza del sistema e di risposta adeguata e tempestiva delle richieste di risoluzione dei conflitti tra privati». Si valorizza, in tal modo, l'esercizio dell'autonomia privata pur a scopi conciliativi e si persegue altresì «l'obiettivo di indurre un mutamento culturale di approccio alla risoluzione stragiudiziale dei conflitti, incentivando i privati, le imprese e i professionisti a utilizzare tali strumenti avvalendosi dell'assistenza da parte di professionisti dotati di specifiche competenze e adeguatamente formati».

Perciò, con la lett. *a* del comma 4 dell'art. 1. L. n. 206/2021, si demanda al legislatore delegato il compito di incrementare e semplificare il regime degli incentivi fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 per le parti che partecipano alle procedure di mediazione prevedendo, tra gli altri, interventi in ordine alla misura dell'esenzione dall'imposta di registro di cui all'art. 17, comma 3, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28; alla semplificazione della procedura di riconoscimento del credito di imposta, estendendolo anche al compenso dell'avvocato nei limiti previsti dai parametri professionali, nonché al contributo unificato sostenuto dalle parti nel giu-

---

<sup>35</sup> R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 3 e segg.; F. DANOVÌ, in *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, 8 e segg.; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 84 e segg.; F.P. LUISO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2018, 182 e segg.

dizio estinto a seguito della conclusione dell'accordo del procedimento di mediazione; al patrocinio a spese dello Stato nelle procedure di mediazione e di negoziazione assistita; alla possibile previsione in favore degli organismi di mediazione di un credito di imposta per gli importi non esigibili dalla parte ammessa al gratuito patrocinio<sup>36</sup>; alla riforma delle spese di avvio della procedura di mediazione e delle indennità spettanti agli organismi di mediazione, monitorando i limiti di spesa.

La prima scelta compiuta dal Parlamento nella legge delega è, dunque, quella di impiegare risorse non solo per rendere più efficiente il processo civile, ma anche per incentivare il ricorso alla mediazione: per le misure in tema di *ADR*, il comma 39 della legge delega stanziava 4,4 milioni di euro per il 2022 e 60,4 a decorrere dal 2023; il comma 4 aggiunge, dipoi, come il rispetto di tali limiti di spesa vada monitorato annualmente e che, qualora le risorse dovessero risultare insufficienti, debba essere previsto un incremento automatico del contributo unificato. Se nel corso degli anni non sono mancate ripetute e giuste critiche agli interventi sulle riforme processuali “*a costo zero*”<sup>37</sup>, *id est* senza maggiori oneri per la finanza pubblica, con la l. n. 206/2021 si destinano, quindi, risorse significative alla giustizia civile, in particolare al finanziamento degli *ADR* – finanziamento condivisibile sia perché coerente con l'idea che gli strumenti alternativi offrano una forma di giustizia complementare, sia perché un maggior utilizzo di questi ultimi può ridurre la pressione sugli uffici giudiziari e, quindi, favorire il conseguimento dei risultati concordati con le istituzioni europee. Il legislatore si è mostrato, peraltro, consapevole di come il successo della mediazione civile non dipenda solo da, pur importanti, fattori culturali o dall'incisività con la quale il tentativo di conciliazione venga imposto, ma anche dalla sua convenienza: le parti non sono soggetti puramente razionali, ciononostante nella

---

<sup>36</sup> Per quanto concerne il patrocinio a spese dello Stato, occorre ricordare che oggi – oltre alla sua esclusione nella negoziazione assistita – vi sono non pochi dubbi sulla sua operatività nel procedimento di mediazione. La tesi che la nega radicalmente è da respingere, pur trovando qualche conforto nell'assenza di previsioni in proposito nel d.lgs. n. 28/2010 e nel fatto che il d.l. 21 giugno 2013, n. 89 (“*decreto del fare*”), benché introduca l'assistenza obbligatoria dell'avvocato in mediazione, contenga all'art. 85, comma 4, una clausola di invarianza finanziaria. L'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 5 e 8 del d.lgs. 28/2010 e degli artt. 74 e 75 TUSG induce, infatti, a concludere che, avendo il legislatore reso in alcune materie la mediazione condizione di procedibilità della domanda giudiziale e avendo imposto di parteciparvi assistiti da un avvocato, i non abbienti in quelle materie debbano poter fruire del patrocinio a spese dello Stato, in caso contrario la disciplina risulterebbe in contrasto con la tutela del diritto di azione sancita dalla Carta fondamentale. Residuano, tuttavia, incertezze tanto per la mediazione facoltativa, alla quale non si attaglia l'argomento appena illustrato, quanto per quella obbligatoria conclusasi con accordo senza che la lite abbia inizio. Una parte della giurisprudenza afferma che il raggiungimento di un accordo prima della proposizione della domanda giudiziale, se la mediazione è obbligatoria, non escluda la possibilità di beneficiare del patrocinio a spese dello Stato, poiché quest'ultimo, pur essendo finalizzato alla rappresentanza e alla difesa in giudizio, si estende a tutte le attività stragiudiziali necessarie per poter agire. L'orientamento parrebbe trovare conforto anche nella giurisprudenza della Cassazione, che lo ammette per le attività stragiudiziali “strettamente dipendenti dal mandato alla difesa”, da considerare strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali. Gli stessi giudici di legittimità hanno, tuttavia, escluso che il patrocinio operi per l'attività puramente stragiudiziale e hanno recentemente negato la liquidazione del compenso ad un difensore che aveva assistito la parte non abbiente in una mediazione anteriore al processo conclusasi con accordo. Altra parte della giurisprudenza di merito è di questo stesso avviso. Posizioni come quella illustrata da ultimo sono chiaramente nocive per la mediazione: esse inducono l'avvocato, anzitutto nell'interesse del cliente che non può farsi carico del compenso, a consigliare di non avviare la mediazione prima del processo o di non conciliare, pertanto, la finalità deflattiva dell'istituto risulta frustrata. Appare auspicabile la delega – menzionando genericamente l'estensione alla mediazione – venga esercitata sancendo la possibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato in tutte le mediazioni, obbligatorie e volontarie, tanto anteriori quanto successive alla proposizione della domanda giudiziale.

<sup>37</sup> A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge “a costo zero” (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221 e segg.



gran parte dei casi tengono in attenta considerazione i profili economici della lite; quindi, far pendere la bilancia in modo più marcato dalla parte della mediazione rappresenta verosimilmente un intervento efficace.

La lett. *b* del comma 4, art. 1 della Legge delega prospetta finalmente la necessità di raccogliere la disciplina sulle *ADR* in un «Testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione» (Tusc), – «anche con opportuna valorizzazione delle singole competenze in ragione delle materie nelle quali dette procedure possono intervenire» –, che riordini le norme *in subiecta materia* (escluso l'arbitrato), sparse in varie leggi speciali accumulate con l'andar degli anni. E già la scelta del titolo del testo unico, dedicato agli «strumenti complementari alla giurisdizione», disvela il mutamento di prospettiva e la piena valorizzazione delle *ADR*, in osmosi con il processo civile. L'auspicio, *ça va sans dire*, è che il legislatore delegato produca compiutamente *ad consequentias* tali principi e criteri direttivi, riconoscendo alfine e *quoad effectum* l'importanza della mediazione e la professionalità dei mediatori nella ricerca della soluzione più adeguata della controversia, pienamente partecipe e compiutamente rispettosa dell'autonomia delle parti.

Lungi dal ridurne l'impiego, come proponeva il testo originario del ddl delega presentato nel gennaio 2020, la legge estende la mediazione obbligatoria a materie individuate in modo specifico, secondo un criterio omogeneo ravvisabile nel rapporto contrattuale di durata, «essendo dimostrato che il valore della mediazione è superiore nelle ipotesi in cui la relazione tra le parti abbia almeno in potenza una estensione diacronica». La lett. *c*, co. 4, art. 1 della Legge delega amplia, perciò, la mediazione obbligatoria ai rapporti nascenti da contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di *franchising*, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone, subfornitura, fermo restando il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie previsto da eventuali leggi speciali – viene sì recepita la proposta della commissione Luiso (§ III.3)<sup>38</sup>, che sollecitava l'estensione dell'obbligatorietà a questi contratti di durata pur alla luce dell'ambito di applicazione dell'attuale condizione di procedibilità, considerato relativamente contenuto, afferendo, secondo le stime, solo al 15% del contenzioso civile.

L'elencazione inserita dai redattori della norma – mutata rispetto alla proposta della commissione Luiso – appare, invero, foriera di equivoci, riguardando solo alcune e non già tutte le regole contenute nell'attuale art. 5: non si cita, *exempli gratia*, il termine entro cui possa essere rilevata l'improcedibilità, né si menzionano i procedimenti nei quali la condizione di procedibilità non operi. L'ipotesi, tuttavia, che si siano volute prefigurare regole dell'obbligatorietà differenti *ratione materiae* va scartata, non solo perché una frammentazione sarebbe foriera di difficoltà applicative senza apportare benefici percettibili, ma anche alla luce di un dato letterale: l'utilizzo della espressione “fermo restando che”<sup>39</sup> denota la volontà di mantenere inalterata la disciplina dell'obbligatorietà e in nessun'altra parte della legge delega si affida al Governo il compito di modificarla, eccezion fatta per quanto prevede la lettera *d*) in tema di oppo-

---

<sup>38</sup> Un ampliamento dell'obbligatorietà della mediazione era auspicato anche dalla commissione Alpa, che tuttavia (nella sua proposta di maggioranza) lo limitava alle controversie in materia di subfornitura, franchising, leasing mobiliare non finanziario e società di persone. La proposta di minoranza menzionava invece, tra gli altri, anche i contratti d'opera.

<sup>39</sup> Comma 4, lettera *c*: «fermo restando che, quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, le parti devono essere assistite da un difensore...».

sizione a decreto ingiuntivo. Se il testo elaborato dalla commissione Luiso prevedeva che fossero “*fatti salvi i casi per i quali la legge preveda altre procedure obbligatorie di soluzione stragiudiziale delle controversie*”, la legge delega utilizza, invece, le parole “*fermo restando il ricorso*” a tali procedure ulteriori: la proposta della Commissione considerava, l’obbligatorietà della mediazione residuale, destinata a cedere il passo agli altri strumenti obbligatori settoriali; il Parlamento ha, di contro, optato per la piena coesistenza della prima e dei secondi. Resta da comprendere come saranno regolati i rapporti tra i vari strumenti nel futuro decreto delegato, consentendo il tenore letterale della legge delega di percorrere due strade: prevedere che le condizioni di procedibilità siano cumulative e debbano essere soddisfatte congiuntamente, oppure che la condizione di procedibilità sia una sola e possa essere soddisfatta facendo ricorso alternativamente alla mediazione o ad un altro procedimento previsto dalla legge (ad esempio, per i contratti di somministrazione di elettricità e gas, il tentativo di conciliazione offerto dall’ARERA). La prima soluzione è stata adottata nel 2014 nella negoziazione assistita e non ha dato buona prova di sé<sup>40</sup>; la seconda, decisamente auspicabile, è invece fatta propria dal d.lgs. n. 28/2010 che, all’art. 5, consente di soddisfare la condizione di procedibilità in ambito bancario anche rivolgendosi all’Arbitro bancario e finanziario (ABF).

Da ultimo, appare opportuno segnalare come la legge delega – contrariamente a quanto auspicato dalla commissione Luiso – non faccia cenno alcuno alla possibilità di risolvere in mediazione (non obbligatoria, ma facoltativa) le controversie lavoristiche, di cui all’art. 409 c.p.c. In questa materia il comma 4, lett. q), consente infatti l’impiego della sola negoziazione assistita, precisando che ciascuna parte debba essere assistita da un proprio avvocato – analogamente a quanto accade per la separazione e il divorzio – e, ove lo ritenga, possa farsi affiancare altresì da un consulente del lavoro. La logica di tal restrizione è, invero, poco comprensibile: il d.lgs. n. 28/2010 afferma all’art. 8 che in mediazione le parti devono essere assistite da avvocati nel corso dell’intero procedimento; dunque, non si comprende per quale ragione la negoziazione assistita da un avvocato per parte sia una sede idonea alla risoluzione di queste liti e non anche la mediazione in cui è indispensabile la presenza pur di un terzo neutrale qual è il mediatore. Sarebbe stato, quindi, preferibile consentire l’utilizzo anche di quest’ultimo strumento, eventualmente precisando, a maggior garanzia della parte debole, che l’assistenza di un avvocato per parte in materia di lavoro condizioni la validità dell’accordo.

Se la sfida al riguardo non dev’essere più il mero abbattimento del contenzioso all’interno degli uffici giudiziari, bensì un vero e proprio ammodernamento e allineamento agli *standard* europei del modello italiano di processo, sembra anche congruo assegnare a quest’ultimo una funzione residuale allorquando la disponibilità delle situazioni sostanziali permetta di scegliere vie alternative; a condizione, però, – asserisce, invero, taluna dottrina – che ciascuna di tali scelte sia congegnata come opportunità da vagliare liberamente, in base alle personali esigenze da soddisfare in concreto (una sorta di abito da indossare a seconda dell’occasione) e non debba mai presentarsi né rivelarsi quale un ripiego<sup>41</sup>. Con la prescrizione di estendere a numerose altre

---

<sup>40</sup> Le principali criticità riguardano il campo assicurativo, in particolare la sovrapposizione con la procedura regolata all’art. 148 cod. ass. Da ultimo il d.lgs. 30 dicembre 2020, n. 187, disciplinando il nuovo sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all’art. 187.1 cod. ass. (l’Arbitro per le controversie assicurative, AAS, di prossima istituzione), ha stabilito l’equivalenza tra quest’ultimo e il ricorso alla negoziazione assistita, dando segno di voler abbandonare la strada delle condizioni di procedibilità cumulative.

<sup>41</sup> M.A. ZUMPARO, *ADR e riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia*, 2021, 3, 135 ss.

ipotesi «il ricorso obbligatorio alla mediazione, in via preventiva» e cioè quale condizione di procedibilità rispetto al giudizio pare, invece, si continui a procedere nella direzione opposta. L'obbligatorietà del tentativo di mediazione – la quale ha come (dichiarata) ragion d'essere quella di prospettare alle parti una differente modalità di gestione della lite, onde permettere alle stesse di testarne le potenzialità e di sperimentarne i vantaggi – acquista senso qualora il contesto culturale e sociale sia ancora ignaro o quasi riguardo a un nuovo strumento, non anche dopo il decorso di quel ragionevole periodo di tempo che serve a rodarlo, in modo che chi necessiti di giustizia possa prenderlo in considerazione. In Italia la mediazione civile e commerciale è operativa da oltre dieci anni, nella maggior parte dei quali ha funzionato come condizione di procedibilità per un'ampia categoria di controversie. Se in alcune di queste (condominio, locazione e diritti reali, contratti bancari e assicurativi) vi sono stati risultati discreti, per moltissime altre il regime di obbligatorietà si è semplicemente tradotto nell'inutile differimento dell'accesso al giudice. Gli stessi esiti del monitoraggio previsto dall'intervento del 2013 sulla disciplina in parola dovevano consigliare un diverso approccio: stante anche l'alto numero di mediazioni obbligatorie *ex lege* che si esauriscono già al primo incontro, spesso senza comparizione della parte aderente<sup>42</sup>, ci si sarebbe aspettati un'accurata revisione delle materie implicate dal comma 1-*bis* dell'art. 5 d.lgs n. 28/2010, anziché questo incremento. Analoghe considerazioni valgono per la condizione di procedibilità della negoziazione assistita dagli avvocati in materia di circolazione di veicoli *ex art.* 3 l. n. 162/2014, della quale in un primo momento era stata prevista la soppressione proprio in virtù degli scarsi risultati prodotti<sup>43</sup>, recuperata poi senza particolari spiegazioni nel testo approvato definitivamente.

Di là da ciò, l'estensione dell'obbligatorietà avverrà in via sperimentale, per un quinquennio. Al termine di questo periodo occorrerà verificare i risultati raggiunti e l'opportunità di una definitiva stabilizzazione della regola: lo schema è ben noto e venne adottato, con termine quadriennale, anche al momento della reintroduzione della mediazione obbligatoria nel 2013 (d.l. n. 69/2013)<sup>44</sup>: «considerata la rilevanza dell'estensione così proposta si ritiene necessario prevedere che dopo cinque anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo che attua tali previsioni si proceda a una verifica, alla luce delle risultanze statistiche, dell'opportunità della permanenza della procedura di mediazione come condizione di procedibilità, anche tenuto conto dei più generali risultati di deflazione e diffusione della cultura della mediazione che si saranno conseguiti». Non si tratta evidentemente di introdurre una norma 'a tempo' di carattere sperimentale (assimilabile allo schema adottato dalla riforma del 2013 in esito alla sentenza della Corte costituzionale n. 272/2012), in quanto la disposizione impone la previsione e la regolamentazione di una verifica (conseguente all'allargamento delle materie sottoposte alla condizione di procedibilità) da effettuare «alla luce delle risultanze statistiche». Pare dunque evidente come l'indicazione dettata dal legislatore delegante imponga la sola verifica da effettuare su

---

<sup>42</sup> Per i dati, cfr. [www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14.page?selectedNode=0\\_10\\_3\\_2](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page?selectedNode=0_10_3_2).

<sup>43</sup> Art. 2, comma 1, lett. *f* delle *Proposte elaborate dalla Commissione ministeriale*.

<sup>44</sup> In prossimità della scadenza del termine era stata costituita con d.m. 7 marzo 2016 la commissione Alpa che, alla luce dell'andamento della mediazione obbligatoria negli anni precedenti, aveva formulato due proposte: una, di maggioranza, tesa all'estensione della sperimentazione sino al 2023, l'altra, di minoranza ed in seguito recepita dal legislatore, di definitiva stabilizzazione dell'obbligatorietà. I dati concernenti l'andamento della mediazione obbligatoria sono consultabili nel sito <https://webstat.giustizia.it/StatisticheGiudiziarie/Mediazione%20Civile.aspx>. Si veda, inoltre, la relazione del ministero sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2016 in <https://www.giustizia.it/>.

basi statistiche rimettendo (opportunamente) ogni conseguente determinazione ad una rinnovata valutazione politica; ca ciò che appare altresì chiaro è che il rilievo sempre crescente attribuito alle “risultanze statistiche” debba indurre ad una più attenta riflessione sulle modalità del rilevamento e della elaborazione dei dati in materia di mediazione perché gli stessi possano risultare davvero utili allo studio dell’istituto e alla verifica della sua efficacia nell’alveo del sistema giustizia<sup>45</sup>.

Proseguendo nella disamina, sempre la lett. c), nel testo approvato dal Parlamento, ha dipoi cura di aggiungere che «quando l’esperienza del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale le parti devono essere necessariamente assistite da un difensore e la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l’accordo e che, in ogni caso, lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale. In conseguenza di questa estensione rivedere la formulazione del comma 1-*bis* dell’articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28».

Si tratta di aggiunte del tutto superflue e pleonastiche, posto che il d.lgs n. 28/2010 (nel testo riscritto nel 2013) già prevede tutto ciò, mentre non è dato comprendere come si pensi di valorizzare la partecipazione personale ed effettiva delle parti – come pur si legge nella lett. e) dello stesso art. 1, comma 4 – scrivendo *sic et simpliciter* che «la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l’accordo». Il problema, come noto, è semmai quello che il primo incontro non sia una semplice “scatola vuota”, destinata a dare *tout court* informazioni sulla mediazione e sui suoi vantaggi come un banale “punto informativo”, assicurando, invece, che in quella sede abbia inizio una mediazione effettiva: diversamente, il primo incontro rischierà di restare per molti solo un adempimento burocratico-formale, da soddisfare per rendere procedibile la causa in sede giudiziale, con grave nocimento non solo per lo strumento conciliativo in sé, che aspira a essere complementare alla giurisdizione, ma per la cultura della mediazione e per l’ordinamento nella sua interezza. Si dovrebbe, dunque, abolire il primo incontro informativo, giustapposto nel 2013 al d.lgs n. 28/2010, consentendo che la

---

<sup>45</sup> L’obiettivo, dunque, deve essere quello di fornire agli operatori del settore e al legislatore dati ed elaborazioni di facile ed immediata lettura. Il primo passo potrebbe essere innanzitutto l’abbandono delle locuzioni “mediazione volontaria” e “mediazione obbligatoria” – ciò al fine di ribadire che lo svolgimento dell’intera procedura di mediazione e, quindi, il pagamento delle relative indennità, sia sempre frutto della libera determinazione delle parti assistite dai rispettivi avvocati all’esito dello svolgimento del primo incontro (che costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale e che prevede il solo pagamento delle spese di avvio). Conseguentemente, anche il rilevamento dei dati dovrebbe distinguere i dati delle mediazioni nelle due fasi principali: a) numero di istanze e primi incontri; b) numero di procedure effettive a pagamento e loro esiti. Solo con questa puntuale distinzione saranno chiari per ognuna delle due fasi i tempi, i costi e i loro esiti in base alle materie e al valore. Altra e più importante conseguenza della distinzione dei dati nelle due fasi è l’attento monitoraggio dell’*entry point* più efficace dell’attivazione della procedura di mediazione derivante dalla decisione volontaria delle parti. Ancora oggi, infatti, oltre l’80% delle procedure effettive di mediazione iniziano grazie all’incontro di persona tra i litiganti in un terreno neutrale sia fisico sia virtuale derivante dalla condizione di procedibilità o dall’ordine del giudice. Tale semplice rilievo rafforza l’esigenza di strumenti normativi che accompagnino le parti almeno per consentire lo svolgimento di un primo incontro in una sede neutrale e con l’assistenza di un terzo imparziale, competente e qualificato nella gestione dei conflitti. Peraltro, una evoluzione, anche nella rappresentazione delle statistiche, potrebbe consentire di rendere chiaro anche ai più scettici che la scintilla che accende l’avvio della mediazione effettiva scaturisce per l’86% dei casi durante l’incontro tra le parti previsto dalla legge o su disposizione del giudice per mancato esperimento della condizione di procedibilità. Infine, ma il rilievo è fondamentale, le elaborazioni statistiche dovrebbero essere basate sul rilevamento dei dati reali raccolti dai 575 organismi di mediazione accreditati dal Ministero della Giustizia e non più su una proiezione nazionale dei dati pervenuti.

mediazione prenda abbrivio *illico et immediate*, nella pienezza delle attività negoziali, senza patemi né preoccupazioni che ciò possa ostacolare l'accesso alla giustizia.

Il successo della mediazione dipende dalla scelta delle parti di (ri)avviare un dialogo, sol così potendosi raggiungere un accordo che soddisfi gli interessi di tutti i soggetti coinvolti e migliori i rapporti tra loro. In questo modo si pone realmente fine al conflitto anziché farlo divenire solo latente, come accade spesso nel processo, ove lo sconfitto avverte un desiderio di rivalsa che, se le interazioni con l'altra parte proseguissero, renderebbe più probabile il sorgere di ulteriori liti. Perché il dialogo inizi e dia buoni frutti è necessario che le parti accettino di “sedersi al tavolo”, ossia di partecipare alla mediazione, ed è preferibile che lo facciano personalmente e non per il tramite di un rappresentante. Il d.lgs. n. 28/2010, tuttavia, dopo la riforma del 2013 prevede che nel corso del primo incontro il mediatore illustri le caratteristiche e la funzione del procedimento e quindi chieda di “esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione” (art. 8).

L'art. 5, comma 2 *bis*, del decreto, afferma, al contempo, che nella mediazione obbligatoria “la condizione [di procedibilità] si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo”. Sul significato da attribuire alla regola contenuta all'art. 5 v'è divisione tra gli interpreti. Se taluni e la stessa Corte di cassazione<sup>46</sup> reputano sufficiente la partecipazione alla fase informativa citata poc'anzi – il rifiuto di andare oltre, cui ovviamente consegue il mancato accordo, soddisfa la condizione di procedibilità – numerosi giudici di merito<sup>47</sup> ritengono, invece, necessario che la parte onerata accetti di proseguire, sostenendo che la condizione di procedibilità non sia soddisfatta qualora venga rifiutata la “mediazione effettiva”. Questo orientamento viene adottato con maggiore frequenza per la mediazione demandata dal giudice, nonostante nel testo della legge non vengano esplicitate differenze tra le varie ipotesi di obbligatorietà: tanto il comma 1 *bis* (mediazione obbligatoria per materia) quanto il comma 2 dell'art. 5 impongono infatti genericamente di esperire il procedimento.

Per raggiungere l'obiettivo di «favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse» si chiedono regole che sanciscano «le conseguenze della mancata partecipazione»<sup>48</sup>. Finora ogni conseguenza al riguardo è coincisa con una sanzione processuale (dichiarazione di improcedibilità, valutazione ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.) o con un esborso commisurato al giudizio (condanna al pagamento di una somma corrispondente al contributo unificato), ovvero sia con effetti disomogenei rispetto alla condotta considerata, il che a ben guardare dimostra come si tenda più a dissuadere dal processo

---

<sup>46</sup> Cass. civ., 27 marzo 2019, n. 8473, in *Foro it.*, 2019, I, 3250; in *Giur. it.*, 2019, 2128 con nota di LUISO, *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*; in *Quest. giust.*, 18 aprile 2019, con nota di C. GIOVANNUCCI, *La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*; in *Judicium*, 2019, con nota di P. LUCARELLI, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro* e in *Riv. dir. proc.*, 2020, 434, con nota di A. MELUCCO, *Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento della condizione di procedibilità nella mediazione*.

<sup>47</sup> In tal senso numerosi precedenti del Trib. Firenze, a partire dal 17 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, 641 ed inoltre Trib. Palermo, 16 luglio 2014, *ibidem*; Trib. Bologna, 16 ottobre 2014, in *avvocati.rimini.it*; Trib. Siracusa, 17 gennaio 2015, in *adrintesa.it*; Trib. Roma, 19 febbraio 2015, *ibidem*; Trib. Pavia, 9 marzo 2015, in *Contratti*, 2015, 504; Trib. Milano, 7 maggio 2015, in *adrintesa.it*; Trib. Vasto, 23 aprile 2016, in *mondoadr.it*. I giudici fiorentini hanno ribadito la propria posizione anche dopo la sentenza della Cassazione citata nella precedente nota, v. Trib. Firenze, 8 maggio 2019, in *Guida dir.*, 2019, 28, 40; dello stesso avviso anche Trib. Roma, 27 giugno 2019, in *al-talex.com*.

<sup>48</sup> Così il comma 4, lett. e).

che ad incoraggiare alla mediazione. L'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010 prevede, in particolare, due sanzioni a carico di chi non partecipi alla mediazione senza giustificato motivo: il giudice può trarre argomenti di prova e, se la mediazione è obbligatoria, deve condannare la parte costituita al pagamento a favore dello Stato di una somma pari al contributo unificato. Viene, tuttavia, sanzionata la vera e propria assenza, non già il rifiuto della mediazione effettiva<sup>49</sup>. Le sanzioni per la mancata partecipazione ingiustificata, invero, sono scarsamente efficaci: la prima, che consente di trarre argomenti di prova, è apparsa da subito di difficile applicazione<sup>50</sup>, non comprendendosi come il giudice possa ricavare dall'assenza di una parte elementi di convincimento tendenti ad escludere la fondatezza delle sue pretese nel merito – poiché questa è la funzione degli argomenti di prova; la condanna al pagamento di una somma pari al contributo unificato appare rispondere, di contro, ad una logica lineare, ma di entità modesta<sup>51</sup>.

Le proposte di riforma avanzate negli ultimi anni hanno cercato in vario modo di accrescere la partecipazione alla mediazione. La commissione Alpa aveva proposto di imporre esplicitamente lo svolgimento della mediazione effettiva al fine di soddisfare la condizione di procedibilità<sup>52</sup>, stabilendo che alla fase informativa seguisse l'inizio della trattativa senza soluzione di continuità. La legge delega, recependo le proposte della commissione Luiso, adotta, invece, una diversa linea d'azione, prevedendo di «riordinare le disposizioni concernenti lo svolgimento della procedura di mediazione nel senso di favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse, regolando le conseguenze della mancata partecipazione» (comma 4, lettera e). La legge, invero, non statuisce *apertis verbis* come debba avvenire il riordino, limitandosi a chiarire che vanno favorite la partecipazione personale e «l'effettivo confronto sulle questioni controverse», *id est* la mediazione effettiva. Sotto tal profilo, la differenza rispetto alla disciplina attuale è sensibile: come detto poc'anzi, oggi viene sanzionata solo l'assenza *tout court*, in futuro comporterà conseguenze negative anche il rifiuto ingiustificato di andare oltre la fase informativa del primo incontro.

La scelta compiuta nella legge delega appare condivisibile, a condizione che le future sanzioni posseggano un'adeguata efficacia deterrente. Così facendo, infatti, non si incide sulla

<sup>49</sup> G. FANELLI, “Interferenze” ancor più qualificate tra mediazione e processo dopo il c.d. “decreto del fare” e la legge n. 98/2013, in *Judicium*, 2013, § 7.

<sup>50</sup> G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 346.

<sup>51</sup> M. BOVE, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *Società*, 2012, 304 e segg.

<sup>52</sup> Cfr. artt. 5 e 8. Imporre la mediazione effettiva comporta un significativo aumento di costi, ma, come si ricorderà, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia gli strumenti di *ADR* obbligatori devono presentare un costo “non ingente”. La *Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato* (Commissione Alpa) aveva pertanto proposto di modificare anche l'art. 17 (*Risorse, regime tributario e indennità*), comma 5-ter, del d.lgs. n. 28/2010, prevedendo un'indennità ridotta, legata al valore della lite ma in ogni caso non superiore a 200 €: «Fermo restando quanto previsto dai precedenti commi, in particolare dal comma 4 e dal decreto previsto dall'art. 16 comma 2, per il primo incontro, nei casi in cui la mediazione è condizione di procedibilità, ciascuna parte è tenuta a versare all'organismo l'importo di 40 euro per le liti di valore inferiore a 1000 euro, di 80 per le liti sino a 10.000 euro, di 180 euro per le liti di valore da 10.000 euro a 50.000 euro, di 200 euro per le liti di valore superiore a 50.000 euro. Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro tale importo sarà considerato a titolo di spese di mediazione. Nel caso in cui sia raggiunto un accordo o la mediazione prosegua oltre il primo incontro il suddetto importo sarà detratto dalla indennità di mediazione» (Testo finale della Relazione della Commissione Alpa, Proposte normative e note illustrative, 18 gennaio 2017). Questa soluzione, tuttavia, oggi sarebbe difficilmente in grado di contenere a sufficienza i costi della mediazione obbligatoria, alla luce del compenso cui ha diritto l'avvocato per la partecipazione alla fase di trattativa in base ai vigenti parametri forensi.

condizione di procedibilità, correndo il rischio di porsi in rotta di collisione tanto con la tutela costituzionale del diritto d'azione quanto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in tema di costi degli *ADR* obbligatori<sup>53</sup>, ma può orientarsi il comportamento delle parti colpendo l'atteggiamento di chiusura verso la mediazione effettiva che possieda anche una caratteristica ulteriore: l'essere irragionevole. A venire sanzionata sarà, dunque, la mancata partecipazione alla mediazione effettiva priva di un giustificato motivo. La conservazione di una simile regola elastica, oggi contenuta nell'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010, appare inevitabile, non essendo possibile tipizzare le ragioni che rendano condivisibile il rifiuto di partecipare. È auspicabile il giudice effettui al riguardo un attento controllo, in particolare escludendo che per rifiutare la mediazione sia sufficiente la convinzione, anche esatta, di avere ragione. Un simile atteggiamento si fonda, infatti, sulla considerazione del processo quale unico strumento per risolvere le controversie e sul rifiuto a priori degli *ADR*: una visione respinta dallo stesso legislatore in provvedimenti come il d.lgs. n. 28/2010. Chi ritenga di essere nel giusto, semmai, ha buone ragioni per respingere una proposta troppo esigua, non già per rifiutare di accostarsi ad un procedimento conciliativo.

Quanto alla natura delle sanzioni, si auspica il legislatore delegato riveda profondamente le scelte compiute dai redattori dell'art. 8, d.lgs. n. 28/2010. La possibilità di trarre argomenti di prova appare sostanzialmente inutile – ed in quanto tale andrebbe abolita; meglio sarebbe, invece, – accanto alla condanna al pagamento di una somma pari al contributo unificato o un suo multiplo – prevedere specifiche conseguenze sul riparto delle spese processuali. Al riguardo, tuttavia, occorrono regole chiare, dal funzionamento prevedibile: se viene lasciata discrezionalità al giudice, chi intende rifiutare la mediazione ben difficilmente modificherà il suo comportamento. Oltre a sperare di persuadere il magistrato dell'esistenza di un giustificato motivo, la parte confiderà, infatti, sulla forza di trascinamento, quantomeno sul piano psicologico, dell'aver ragione (ipotizzando che il rifiuto provenga da chi confida di vincere la causa nel merito).

La soluzione preferibile è rappresentata in caso di vittoria della parte assente in mediazione, dall'esclusione del rimborso delle spese ed in caso di sconfitta, dall'applicazione dell'art. 96, comma 3, c.p.c. Le regole appena ipotizzate non si spingono alla condanna alle spese del vittorioso, che la legge delega non prevede espressamente e, alla luce della giurisprudenza costituzionale in casi analoghi<sup>54</sup>, non è consigliabile introdurre; epperò sembrano avere il pregio di risultare applicabili tanto all'attore quanto al convenuto, evitando lo sbilanciamento a favore del secondo presente, ad esempio, nell'art. 91, comma 1, c.p.c.<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Con sentenza del 14 giugno 2017, la Corte di giustizia UE ha ritenuto che le *ADR* obbligatorie non possono ritenersi compatibili con il principio comunitario della tutela giurisdizionale effettiva quando, tra le altre cose, generano costi ingenti per le parti (Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza 14 giugno 2017, causa C-75/16). In particolare, i giudici di Lussemburgo – esaminati i rapporti tra l'istituto degli *A.D.R.* nelle vicende che coinvolgono soggetti consumatori, introdotto con il D.lgs. n. 130/2015, e quello della mediazione obbligatoria –, affermano il disposto di cui all'art 5 comma 1-*bis* del D.lgs. n. 28/2010 non sia compatibile con il principio comunitario di tutela giurisdizionale effettiva (Art. 47 Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea), e pertanto, vada, in questa circostanza, disapplicato. Le parti possono quindi scegliere di partecipare al procedimento di mediazione autonomamente, senza essere obbligate a farsi assistere da un avvocato.

<sup>54</sup> Cfr. Corte cost., 19 aprile 2018, n. 77, in *Foro it.*, 2019, I, 97, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 257 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1636; Corte cost., 11 dicembre 2020, n. 268, in *Giur. it.*, 2021, 2103.

<sup>55</sup> Sull'art. 91, comma 1, c.p.c., come modificato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, v. per tutti F. CORDOPATRI, *Un principio in crisi: victus victori*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 265.

#### **4. Un'ulteriore linea di intervento: la possibilità della parte di partecipare alla mediazione per mezzo di un rappresentante.**

Un'ulteriore linea di intervento riguarderà la possibilità della parte di partecipare alla mediazione per mezzo di un rappresentante. Come noto, la Cassazione<sup>56</sup> nel 2019 ha preso posizione in punto: con un provvedimento destinato a far discutere (sentenza 27 marzo 2019, n. 8473) la Suprema Corte ha affrontato alcune questioni in merito alla condizione di procedibilità di cui all'art. 5 co. 1-*bis* del novellato D.lgs. n. 28/2010, ed in particolare alla partecipazione delle parti al primo incontro. La Corte rileva come la lettera dell'art. 8 del D.lgs. n. 28/2010 non lasci adito a dubbi nel ritenere obbligatoria la presenza delle parti al primo incontro, argomentando poi come tale partecipazione al primo incontro «*non comporta che si tratti di attività non delegabile*», recependo sul punto un orientamento già espresso da una giurisprudenza minoritaria<sup>57</sup>.

La presenza personale della parte è, dunque, auspicabile, ma non imposta dalla legge e, pertanto, i contendenti possono rilasciare una procura a chiunque, compreso l'avvocato che li assista, purché con essa venga conferita la rappresentanza sostanziale, il potere di disporre del diritto controverso. La procura non può essere autenticata dal difensore, poiché egli dispone solo del potere di attestare la provenienza della firma in calce alla procura alle liti. Il d.lgs. n. 28/2010, tuttavia, non detta al riguardo alcun requisito formale, né i giudici di legittimità hanno chiarito se e per quale ragione occorra, ad esempio, una scrittura privata autenticata. Nel silenzio della legge, quindi, la procura deve avere la stessa forma prevista per l'accordo che si deve concludere (art. 1392 c.c.), ossia quella scritta (art. 11, d.lgs. n. 28/2010).

La pronuncia della Suprema Corte, pur essendo condivisibile<sup>58</sup>, ha messo in luce come il d.lgs. n. 28/2010 non assicuri con sufficiente forza – anzi, non assicuri affatto – la partecipazione personale delle parti, il che riduce l'efficacia conciliativa dell'istituto, fondato sulla riapertura del dialogo, di un canale di comunicazione tra le parti. La commissione Luiso prima e il Parlamento poi<sup>59</sup> hanno ritenuto necessario intervenire: il comma 4, lettera *f*) della legge delega consente di nominare un rappresentante munito dei poteri per conciliare «*solo in presenza di giustificati motivi e purché questi sia a conoscenza dei fatti*». La norma prosegue stabilendo

---

<sup>56</sup> Cass. civ., sez. III, sentenza 27 marzo 2019, n. 8473. La tesi fatta propria dalla Cassazione in precedenza era stata sostenuta da Trib. Cassino, 3 aprile 2017, in *101mediatori.it*; Trib. Verona, 11 maggio 2017, in *altalex.com*.

<sup>57</sup> Cfr. Trib. Massa, 29 maggio 2018, n. 398, per cui si deve ammettere «la possibilità di delegare ad un terzo soggetto il potere sostanziale di partecipare al procedimento (e quindi di conciliare la lite), esito interpretativo peraltro del tutto conforme ai principi fondamentali del nostro ordinamento in tema di mandato (art. 1392 c.c.), pacificamente ritenuti applicabili anche alla transazione (Cass. civ., Sez. III, 27 gennaio 2012 n. 1181) e che appaiono del tutto conformi e funzionali anche allo spirito del D.lgs. 28/2010».

<sup>58</sup> Parte della giurisprudenza di merito non condivide invece la soluzione della Cassazione: v. Trib. Firenze, 8 maggio 2019, in *adnnotariato.org* e Trib. Roma, 27 giugno 2019, in *altalex.com*. In precedenza, Trib. Firenze, 26 novembre 2014, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 588, con nota di G. RAITI, *Il primo incontro di mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2 bis, d.leg. 4 marzo 2010, n. 28*, e in *Giur. it.*, 2015, 641, con nota di E. BENIGNI, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*.

<sup>59</sup> La proposta di ammettere la nomina di un rappresentante solo per giustificati motivi era stata avanzata anche dalla Commissione Alpa, che aveva proposto di riformulare l'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010 come segue: «Le parti devono essere presenti di persona oppure, per giustificati motivi, tramite un rappresentante diverso dall'avvocato che le assiste in mediazione. Il rappresentante deve essere a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia». Per le persone giuridiche è richiesta la partecipazione tramite un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia». Nella legge delega non è stata recepita l'idea di vietare il conferimento del potere rappresentativo all'avvocato.



come anche le persone giuridiche e gli enti debbano partecipare mediante rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e in grado di concludere l'accordo.

Un primo ordine di problemi suscitato dalla norma concerne la nozione di “*giustificato motivo*”. È evidente la necessità di una norma elastica, non essendo possibile tipizzare le ragioni che rendano condivisibile la scelta di nominare un rappresentante. Ci si augura che, sia pur senza eccedere nel rigore, questa nozione non venga estesa oltre misura, in particolare considerando giustificato motivo la convinzione di non essere in grado di affrontare la trattativa per mancanza delle necessarie conoscenze tecniche (a questi fini è possibile farsi assistere dall'avvocato, non sostituire).

La verifica della sussistenza dei giustificati motivi spetta unicamente al giudice: l'organismo e il mediatore non possono interrompere la mediazione qualora ritengano ingiustificata la presenza del rappresentante, divenendo, peraltro, in questo modo la mancata conciliazione da possibile rischio “una certezza”. Semmai è possibile ricordare all'interessato quanto prevede la legge e invitarlo a valutare attentamente con il rappresentato l'opportunità di procedere in questo modo. Il giudice dovrà prendere in esame le ragioni che hanno indotto a rilasciare la procura e, qualora né l'interessato le chiarisca, né risultino dagli atti, ritenerle insussistenti. In altri termini, la parte rappresentata ha l'onere di dimostrare l'esistenza dei giustificati motivi.

Ebbene, non v'è alcun dubbio che la partecipazione attiva del diretto interessato permetta di realizzare al meglio gli scopi di questo strumento, dato che se costui neanche si presenta o comunque non collabora non può aversi una mediazione effettiva. Solo che la partecipazione personale è tanto più facile da ottenere quanto più la mediazione è voluta dal soggetto che deve comparire, mentre se questi è costretto è anche abbastanza probabile che cerchi di delegare. Non a caso, le situazioni che sotto questo profilo si sono rivelate più critiche sono quelle ove è prevista la condizione di procedibilità *ex lege*, poiché molti giudici di merito hanno ritenuto che il tentativo di mediazione svolto alla sola presenza dell'avvocato non assolvesse alla condizione. D'altro canto, in materia di diritti disponibili non sarebbe plausibile sottrarre ai privati la libertà di farsi sostituire da persone di propria fiducia, potendosi al massimo esigere la delega sia adeguata rispetto ai poteri conferiti e rivesta la forma più idonea ad assicurarne la verifica. È, pertanto, condivisibile che la riforma, nel recepire quanto indicato da autorevole giurisprudenza<sup>60</sup>, chiarisca che la rappresentanza in mediazione sia ammissibile a condizione che la persona incaricata sia a conoscenza dei fatti e abbia i poteri necessari a risolvere la controversia.

*Quid iuris* laddove i motivi non siano giustificati? La legge delega non prende posizione. Di certo non può ipotizzarsi che venga meno il potere rappresentativo: la norma vuol accrescere la partecipazione personale delle parti per facilitare la conciliazione, sicché sarebbe illogico far discendere dalla nomina “immotivata” di un rappresentante l'inefficacia dell'accordo. Appare, dunque, verosimile che, se l'accordo non sia raggiunto, la parte rappresentata venga equiparata a quella assente e sanzionata di conseguenza: d'altro canto il comma 4, lettera e), della legge delega, come si ricorderà, menziona il riordino delle conseguenze della mancata partecipazione nell'ottica di favorire la “partecipazione personale delle parti”. Una presa di posizione sul punto ad opera del futuro decreto delegato, in ogni caso, si profila assai auspicabile. Le conseguenze ipotizzate, peraltro, dovrebbero prodursi pur nei confronti della persona giuridica rappresentata in mediazione da soggetti non a conoscenza dei fatti.

---

<sup>60</sup> Cass. civ., sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473.

La legge delega mira, infine, a favorire la partecipazione delle parti recependo nel d.lgs. n. 28/2010 la “mediazione *online*”, che si è sviluppata nel corso della pandemia e ha riscosso un notevole successo<sup>61</sup>, rivelandosi uno strumento utile pur dopo il ritorno alla normalità. Lo svolgimento del procedimento a distanza al momento continua ad essere possibile ai sensi dell’art. 83, comma 20-*bis*, d.l. 18 marzo 2010, n. 18; il legislatore delegato si limiterebbe, quindi, a collocare la disciplina al di fuori della legislazione emergenziale, stabilizzandola. Il comma 4, lettera *p*), della l. 206/2021, come già il d.l. 18 marzo 2020, n. 18, prevede che i mezzi telematici ed i collegamenti da remoto siano ammessi solo con l’accordo delle parti. Non sono, invece, menzionate le altre regole contenute nel d.l. n. 18/2020, in particolare quelle concernenti l’impiego della firma digitale, la possibilità per l’avvocato di attestare l’autografia della sottoscrizione del verbale e dell’accordo di conciliazione da parte del proprio cliente e la notificazione dell’accordo. La commissione Luiso aveva, invece, proposto di inserire norme al riguardo e una semplificazione ulteriore rispetto a quanto previsto dal d.l. 18/2020.

Indipendentemente dallo snellimento della procedura, è opportuno che il decreto legislativo di prossima emanazione regoli i profili citati poc’anzi, per prevenire pericolose incertezze applicative. Un intervento in tal senso non è precluso dalla delega, in quanto nel «prevedere che le procedure di mediazione [...] possano essere svolte con modalità telematiche» rientra *sine dubio* anche la necessaria disciplina di dettaglio.

Oltremodo utile, per non dir necessaria, è la disposizione introdotta nella lett. *g*), co. 4, dell’art. 1 Legge delega, che intende «prevedere per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 20 marzo 2001, n. 165, che la conciliazione nel procedimento di mediazione ovvero in sede giudiziale non dà luogo a responsabilità contabile, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti»: norma questa assolutamente indispensabile, specie in materia di responsabilità sanitaria degli ospedali pubblici, a evitare che il timor panico di inchieste della Procura presso la Corte dei conti freni le conciliazioni da parte dei funzionari della P.A. Opportunamente, il legislatore limita la colpa grave alla «negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti», in analogia con quanto prevede l’art. 2, comma 3, l. n. 117/1988 in materia di responsabilità civile dei magistrati, novellata nel 2015<sup>62</sup>.

Assai rilevante è anche quanto prevede altresì la lett. *h*), stabilendo che «l’amministratore del condominio è legittimato ad attivare un procedimento di mediazione, ad aderirvi e a parteciparvi» e che «l’accordo di conciliazione riportato nel verbale o la proposta del mediatore sono sottoposti all’approvazione dell’assemblea che delibera con le maggioranze previste dall’articolo 1136 del codice civile e che, in caso di mancata approvazione, la conciliazione si intende

---

<sup>61</sup> Secondo le statistiche della Camera arbitrale di Milano, nel 2020 il 90% delle mediazioni si è svolta a distanza: v. si <https://www.camera-arbitrale.it/it/mediazione/statistiche-mediazione.php?id=405>. Le potenzialità di tal strumento, in ogni caso, erano state messe in luce anche in precedenza: v. ad es. E.M. LOMBARDI, *La mediazione nell’epoca della comunicazione sul web*, in P. LUCARELLI, G. CONTE (a cura di) *Mediazione e progresso*, Torino, 2012, 362 e segg.

<sup>62</sup> Cfr. A.M. TEDOLDI, *Profili processuali della responsabilità civile del giudice. I – Il *damnum re iudicata datum* nella storia e nel diritto comparato*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, n. 3, 645 ss.; ID., *Profili processuali della responsabilità civile del giudice. II – La legge 117/1988: praticamente disapplicata, farisaicamente novellata*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, n. 4, 983 ss.

non conclusa o la proposta del mediatore non approvata». Si semplifica, in tal modo, la farraginoso procedura prevista nell'attuale art. 71-*quater* disp. att. c.c., che impone una previa delibera assembleare per autorizzare l'amministratore ad attivare un procedimento di mediazione o ad aderirvi e parteciparvi, tornando poi in assemblea a riferire circa gli esiti della mediazione per deliberare nuovamente sull'eventuale proposta conciliativa sortita dalla negoziazione. La delibera assembleare riguarderà ora, *ex necesse*, soltanto la fase conciliativa e dovrà essere assunta con le maggioranze prescritte dall'art. 1136 c.c., in base alla materia del contendere.

In questo modo il rispetto delle regole contenute nel d.lgs. n. 28/2010 diviene altamente probabile: l'amministratore sarà solerte, essendo responsabile nei confronti dei condòmini sia per il mancato avvio del procedimento (*id est* per la dilazione conseguente al rilievo dell'omissione ed eventualmente anche per l'improcedibilità della domanda dichiarata in seconda battuta dal giudice), sia per la mancata partecipazione allo stesso, cui consegue l'irrogazione di sanzioni.

La menzione, dipoi, sia della proposta, sia (anche) dell'accordo è figlia di una maggiore autonomia riconosciuta all'amministratore: questi può non già solo partecipare alla mediazione, ma anche concordare con la controparte il contenuto dell'ipotetico accordo, che verrà sottoposto all'assemblea non come semplice offerta dell'altra parte, bensì quale ipotesi di conciliazione ritenuta meritevole di approvazione dall'amministratore – laddove l'assemblea non approvi, l'accordo, com'è ovvio, si considera non concluso. Quanto alla proposta, la legge delega specifica come essa provenga dal mediatore – il che implica si sia voluto evitare l'amministratore rifiuti il coinvolgimento nella trattativa: egli non può limitarsi a prendere atto di quanto l'altra parte propone, impegnandosi a riferire ai condòmini, deve prendere posizione. Se l'amministratore trova l'offerta accettabile, all'assemblea verrà sottoposto un accordo; in caso contrario l'accordo non è raggiunto e il mediatore potrà formulare una propria proposta.

Il riferimento all'art. 1136 c.c. nella sua interezza, infine, è teso a superare il riferimento contenuto nell'art. 71-*quater* disp. att. c.c. alla sola maggioranza di cui al comma 2 (la proposta deve ottenere il voto favorevole della maggioranza dei presenti che rappresenti almeno metà del valore dell'edificio). In futuro l'assemblea potrà quindi approvare l'accordo o la proposta in seconda convocazione – con il *quorum* costitutivo previsto all'art. 1136, comma 3 – se si esprime a suo favore la maggioranza dei presenti, che rappresenti almeno un terzo del valore dell'edificio<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Le pubbliche amministrazioni sovente non partecipano al procedimento di mediazione a causa di un atteggiamento "difensivo" dei funzionari, timorosi di incorrere in responsabilità erariale. Il rischio, in verità, potrebbe sussistere solo in caso di accordo, epperò i funzionari non prendono neppure in considerazione l'eventualità di conciliare e pertanto trovano inutile presentarsi. L'assenza della pubblica amministrazione è stata talora – giustamente – sanzionata dalla giurisprudenza ai sensi dell'art. 8, d.lgs. n. 28/2010; tuttavia si avverte l'esigenza di nuove regole che favoriscano la partecipazione alla mediazione dei funzionari pubblici. A tale proposito la l. n. 206/2021, recependo i suggerimenti non solo della commissione Luiso, ma anche della commissione Alpa, delega il Governo ad introdurre uno «scudo erariale» per i rappresentanti delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 che riecheggia la norma in tema di responsabilità dei magistrati contenuta nella legge Vassalli. La conciliazione non sarà, infatti, fonte di responsabilità «salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti». Di certo questa esenzione faciliterà la partecipazione delle pubbliche amministrazioni alla mediazione, ma credo che la ritrosia di queste ultime verrà definitivamente superata solo quando sarà chiarito – ad esempio tramite un'apposita circolare – che non solo i rischi connessi alla conciliazione sono ridotti, ma anzi la scelta di non presentarsi espone l'ente a sanzioni e, qualora il giudice irrogasse una condanna qualificando come ingiustificata l'assenza, il funzionario sarebbe esposto al serio rischio di incorrere in responsabilità erariale.

La lett. *i*) , dipoi, introduce, «quando il mediatore procede ai sensi dell'articolo 8, comma 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, la possibilità per le parti di stabilire, al momento della nomina dell'esperto, che la sua relazione possa essere prodotta in giudizio e liberamente valutata dal giudice». La norma affronta il problema dell'acquisizione nel successivo processo della CTM («consulenza tecnica in mediazione») eventualmente esperita durante la procedura di mediazione, non conclusasi con la conciliazione della lite. Gli obblighi di riservatezza e il divieto di utilizzazione delle attività istruttorie svolte in seno alla mediazione *ex artt.* 9 e 10 d.lgs. n. 28/2010 (ivi inclusa la CTM di cui all'art. 8, comma 4, d.lgs. cit.) ostano all'acquisizione in giudizio dell'elaborato peritale, salvo che le parti non l'abbiano espressamente autorizzata. Si pone in tal modo un limite a una giurisprudenza di merito che, in nome del principio di durata ragionevole e di non dispersione della prova, non esitava a disporre l'acquisizione della CTM, senza troppo curarsi dei vantaggi che la riservatezza della mediazione trae seco nel contesto delle negoziazioni intese a conciliare la controversia, con il rischio di frenare il buon esito delle trattative e delle attività istruttorie disposte per favorire l'accordo conciliativo. Tuttavia, questa regola scoraggia il ricorso al parere dell'esperto, essendo le parti ben consapevoli di come, laddove l'accordo non venga raggiunto, il giudice sia tenuto a disporre *ex novo* una consulenza tecnica, con una sostanziale duplicazione di costi

L'art. 8 del d.lgs. 28/2010 consente al mediatore, in caso di necessità, di «avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali». La norma non impone di ricorrere all'esperto esclusivamente per risolvere una questione non giuridica; quindi, il suo ausilio potrebbe essere chiesto anche, ad esempio, al fine di definire meglio i dettagli dell'accordo: si pensi ai comproprietari di un fabbricato intenzionati ad individuare il miglior modo per dividerlo in natura. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, egli sarà chiamato a svolgere una funzione analoga a quella del consulente tecnico d'ufficio nel processo e il legislatore ne è ben consapevole, tanto da aver inserito il riferimento agli albi istituiti presso i tribunali. Peraltro, appare opportuno sottolineare come l'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010 non richieda l'assenso delle parti alla nomina dell'esperto: il mediatore, a rigore, può provvedere autonomamente, al pari del giudice. In concreto ciò accade perché se entrambi i contendenti non desiderano la nomina dell'esperto, la reazione ad un “colpo di mano” del mediatore sarebbe verosimilmente l'abbandono del procedimento da parte di entrambi. Nondimeno, sarebbe stato preferibile cogliere l'occasione per stabilire che almeno uno dei contendenti deve approvare la scelta di avvalersi di un esperto.

La legge delega, al comma 4, lettera *i*), tenta di mitigare l'inconveniente poc'anzi descritto: rendendo possibile la produzione in giudizio della relazione si cerca di favorire la scelta di ricorrere alla “consulenza tecnica in mediazione”: affinché la relazione sia producibile occorre il consenso delle parti, da esprimere al momento della nomina dell'esperto, dunque prima di conoscere il parere di questi, per ovvie ragioni. La l. n. 206/2021 non prende posizione in merito alla forma di tale accordo, ma è evidente la necessità che esso risulti da un documento, anch'esso producibile in giudizio. Le parti potranno quindi sottoscrivere un'apposita intesa, oppure il verbale che dà conto del loro assenso<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Un interrogativo di rilievo concerne la necessità che la rinuncia alla riservatezza provenga anche dalla parte assente in mediazione. Sul punto, per prevenire contrasti interpretativi, è opportuno che il legislatore delegato prenda posizione, auspicio in senso negativo. Chi ha deciso di non partecipare al procedimento, infatti, non può pretendere che gli atti di quest'ultimo restino riservati. Una conferma in tal senso si ricava dall'art. 10 del d.lgs. 28/2010, che attualmente è d'ostacolo alla produzione della relazione: le informazioni acquisite nella mediazione

Quanto all'efficacia probatoria della relazione, la proposta della commissione Luiso tentava di prevenire in modo più incisivo il rischio di duplicazione di costi, prevedendo che restasse fermo «il potere del giudice in ordine alla sua valutazione [della relazione], all'eventuale rinnovo del giuramento, all'integrazione dei quesiti». Non essendo menzionata la sostituzione del CTU, appariva chiaro che l'incarico di consulente tecnico avrebbe dovuto essere affidato di regola a chi aveva già ricoperto il ruolo di esperto in mediazione, al fine di ottenere una sorta di supplemento di perizia. Il testo approvato dal Parlamento ne sancisce la libera valutabilità (*id est* lascia, invece, maggiore libertà al giudice), riducendo la portata della riforma.

Con la previsione della sola libera valutabilità invece, a mio avviso, si è voluto sottolineare che il giudice non è solo libero di discostarsi dal parere dell'esperto – com'è ovvio – ma può anche disporre senza vincoli *ex novo* una consulenza tecnica e designare quale CTU un soggetto diverso dall'esperto. Non trova applicazione l'art. 196 c.p.c. L'interpretazione appena suggerita è avvalorata da quanto prevede per l'istruzione stragiudiziale svolta all'interno della negoziazione assistita la successiva lettera *t*), n. 3 del comma 4: possono essere acquisite dichiarazioni di terzi (l'equivalente di una testimonianza) utilizzabili nel successivo giudizio, ma «fatta salva la possibilità per il giudice di disporre la rinnovazione» delle prove. La menzione della libera valutabilità denota, inoltre, l'intenzione del legislatore delegante di considerare la relazione dell'esperto come mezzo di prova in senso proprio, facendo tornare alla memoria l'assetto che la perizia aveva nel codice del 1865. Se la delega verrà attuata in questi stessi termini, la relazione dell'esperto potrà essere utilizzata pur per l'accertamento dei fatti – e fondare da sola la decisione, al pari delle altre prove libere – nella stessa misura in cui è ammesso il ricorso alla consulenza tecnica c.d. percipiente.

##### **5. “La cultura della mediazione e la mediazione come cultura”: la mediazione demandata dal giudice.**

In una prospettiva più ampia, la riforma si propone di incidere con più coraggio sulla mediazione demandata, di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, perché condivide, in un ordinamento democratico, l'essenza volontaria con l'ideale proprio della giustizia partecipata. In linea con l'intravista prospettiva, la mediazione delegata risulta potenziata attraverso la rete della collaborazione fra gli uffici giudiziari, le università, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio. In particolare, la lett. *o*) dell'art. 1, comma 4, Legge delega valorizza e incentiva «la mediazione demandata dal giudice di cui al comma 2 dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, in un regime di collaborazione necessaria fra gli uffici giudiziari, l'università, nel rispetto della loro autonomia, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio, che consegua stabilmente la formazione degli operatori, il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziari che demandano le parti alla mediazione».

---

sono inutilizzabili «salvo il consenso della parte dalla quale provengono», ma l'assente non fornisce alcuna informazione; dunque, la sua autorizzazione non può essere necessaria. La stessa conclusione deve valere nel nostro caso, caratterizzato da *eadem ratio*: alla riservatezza della relazione hanno interesse solo le parti presenti, che possono interagire con e fornire informazioni all'esperto.

In questo senso, la revisione della disciplina sulla formazione e sull'aggiornamento dei mediatori – mediante un aumento della durata della formazione e l'allargamento dei criteri di idoneità per l'accREDITAMENTO dei formatori teorici e pratici – appare un investimento a medio-lungo tempo per accrescere le potenzialità dell'istituto. Il criterio della delega aggiunge la necessità di «prevedere l'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati e la valorizzazione di detta formazione e dei contenziosi definiti a seguito di mediazione o comunque mediante accordi conciliativi, ai fini della valutazione della carriera dei magistrati stessi», così come invita a fare la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej) in un documento del 9 dicembre 2019, denominato «*Mediation Awareness Programme For Judges ensuring the efficiency of the Judicial Referral to mediation*», nel quadro del «*Mediation Development Toolkit Ensuring implementation of the CEPEJ Guidelines on mediation*». L'università in questo campo può e deve essere protagonista<sup>65</sup>, non solo investendo e mettendo le proprie forze a disposizione della società, ma anche assicurando che i futuri giuristi vengano formati da subito su questi temi: ai laureandi non deve essere richiesto unicamente di conoscere il processo civile, ma anche, obbligatoriamente, gli strumenti alternativi, per la conoscenza dei quali risulta altrimenti necessario “correre ai ripari” in un momento successivo.

La mediazione demandata (o delegata, o disposta) dal giudice nasce nell'impianto originario del d.lgs. n. 28/2010 recante “*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*” come facoltativa (art. 5). Tale ipotesi di mediazione, nel corso dei primi anni di vita del d.lgs. 28/2010, ha subito una vera e propria trasformazione. La disciplina originaria di cui all'art. 5, comma 2, prevedeva la possibilità per il giudice, nell'ambito di un processo civile già iniziato, di “invitare” le parti a procedere alla mediazione – si trattava, quindi, di un invito, per l'appunto non vincolante per le parti, le quali erano quindi del tutto libere di aderirvi o meno. Questa, entrata in vigore il 21 marzo 2010, è stata radicalmente novellata ad opera del c.d. “*decreto del fare*” (decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, recante “*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*”, convertito con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98).

I vari interventi previsti dal c.d. *Decreto del fare* rispondono – sulla base delle sei Raccomandazioni rivolte all'Italia dalla Commissione europea il 29 maggio 2013 nel quadro della procedura di coordinamento delle riforme economiche per la competitività – all'esigenza, tra l'altro, di “*abbreviare la durata dei procedimenti civili, riducendo l'alto livello del contenzioso*”

---

<sup>65</sup> In questo senso, tra gli altri, si era espresso un decennio fa già R. CAPONI, *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida dir.*, 2010, 12, 48 e segg.

*civile e promuovendo il ricorso a procedure extragiudiziali*<sup>66</sup>. In tale ambito d'intervento rientrano anche le novità in materia di mediazione civile<sup>67</sup>: Il Capo VIII del nuovo intervento normativo, rubricato "*Misure in materia di mediazione civile e commerciale*", infatti, reca (art. 23) rilevanti modifiche al d.lgs. n. 28/2010. Tra le novità inserite dalla riforma del 2013 di assoluto rilievo sono le modifiche introdotte in tema di mediazione demandata<sup>68</sup>: a norma del novellato art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010 (vigente dal 21 agosto 2013) il giudice non è più chiamato a proporre alle parti un semplice invito a tentare la via extragiudiziale della mediazione: la nuova normativa prevede che il giudice, allorquando ritenuto opportuno, disponga l'esperimento del procedimento di mediazione che, in tal caso, diviene condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La riforma del 2013 ha, quindi, radicalmente mutato la natura della mediazione demandata: sopravvissuta per questo alla declaratoria di incostituzionalità del 2012<sup>69</sup>, con il "*decreto del fare*" viene rivista e resa anch'essa obbligatoria, non trattandosi più di un mero invito non vincolante, piuttosto di un onere gravante sulle parti in conseguenza del provvedimento del giudice. È stato, difatti, al riguardo osservato come, disposta la mediazione dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, la partecipazione al relativo procedimento sia sottratta alla disponibilità delle parti, e non richieda alcuna loro accettazione. In quest'ultima tendenza – nell'alveo di uno sviluppo, in particolare dopo l'entrata in vigore delle nuove norme introdotte dal decreto "*del fare*", per la prima volta, di una vera e propria giurisprudenza in materia di mediazione, specie in riferimento all'esercizio da parte del Giudice dei nuovi poteri lui attribuiti dalla riforma, vale a dire quello di disporre la mediazione anche senza il consenso delle parti, previsto dalla nuova formulazione dell'articolo 5, secondo comma, del decreto 28/2010, e quello, che tocca comunque la risoluzione alternativa, di formulare una proposta conciliativa scritta, introdotto dall'articolo 185-bis c.p.c. – si inserisce, significativamente, la sentenza 30 settembre 2014 del Tribunale Firenze, la quale ha sì precisato: *«l'avvio e la partecipazione alla mediazione delegata dal giudice costituisce atto dovuto per le parti, fermo il loro diritto, già al primo incontro avanti al mediatore e dopo l'avvio dell'effettiva mediazione, di chiedere la conclusione dell'incombente, essendo così avverata la condizione di procedibilità. Pertanto, va posta la sanzione del pagamento all'Erario di importo corrispondente al contributo unificato a*

---

<sup>66</sup> Consiglio dei Ministri, Comunicato stampa, 15 giugno 2013, n. 9: "Il Consiglio dei ministri ha approvato, anzitutto, un decreto-legge recante misure urgenti in materia di crescita. Il presidente del Consiglio ha sottolineato, in apertura, che questo provvedimento – unitamente al disegno di legge in materia di semplificazioni che verrà discusso la prossima settimana in Consiglio dei ministri – ha come base le 6 Raccomandazioni rivolte all'Italia dalla Commissione europea il 29 maggio 2013 nel quadro della procedura di coordinamento delle riforme economiche per la competitività ("semestre europeo"). In particolare, i diversi interventi rispondono alle raccomandazioni di semplificare il quadro amministrativo e normativo per i cittadini e le imprese, nonché di abbreviare la durata dei procedimenti civili, riducendo l'alto livello del contenzioso civile e promuovendo il ricorso a procedure extragiudiziali; sostenere il flusso del credito alle attività produttive anche diversificando e migliorando l'accesso ai finanziamenti; intensificare gli sforzi per scongiurare l'abbandono scolastico e migliorare qualità e risultati della scuola; proseguire la liberalizzazione nel settore dei servizi e migliorare la capacità infrastrutturale, incluso nel settore dei trasporti".

<sup>67</sup> Con riferimento alle richiamate Raccomandazioni rivolte all'Italia dalla Commissione europea il 29 maggio 2013 si veda, in materia di mediazione civile, *La mediazione nella Raccomandazione all'Italia del Consiglio UE del 29 maggio 2013*, in *Osservatorio Mediazione Civile* n. 46/2013.

<sup>68</sup> G. SPINA, *Novità introdotte alla disciplina della mediazione civile e commerciale dal c.d. "Decreto del fare" convertito in legge*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2016, 5.

<sup>69</sup> Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, edita in numerose riviste, tra cui *Giur. it.*, 2013, 605, con nota di C. BESSO, *La Corte costituzionale e la mediazione*.

*carico della parte che non partecipi al procedimento, e che quindi non compaia avanti al mediatore, non costituendo al riguardo valida giustificazione la circostanza della sua mancata adesione alla procedura (cfr. verbale di mediazione negativa)»<sup>70</sup>.*

Si tratta di un segno del crescente interesse dei Giudici civili per i nuovi istituti e per le loro potenzialità, attraverso i quali, data la (relativa) discrezionalità della loro utilizzazione, il Giudice italiano può esercitare uno dei pochi poteri di *case management* esistenti nel nostro ordinamento processuale, che potrebbero in futuro portare, come già sta avvenendo in altri paesi, allo sviluppo non solo di un efficace sistema di risoluzione alternativa delle controversie, con esclusione del ricorso agli strumenti giurisdizionali, ma anche, forse, e molto più ambiziosamente, di un meccanismo di risoluzione integrata delle controversie, caratterizzato cioè dalla possibilità di un uso articolato di strumenti di risoluzione diversi e non omogenei, all'interno dello stesso procedimento. È evidente l'importanza strategica, specie in Italia, del ruolo del Giudice e del *referral* giudiziario ai fini dell'affermazione della mediazione, sia perché l'ordine del Giudice attribuisce legittimazione e cittadinanza sostanziale nel nostro ordinamento ad uno strumento troppo spesso banalizzato (quando non criminalizzato come un fenomeno di "privatizzazione della giustizia"), e considerato da molti alla stregua di una specie di "retrobottega" del sistema giurisdizionale, sia perché può permettere di superare il problema della obbligatorietà del tentativo (oggetto nel nostro paese di uno scontro destinato altrimenti a perpetuarsi all'infinito), inserendo la mediazione (ed in un futuro non lontano anche altri meccanismi alternativi) all'interno dello stesso processo civile, come una sua articolazione fisiologica.

Come accennato, la natura obbligatoria della mediazione demandata *ex art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010* discende – come per la mediazione c.d. obbligatoria *ex lege* (art. 5, comma 1-*bis*) – dalla circostanza che, a seguito dell'invio del giudice, l'esperimento del procedimento di mediazione diviene condizione di procedibilità della domanda giudiziale. A differenza però da quanto previsto dall'art. 5, comma 1-*bis*, l'attuale disciplina della mediazione demandata non ha natura transitoria: la sanzione dell'improcedibilità della domanda giudiziale in caso di mancato esperimento della mediazione demandata non è disposizione introdotta in via meramente sperimentale, bensì regola processuale vigente sin quanto non interverranno eventuali modifiche normative. La non transitorietà della disciplina della mediazione demandata (in particolare del meccanismo della improcedibilità della domanda giudiziale) conferisce, quindi, a tale ipotesi di mediazione una rilevanza di prim'ordine nel panorama degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione.

Molto interessante appare, al riguardo, l'analisi dei dati sulla diffusione della mediazione civile e commerciale forniti dal Ministero della Giustizia (Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi – Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa). Dalla rilevazione statistica del dicastero – proiezione nazionale in cui è contenuta un'analisi per materia, per territorio e per classe di valore della lite delle procedure di mediazione (nel testo statistico sono indicati anche i procedimenti di mediazione civile iscritti e definiti per tipologia di organismo di conciliazione e gli esiti della mediazione per tipologia di procedimento di mediazione) – emerge come le mediazioni demandate – nel solco di un incremento di circa il 32% e il 40% delle iscrizioni e delle definizioni del 2021 con quelle del 2020 (incremento in

---

<sup>70</sup> Trib. Firenze, Sez. III civile, 30 settembre 2014, in *Osservatorio Mediazione Civile*, 2015, n. 1.



parte imputabile a una ripresa dell'attività giudiziaria post pandemia che ha determinato un recupero, seppur parziale, delle iscrizioni e delle definizioni non effettuate nel corso del 2020) – siano in costante crescita, assestandosi al 16% dei procedimenti di mediazione svoltisi nel nostro Paese dal 1 gennaio al 31 dicembre 2021<sup>71</sup>.

La mediazione demandata, tuttavia, – pur comportando un diverso approccio soggettivo e psicologico delle parti inviate in mediazione non solo in quanto obbligate, a pena dell'improcedibilità della domanda, a sedersi al tavolo della mediazione, ma anche giacché addivenute in mediazione per il tramite di un provvedimento del giudice che spesso contiene indicazioni e spunti concreti di riflessione per parti e mediatore, con la conseguenza di conferire alla categoria della mediazione demandata veste e potenziale efficacia del tutto peculiari<sup>72</sup> – non è ancora sì diffusa in modo uniforme sul territorio nazionale, anzi viene utilizzata “a macchia di leopardo”, principalmente nelle sedi ove sono attivi specifici progetti o magistrati molto attenti allo sviluppo dell'istituto. Appare ragionevole, quindi, la scelta del Parlamento di incentivarne l'impiego agendo su quattro versanti: collaborazione tra uffici giudiziari, università, organismi di mediazione, avvocatura e altri enti e associazioni professionali finalizzata alla formazione degli operatori, al monitoraggio delle esperienze e al tracciamento dei provvedimenti che demandano la mediazione<sup>73</sup>; predisposizione di percorsi formativi specifici dedicati ai magistrati; valorizzazione al fine della valutazione di carriera dei magistrati della partecipazione a questa formazione e della definizione delle liti a seguito di mediazione o conciliazione ottenuta in altra sede (comma 4, lettera o, della legge delega); supporto dell'ufficio per il processo, che coadiuva il giudice nella valutazione dei presupposti di mediabilità (comma 18, lettera b, n. 1).

Il sistema appena delineato è certamente ambizioso e necessita dell'emanazione non solo del futuro decreto legislativo, ma verosimilmente anche di uno o più provvedimenti attuativi che regolino la materia più analiticamente. Sin d'ora sono tuttavia possibili alcune considerazioni.

L'incidenza delle conciliazioni – in mediazione e fuori di essa – sulla carriera dei magistrati offre un riscontro ulteriore, se ve ne fosse bisogno, dell'abbandono della prospettiva del processo come unico strumento di risoluzione delle liti. Il magistrato compie il suo dovere e va valutato positivamente sia che attribuisca la ragione ed il torto, sia che propizi, ove possibile, l'accordo tra le parti. Il monitoraggio delle esperienze e il tracciamento dei provvedimenti riveste grande importanza, perché consente di rendere progressivamente più accurata la scelta delle cause adatte alla mediazione. Infatti, l'invio in mediazione non è opportuno per tutte le

---

<sup>71</sup> Per una più approfondita analisi dei dati statistici elaborati e forniti dal Ministero della Giustizia (Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi – Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa) relativi alla mediazione per l'anno 2021, cfr. <https://webstat.giustizia.it/>.

<sup>72</sup> Il raggiungimento degli accordi conciliativi nell'ambito della mediazione demandata valorizza quell'impostazione che vede la figura del giudice come “*compositore di controversie*”. In tal senso cfr. Trib. Fermo, 21 novembre 2013, ove si legge: «la figura del giudice come “compositore di controversie” (tra l'altro una delle opzioni avanzate dalla sociologia sulla “figura del giudice”, ovvero, almeno in civile, un “mediatore di conflitti”) non da ora è nel diritto positivo, e da oggi con chiara scelta legislativa di *favor* (I) (II). Va tuttavia osservato che, sebbene le caratteristiche del mediatore non sono le caratteristiche del giudice in quanto tale (cioè di chi decide), nessuno dice che il giudice deve fare delle proposte da cui decisamente traspaia come la pensa; ciò è evidente *in limine litis*, ma anche a fine istruttoria è così (in quanto l'unico vero ostacolo – in cui è in gioco il diritto costituzionale di difesa – è che il giudice, con la sua proposta, non deve spingere la parte che, per motivi psicologici e/o economici, non è in grado di “reggere” i tempi di un processo medio, ad accettare una proposta che le dia molto di meno di quanto le spetta o le imponga molto di più di quanto deve dare)».

<sup>73</sup> La proposta della commissione Luiso specificava la possibilità di attivare nei tribunali protocolli con enti territoriali “sulla base di progetti già realizzati e monitorati”, con la supervisione del Ministero della Giustizia.

liti mediabili – ossia quelle che vertono su diritti disponibili – ma solo qualora vi siano ragionevoli prospettive di conciliazione. La stessa legge delega sembra muoversi in questa prospettiva, facendo incidere sulla carriera del magistrato non l’invio in mediazione in quanto tale, ma la definizione della lite grazie alla mediazione demandata: “viene in rilievo una considerazione che risulta coerente con le indicazioni date dalla Commissione europea per il PNRR. Il richiamo a una riduzione dei tempi di durata dei procedimenti (*disposition time*), a cui può concorrere anche un’attenta applicazione dell’istituto della mediazione delegata e della conciliazione giudiziale, impone di considerare e valutare il lavoro del giudice non solo in relazione al numero di sentenze, ma anche in ragione dell’andamento del ruolo di cause assegnategli e della durata media dei processi, atteso che una causa conciliata certamente non produce ulteriori gradi di giudizio”<sup>74</sup>.

Vieppiù. Il ricorso generalizzato alla mediazione demandata, inoltre, non farebbe che creare una *chicane* processuale di scarsa efficacia, depotenziando nel complesso la decisione del giudice: la mediazione demandata oggi è efficace in quanto il giudice fa comprendere alle parti che l’impiego della mediazione è particolarmente opportuno nella loro lite alla luce di alcune specificità e non sulla base di una valutazione astratta analoga a quella che il legislatore ha compiuto nell’individuare le materie soggette a condizione di procedibilità. Ai fini di una selezione accurata è di grande importanza pur l’ausilio dell’Ufficio per il processo, i cui componenti necessitano a propria volta di una specifica formazione. Un impatto ancora maggiore potrebbe avere in futuro l’impiego di un’intelligenza artificiale<sup>75</sup> in grado di riconoscere le liti da inviare in mediazione con precisione progressivamente crescente, sempre, com’è ovvio, limitando il suo ruolo a quello di mero suggeritore<sup>76</sup>, con il giudice libero di recepire o meno l’indicazione

---

<sup>74</sup> Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2021 del Primo Presidente della Corte di Cassazione Pietro Curzio in occasione dell’Inaugurazione anno giudiziario 2022, Roma, 21 gennaio 2022. In punto, si veda l’estratto contenente i passaggi di maggior interesse della Relazione in tema di mediazione, ADR e conciliazione, “Inaugurazione dell’anno giudiziario 2022: la mediazione nella relazione di Pietro Curzio, Primo Presidente della Corte di cassazione”, in *Osservatorio Mediazione Civile*, 2022 n. 9 (15 marzo 2022).

<sup>75</sup> L’Intelligenza artificiale, sulla scorta della distinzione del Prof. Nieva Fenoll, sia essa forte, ossia come intelligenza in grado di sostituirsi integralmente al pensiero umano, o debole, ossia come intelligenza in grado di sostituire solo mere operazioni dell’uomo a seguito dell’inserimento di parametri all’interno della macchina, è ormai entrata a far parte del lessico quotidiano, ma genera profondi interrogativi. Molti anni fa i giuristi indagavano sul percorso della formazione della volontà nell’epoca dell’avvento dei sistemi digitali. Quelle illuminanti intuizioni sul futuro del processo di formazione della volontà in ambito contrattuale oggi pongono nuovi e diversi quesiti relativi all’inedito baricentro dell’autonomia privata, proiettato anche nella fase patologica dei rapporti giuridici. Utile sarebbe comprendere se si possa affrontare il tema della comunicazione e dell’intelligenza artificiale nel processo di formazione della volontà delle parti nella conclusione di negozi giuridici *ad finiendas lites*. Affrontando questi temi, ovviamente, il pensiero corre alla mediazione ed al ruolo facilitativo del mediatore nel percorso solutivo che conduce le parti ad un possibile accordo. Sebbene la semplice riproduzione dell’aspetto umano non sia sufficiente per mettere *robots* o *avatars* allo stesso livello di efficienza relazionale, gli studi di See del 2009 hanno dimostrato come l’AI (*Artificial Intelligence*) sia capace di comportamenti per la facilitazione delle controversie. Le capacità degli agenti relazionali di connettersi e coinvolgere l’interlocutore umano, infatti, possono essere utili nei casi in cui sia necessario creare un ambiente empatico e naturale. A tal proposito questa competenza è stata utilizzata dal prof. D.A. Larson nel 2010 all’interno della *Deaf Community* (comunità dei sordi): lo studioso si è infatti chiesto se il dispositivo artificiale fosse in grado di comunicare emozioni anche laddove mancasse l’abilità verbale. La lunga padronanza delle competenze testuali della comunità dei sordi fornisce una risposta chiara a tale domanda (Cfr. D.A. LARSON, *Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator*, 25 Ohio St. J. on Disp. Resol. 105, 2010). Le ricerche future dovrebbero, pertanto, approfondire il ruolo dell’intelligenza artificiale nella discussione e nella soluzione delle controversie.

<sup>76</sup> Circa la possibilità, l’utilità e i limiti di utilizzabilità dell’intelligenza artificiale nella mediazione, e, più in generale, nei procedimenti stragiudiziali di composizione consensuale delle controversie privatistiche, cfr. le indicazioni e le rilevanti osservazioni di C. PILIA, *L’intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, in R.

in base alla sua esperienza. Affinché tutti gli interessati possano partecipare allo sviluppo di questa tecnologia è tuttavia necessario che vengano resi pubblici i dati frutto del monitoraggio, con un livello di analiticità superiore a quello delle statistiche sull'andamento del contenzioso oggi disponibili<sup>77</sup>.

## **6. Osservazioni conclusive: la mediazione, “strumento di resilienza” delle persone.**

“Si rileva che attraverso tale istituto si può evitare che la conflittualità perduri oltre la definizione della singola controversia – si pensi alla materia condominiale – e si riconosce una progressiva crescita nell'applicazione dello stesso che può concorrere in modo significativo ad un diffuso mutamento culturale, ad una diversa prospettiva delle relazioni sociali, improntate ad un maggiore rispetto dell'altro, al recupero di effettività dell'amministrazione della giustizia, con ricadute positive dal punto di vista economico-competitivo del nostro Paese. In questa prospettiva, la più articolata categoria giuridica delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie (*A.D.R.*), da un punto di vista culturale, viene ad affiancarsi e non a contrapporsi alla giurisdizione, di talché anche il giudice, attraverso la mediazione demandata ed sperando direttamente la conciliazione può concorrere, sia pure nella giurisdizione, al conseguimento degli obiettivi condivisi di tempestività e di soluzione del conflitto, oltre che di definizione del procedimento”<sup>78</sup>.

La legge delega 26 novembre 2021 n. 206 prefigura una riforma della mediazione nel complesso condivisibile. La riduzione del contenzioso non sembra, infatti, essere stata l'unica prospettiva presa in considerazione dal legislatore: accanto ad un'estensione dell'obbligatorietà e alla introduzione di regole che colpiscono il rifiuto preconcetto del tentativo di risolvere stragiudizialmente la lite, sono stati previsti numerosi altri interventi tesi ad incrementare la qualità della mediazione e a far fronte ad alcune sue criticità – basti pensare alla migliore formazione per i mediatori, al controllo più penetrante sugli organismi e sui loro responsabili, alle risposte ai timori dei pubblici funzionari, alla esplicita ammissione del patrocinio a spese dello Stato e, più in generale, all'investimento di maggiori risorse. V'è, dipoi, l'intervento sulla mediazione demandata dal giudice, forse in assoluto – denotando una piena consapevolezza di come la risoluzione appropriata delle controversie non sia necessariamente quella giurisdizionale ed al contempo offrendo un'importante prospettiva per il futuro – il più rilevante.

La Riforma, *cum aliis verbis*, non si accontenta di utilizzare il metodo di risoluzione alternativa quale strumento deflattivo del contenzioso, ma mira a costruire una cultura della conciliazione.

---

GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, 857 ss. Si vedano altresì: G. MATTEUCCI, *Online Dispute Resolution e giustizia digitale. L'uso della tecnologia informatica (ITC) per prevenire o risolvere controversie in via stragiudiziale*, in *Altalex*, 23 febbraio 2021; ID., *ODR-Online Dispute Resolution and justice, in the post COVID-19*, §5. *Mediation predictability*, in R. PÉREZ MARTELL (Coordinadora), *La Tecnología y los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Barcelona, 2020; S. CASABONA, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'Alternative Dispute Resolution all'alien dispute resolution*, in *Dir. inform.*, 3017, 3, 497 ss.

<sup>77</sup> La necessità di dati più accurati, di recente, è stata sottolineata anche da P. NAPPI, *I primi dieci anni della mediazione delle controversie civili e commerciali in Italia: riflessioni e proposte*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 411 e segg.

<sup>78</sup> Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021 del Primo Presidente della Corte di Cassazione Pietro Curzio in occasione dell'Inaugurazione anno giudiziario 2022, Roma, 21 gennaio 2022.

La Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, che consta di 30 consideranda e 14 articoli, è rilevante per la determinazione del ruolo del mediatore e della cultura della mediazione. Nel *considerandum* n. 1 si parla di “mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (così anche il *considerandum* n. 5) che è quanto avviene nella camera di mediazione (per la mediazione in materia civile e commerciale) e nella stanza di mediazione (per la mediazione familiare e quella penale). Lo spazio di libertà (etimologicamente “condizione di chi ha il godimento della sua persona”), sicurezza (etimologicamente “senza preoccupazione”) e giustizia (che significa pure “rettezza, ragionevolezza”), oltre ad avere un significato giuridico di politica europea (dal Titolo V del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea), risponde – come si evince dal *considerandum* n. 6 – a “esigenze delle parti” (“esigenza”, “ciò che viene fuori” e la mediazione opera proprio nel senso di “*ex agere*”, spingere fuori, condurre oltre), le quali si liberano dall’assoggettamento alla conflittualità, e secondariamente risponde ad un’istanza oggettiva di “migliore accesso alla giustizia” (consideranda nn. 2 e 3), che consente di ridurre i costi economici e sociali.

La mediazione – che si distingue dagli altri “procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie” perché “può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie” (dal *considerandum* n. 6) – preserva “una relazione amichevole e sostenibile tra le parti” (dal *considerandum* n. 6): è una sorta di “educazione alla sostenibilità” in cui le parti comprendono altresì di far parte di un sistema in cui tutto è in relazione, quella relazione che è alla base del principio di solidarietà e sussidiarietà. Infatti, una delle parole più usate nella Direttiva è “relazione” (per es. art. 1 par. 1 “equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”; art. 4 par. 2 “in relazione alle parti”), al pari dell’aggettivo “amichevole” – ripetuto per ben tre volte, giacché scopo della mediazione è preservare l’amichevolezza che è alla base della convivenza civile. La mediazione è espressione del “diritto amichevole” o “*mite*”, com’è stato significativamente definito dal costituzionalista Gustavo Zagrebelsky<sup>79</sup>. Essa, soprattutto, è un’educazione alle differenze (etimologicamente “portare da una parte all’altra” e, quindi, dare un “proprio” apporto): aiuta a comprendere la positività del conflitto, che è un mettere a confronto, far incontrare (dal filosofo Lucrezio), e che non è un dissidio (etimologicamente “separare, appartarsi da coloro con i quali non si consente”) e non è né deve diventare una manifestazione di violenza, considerato che la persona cresce e si forma superando conflitti interiori ed esterni.

La media conciliazione – introdotta nel nostro ordinamento dal 2010, quando il legislatore ne ha reso obbligatorio il tentativo, in determinate materie – non ha prodotto l’atteso effetto deflattivo del contenzioso giudiziario, e ciò non già solamente per una questione di costi (giacché un giudizio ordinario è pacifico costi molto molto di più della mediazione), ma soprattutto per una questione di mentalità. La categoria forense ha accolto con diffidenza l’istituto, avvertito a “pelle” come l’ennesimo tentativo del legislatore di rendere sempre più irta di ostacoli la strada del tribunale. La società civile, d’altro canto, non ha sviluppato una mentalità diversa da quella del contenzioso giudiziario – è interessante un’osservazione di Duccio Scatolero, a parer del quale (e, parimenti, secondo uno dei maestri della mediazione scolastica in Francia, Bonafè

---

<sup>79</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

Schmitt): “*gli italiani*” – forse mancando di “senso dell’altro” – “*non sanno caratterialmente mediare: amano i conflitti e li aggrediscono in modo sanguigno*”<sup>80</sup>.

Per il successo della mediazione non basta, allora, lo stimolo dei benefici fiscali, occorrendo altresì ingenerare una riflessione, di carattere culturale, che cerchi in profondità i vantaggi della giustizia mediata, e penetri all’interno della società a partire dalle giovani generazioni. Bisogna afferrare il nodo della questione: esiste una chiara convenienza umana e civile in uno stile di fare giustizia che sa mediare i conflitti anziché esasperarli. “Qualche volta maturiamo un atteggiamento autoreferenziale verso il diritto e ci dimentichiamo che esso serve proprio per gestire i conflitti e se possibile, prevenirli, e comunque per evitare che qualcuno o qualcuna sia legge a se stesso e possa rivendicare un improprio uso della violenza per accampare diritti, che magari effettivamente gli o le competono. La mediazione ha il merito di associare in modo molto intuitivo la difesa dei diritti con l’adempimento dei doveri, in chiave relazionale e pertanto anche giuridicamente significativa” – ricorda il Prof. Consorti, che – sottolineando come il “saper mediare” sia *sine dubio* segno di maggiore autonomia dei soggetti coinvolti, di consapevolezza etica dell’importanza dei rapporti, di capacità di risolvere e riparare per raggiungere una buona realizzazione degli interessi dei clienti, e restituire un miglioramento della loro qualità di vita – non manca di citare il percorso compiuto da Ghandi “l’apostolo della non violenza”: “nel 1891, a ventidue anni, Ghandi tornò in India già avvocato, dopo avere studiato a Londra, era già iscritto all’albo eppure osservava “farsi iscrivere all’albo degli avvocati era facile, ma era difficile esercitare, avevo studiato legge, ma non avevo imparato a praticarla, avevo letto con interesse le massime legali, ma non sapevo applicarle alla mia professione. Trasferito in Sud Africa, si scontrò con l’apartheid e orientò la sua prassi forense nella direzione della ricerca della verità, usando il diritto per dare spazio agli interessi dei suoi clienti, interessi che non erano sempre immediatamente chiari e non sarebbero mai venuti alla luce in un processo ordinario, perché questo non guarda alla persona nella sua totalità, ma si limita a dare ragione a una parte e torto all’altra, giungendo così ad una verità processuale che non corrisponde necessariamente alla verità dei fatti e soprattutto muove da premesse che tendono ad escludere l’interesse verso la persona come tale”.

“Le riforme in materia di giustizia sono la preconditione per centrare gli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza, anche per la ricaduta economica” – ha specificato la Ministra Cartabia. “Le stime della Banca d’Italia indicano che la piena realizzazione degli obiettivi determinerebbe un aumento dell’1,7% del Pil”. E nelle comunicazioni, per quanto di competenza, sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza in Commissione Giustizia, il 15 marzo 2022, dopo la Camera la Guardasigilli ha riferito in audizione al Senato, sintetizzando le principali linee di intervento da attuare, come “sul fronte giustizia siano rispettati tutti i tempi previsti dal Pnrr”: ammontano a un totale di 2 miliardi e 827 milioni gli investimenti nel settore giustizia, di cui 2 miliardi e 282 milioni per l’ufficio per il processo, 83,5 milioni per la digitalizzazione, 412 milioni per la riqualificazione degli immobili<sup>81</sup> e 50 milioni per le

---

<sup>80</sup> D. SCATOLERO, *Ma il nostro è un paese per mediatori? Breve storia dei tentativi di diffondere la mediazione in Italia*, Torino, 2013.

<sup>81</sup> All’interno della missione “M2” e della sua componente “M2C3” destinata alla efficienza energetica e riqualificazione degli edifici dal costo totale di 11,49 mld, è previsto uno specifico intervento “M2C3 (Investimento 1.2: Costruzione di edifici, riqualificazione e rafforzamento dei beni immobili dell’amministrazione della giustizia) di “efficientamento degli edifici pubblici” che, a sua volta, contempla uno stanziamento di 430 milioni per gli edifici

elaborazioni di nuovi strumenti di analisi dati. Un lavoro che mira a non rimanere estemporaneo ma a creare un cambio di paradigma, alleggerendo il sistema. E solo lo scorso 28 febbraio, direttamente la presidente della Commissione Ue, Ursula von der Leyen, ha voluto valorizzare – tra l’altro – proprio i progressi raggiunti dall’Italia in materia di giustizia.

La riforma della giustizia civile ad oggi è entrata nella fase attuativa: con il Decreto del 14 gennaio 2022 la Ministra ha costituito, infatti, presso l’Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia sette gruppi di lavoro per l’elaborazione degli schemi di decreto legislativo le cui bozze dovranno essere ultimate entro il 15 maggio 2022. È iniziata, quindi, la fase che condurrà nei prossimi mesi all’attuazione dei principi contenuti nella legge 26 novembre 2021 n. 206 con la quale il Parlamento ha delegato il Governo per l’adozione di una complessa riforma destinata a riscrivere molte regole del processo, ma anche relative alla mediazione, alla negoziazione assistita e all’arbitrato. In vista della riforma e nel solco, pur denso di luce ed ombre<sup>82</sup>, della

---

giudiziari. Si legge nel Piano Nazionale per la ripresa e la resilienza (298): “Questa misura mira a ristrutturare e riqualificare strutture inadeguate dell’amministrazione della giustizia. L’intervento si focalizza sulla manutenzione di beni esistenti, consentendo la tutela, la valorizzazione e il restauro del patrimonio storico che spesso caratterizza gli uffici dell’amministrazione della giustizia italiani. Oltre all’efficientamento dei consumi energetici, il programma mira inoltre a garantire la sostenibilità economica, ambientale e sociale degli interventi attraverso l’uso di materiali sostenibili e l’utilizzo di energia elettrica autoprodotta da fonti rinnovabili. Gli interventi devono inoltre adattare le strutture per ridurre la vulnerabilità sismica degli edifici. L’elenco indicativo dei comuni in cui si devono svolgere gli interventi è il seguente: Bari, Bergamo, Bologna, Cagliari, Firenze, Genova, Latina, Messina, Milano, Monza, Napoli, Palermo, Perugia, Reggio Calabria, Roma, Trani, Torino, Velletri e Venezia. L’intervento non deve comprendere le caldaie a gas naturale”. Le misure relative all’Investimento 1.2. sono le seguenti: M2C3-7 (T4 2023): l’aggiudicazione di tutti i contratti pubblici per la costruzione di nuovi edifici, la riqualificazione e il rafforzamento dei beni immobili dell’amministrazione della giustizia è firmata dal ministero della Giustizia a seguito di una procedura di appalti pubblici; M2C3-8 (T1 2026): costruzione di edifici, riqualificazione e rafforzamento dei beni immobili dell’amministrazione della giustizia. La titolarità negli Accordi operativi risulta del Ministero della Giustizia, del Ministero delle Infrastrutture e della Agenzia del Demanio. Quanto alla edilizia penitenziaria, la ministra Marta Cartabia in Commissione Giustizia al Senato (del 15 marzo 2022) durante l’illustrazione dello stato di attuazione del PNRR nella parte di sua competenza ha rappresentato quanto segue: «Nelle nostre carceri ci sono quasi ovunque spazi al limite della decenza. Vanno recuperati, perché inevitabilmente finiscono per diventare inagibili e ridurre gli spazi disponibili, aumentando così il sovraffollamento. Questo va fatto in via ordinaria». In tal senso, la Guardasigilli ha però aggiunto come con i fondi straordinari del PNRR sia previsto un «investimento per otto nuovi padiglioni, a Ferrara, Vigevano, Rovigo, Perugia, Viterbo, Civitavecchia, Santa Maria Capua Vetere e Reggio Calabria, che dovrebbero portare all’aumento di 640 nuovi posti detentivi ma accompagnati anche da adeguati spazi per il trattamento» e precisato il progetto sia nelle mani del Ministero delle Infrastrutture. In materia di edilizia carceraria, in particolare, nel Piano complementare al PNRR (in allegato la programmazione complementare) al punto 24. sono previsti “Investimenti complementari alla strategia della Missione 5 - Inclusione e coesione Componente 2 - Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore” per “costruzione e il miglioramento di padiglioni e spazi strutture penitenziarie per adulti e minori” (M5C2 - Costruzione e Miglioramento padiglioni e spazi strutture penitenziarie per adulti e minori – v.si Allegato I Piano Finanziario PNRR - Fondo complementare aggiornato al 23 febbraio 2022).

<sup>82</sup> G. SPANGHER, *Riforma della giustizia: luci e ombre di un compromesso ancora incerto*, in *Guida al diritto*, 2021, n. 29 (24 luglio 2021); A. STELLA, *Un anno di Marta Cartabia ministro della giustizia, tante luci e qualche ombra*, in *Il Riformista*, 31 dicembre 2021, ove, in occasione della illustrazione da parte della Ministra Cartabia il 15 marzo 2021 alla Commissione Giustizia della Camera delle linee programmatiche, si riportano i pareri ad alcuni degli osservatori più acuti della riforma della giustizia. Per l’avvocato Gian Domenico Caiazza, Presidente dell’Unione Camere Penali “l’avvento della Cartabia ha segnato senza dubbio una inversione di tendenza rispetto alla politica giudiziaria di Bonafede. Nel suo discorso alla Camera abbiamo sentito invocare tutti i principi costituzionali negletti nei due anni precedenti. Ciò nonostante” – con particolare riferimento alla riforma della prescrizione –, “se è vero che ha superato la barbarie della Bonafede, tuttavia ha dato vita ad una soluzione pasticciata, complessa, anche a causa delle pressioni dei procuratori antimafia, su cui quasi sicuramente interverrà la Corte costituzionale a partire dalla discrezionalità affidata al giudice di decidere sulla complessità dei procedimenti e quindi sulla loro durata”. Parimenti, vi sono ombre anche per il prof. Spangher: «la Ministra cerca di accreditarsi come garantista, i suoi intenti sono più favorevoli rispetto a quelli di Bonafede ma volendo giudicare il suo operato

stessa, lo sguardo si estende al cambiamento e muove fiducioso fianco verso una “nuova mediazione”, potenziata e ben calibrata, conscio di un’opportunità che è necessario saper cogliere e di come la capacità di mediare sia la “nuova virtù dell’era post crisi Covid”, quella della resilienza: “la pratica della mediazione dei conflitti genera, sia nei professionisti che nei configgenti, la capacità di resistere alla rottura (questa è la resilienza alla crisi), la capacità di gestire rapporti con la propria forza di volontà, quindi con l’autonomia, la predisposizione al dialogo e la ricerca di soluzioni soddisfacenti, impiegando quella che si chiama l’intelligenza relazionale”<sup>83</sup>.

**ABSTRACT:** Nelle linee programmatiche indicate al Parlamento dalla Ministra della Giustizia Cartabia il 18 marzo 2021 per l’innovazione della giustizia civile, un ruolo centrale è stato assegnato ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie e, in particolare, alla mediazione dei conflitti non soltanto per gli «effetti virtuosi di alleggerimento dell’amministrazione della giustizia», ma in funzione della loro «complementarità rispetto alla giurisdizione, di coesistenza» più che di alternatività. L’intervento legislativo – articolato seguendo tre direttrici, quali la definizione degli ambiti di applicazione (per estenderne la portata, specie nei settori ove statisticamente si sono verificate maggiori possibilità di successo); la previsione di incentivi (processuali, economici fiscali) e la revisione del rapporto tra mediazione e giudizio (valorizzandone una più compiuta interrelazione grazie a uno sviluppo della mediazione delegata dal giudice) – inaugura la seconda stagione di riforme per la mediazione (dopo quella del 2013). L’auspicio è che questa, alla luce delle sollecitazioni del modello francese e delle buone prassi sperimentate sui temi della media-conciliazione, possa concretizzarsi in coerenza con i principi espressi e in tempi ragionevolmente rapidi, con l’obiettivo di realizzare un sistema complesso e coerente per la giustizia civile, facilmente accessibile, ove la via conciliativa e quella giurisdizionale dialoghino (secondo quanto indicato dall’art. 1, Direttiva 2008/53/CE), rispondendo alle esigenze di efficienza e sostenibilità. Un sistema nel quale la composizione delle liti in chiave coesistenziale ampli e renda effettivo l’accesso alla giustizia in un quadro solidaristico di caratura assiologica costituzionale che miri a rafforzare la coesione sociale e a rilanciare il sistema economico.

Programmatic lines indicated in the Parliament by the Minister of Justice Cartabia on 18 March 2021 about the innovation of civil justice, a central one has been assigned to alternative dispute resolution systems and, in particular, to the mediation of conflicts not

---

in termini di effettività i limiti sono piuttosto forti, se solo pensiamo alle soffocate spinte innovative della Commissione Lattanzi e alla improcedibilità. La Cartabia è una costituzionalista e sul terreno dei principi si muove molto bene, ma i meccanismi della giustizia penale sono strumenti molto sofisticati. E poi tutte le iniziative delle commissioni ministeriali sono state azzerate, non si sa ancora se per effetto dell’apparato ministeriale o di alcune forze politiche; come è accaduto quando Costa ha chiesto tre giudici per autorizzare l’utilizzo del trojan ma il Governo ha espresso parere negativo. E, nonostante l’emergenza che vive il carcere, ancora non vediamo azioni concrete. Evidentemente ci sono delle dinamiche politiche e delle incrostazioni ministeriali che neanche la Ministra riesce a scardinare. E se a ciò aggiungiamo la difficoltà di tradurre le idee in atti normativi, di sottoporli al Cdm tutto si allontana dai desiderata iniziali». Certo, “non sempre cambiare equivale a migliorare, ma per migliorare bisogna cambiare” (Winston Churchill).

<sup>83</sup> Ricorda la professoressa Lucarelli, responsabile del Laboratorio Altro Modo (il laboratorio della mediazione costituito dai tre poli universitari toscani, Firenze, Pisa e Siena).

only for “virtuous effects of lightening the administration of justice”, but according to their “complementarity with respect to jurisdiction, of coexistence” rather than alternativity. The legislative intervention – articulated in three guidelines, such as the definition of the areas of application (to extend its reach) especially in the sectors where statistically there are greater chances of success); the prevision of incentives (procedural, economic and fiscal) and the revision of the relationship between mediation and judgment (enhancing a more complete interrelation thanks to a development of the mediation delegated by the judge) – inaugurates the second season of reforms for mediation (after the one of 2013). The hope is that this, in light of the solicitations of the French model and of the good practices tested on the issues of media-conciliation, can materialize consistently with the principles expressed and in a reasonably short time, with the aim of creating a complex and coherent system of civil justice, nevertheless easily accessible, where the conciliatory and judicial pathways interact (as indicated by art. 1, Directive 2008/53/EC), responding to the needs of efficiency and sustainability. A system in which the settlement of disputes in a coexistential key widens and makes effective access to justice in a constitutional solidarity framework that aims to strengthen social cohesion and relaunch the economic system.