



I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziiazione assistita e conciliazione giudiziale

Volume a cura di: Lorenza Calcagno, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, componenti del Comitato direttivo e Mirella Delia, giudice del Tribunale di Bari.

Contributo redazionale: Ilaria Leazza già tirocinante nell'ambito del tirocinio curriculare presso la Scuola superiore della magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli.

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:

Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano.



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:

Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022

ISBN 9791280600059

I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.

I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori



I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziiazione assistita e conciliazione giudiziale

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione «un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario» (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (D.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

Mirella Delia	
Presentazione	11
 Parte I	
 Carlo Pilia	
L'equilibrata relazione fra mediazione e giurisdizione	21
 Francesco Cortesi	
Esercizio della giurisdizione e mezzi alternativi di tutela	39
 Stefania Tassone	
La mediazione. Ricostruzione normativa, improcedibilità e verifiche preliminari in udienza	57
 Parte II	
 Massimo Saraceno	
Le utilità nell'accesso agli strumenti di A.D.R.: i vantaggi fiscali ed economici	87
 Valeria Spagnoletti	
Le performance degli artt. 185 e 185 <i>bis</i> c.p.c.: l'apporto delle buone prassi giudiziarie	107
 Parte III	
 Marilena Gorgoni	
Le leve conciliative nelle controversie da responsabilità sanitaria	131
 Matilde Giammarco	
Laboratorio sulle liti di famiglia: tecniche di composizione nella negoziiazione assistita, nella mediazione e nel processo	153

Tiziana Caradonio

Laboratorio delle leve conciliative e le liti in materia condominiale 167

Barbara Cocola

Laboratorio di mediazione: le attività, la proposta e il verbale del
mediatore. La consulenza tecnica in mediazione 181

Parte IV

Mauro Bove

Accordi a distanza nella mediazione e nella conciliazione giudiziaria . . . 203

Roberta Bardelle

I nuovi scenari: il valore degli accordi nella circolazione transnazionale
e l'impatto delle a.d.r. nell'efficienza dei sistemi giudiziari 223

Gli autori

Roberta Bardelle

Magistrato addetto all'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia

Mauro Bove

Professore ordinario di diritto processuale presso l'Università di Perugia

Tiziana Caradonio

Giudice civile presso il Tribunale di Matera

Barbara Cocola

Iscritta all'albo dei mediatori presso il Ministero di Giustizia

Francesco Cortesi

Magistrato assistente di studio presso la Corte Costituzionale

Matilde Giammarco

Componente Commissione Diritto Famiglia presso il CNF

Marilena Gorgoni

Magistrato presso la Corte Suprema di Cassazione

Carlo Pilia

Professore ordinario di diritto civile presso l'Università di Cagliari

Massimo Saraceno

Notaio in Roma – Componente Commissione Mediazione presso il CNN

Valeria Spagnoletti

Giudice del lavoro presso la Corte Appello di Bari, Componente STO/CSM

Stefania Tassone

Presidente Sezione del Tribunale di Torino

Presentazione

1. Il presente volume raccoglie gli atti del corso di formazione permanente “*I metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*” (P21077), tenutosi dal 6 all’8 ottobre 2021, con modalità di formazione “blended”, modalità con cui si è potuto combinare il metodo tradizionale frontale in aula con l’attività mediata dall’apprendimento online, stante il perdurare della crisi sanitaria derivante dall’epidemia da Covid-19.

Il corso, organizzato nella prestigiosa sede di Napoli – Castel Capuano, segue quelli organizzati dalla Scuola e incentrati, nel più ampio versante della gestione dei conflitti e del processo civile, sul tema della risoluzione delle liti in forma e metodi alternativi, e segnatamente: “Misure organizzative e prassi virtuose per il funzionamento dell’ufficio civile” (4-6 luglio 2016, P16056), “Il processo civile e le sue alternative” (12-14 ottobre 2016, P16074), “Misure organizzative e buone prassi nella gestione del contenzioso” (25-27 settembre 2017, P17074).

A distanza di più di un decennio dall’introduzione nel nostro ordinamento della mediazione nella sua declinazione obbligatoria per le materie indicate dall’art. 5, comma 1-*bis*, del D.lgs. n. 28 del 2010, e con la consapevolezza che nell’azione di riorganizzazione del PNRR la soluzione alle criticità della giustizia civile è affidata prioritariamente al potenziamento degli strumenti di definizione delle liti alternativi alla sentenza, si apre una nuova stagione per la media-conciliazione.

In questo quadro ha trovato una strategica collocazione la scelta formativa interamente dedicata agli strumenti di lavoro da affinarsi nell’area delle ADR (*Alternative Disputes Resolution*), una scelta che ne condivide il respiro europeo e internazionale, e che nondimeno si è inteso indirizzare, oltre che all’analisi delle novità processuali e delle applicazioni giurisprudenziali sul territorio nazionale, verso la maggiore conoscenza della forza innovatrice dei progetti virtuosi che per primi hanno generato – su questi temi – moduli organizzativi replicabili nella prospettiva del nuovo Ufficio del Processo.

Un percorso per scoprire, sotto il profilo applicativo-pratico, le occasioni offerte dalle visioni multidisciplinari del ruolo del mediatore e del conciliatore, dalle ultime innovazioni informatiche e statistiche protese a monitorarne le *performance*, dagli apporti delle banche dati fino a quelli delle piattaforme tematiche nel contenere l’enorme mole di dati giuridici ed esperienziali che accompagnano gli esiti definitivi delle liti alternativi alle sentenze e la stessa circolazione in Europa degli accordi raggiunti.

Un percorso al di là dei confini – anche processuali – finora a noi noti.

2. Il contenuto degli argomenti trattati nei contributi in cui si articola il presente volume si snoda lungo una comune certezza: l'utilizzo di percorsi "degiurisdizionalizzati" può spiegare un ruolo importante nella definizione più celere delle controversie.

A condizione che i vari strumenti (mediazione, negoziazione assistita e conciliazione endoprocessuale) siano adoperati nel rispetto dei cd filtri introdotti dal nostro legislatore, e, al di fuori delle previsioni di obbligatorietà, con la padronanza dei vantaggi conseguenti, inclusi quelli fiscali. Una conoscenza significativa per il giudice allorquando illustri alle parti l'utilità di intraprendere un negoziato guidato e alternativo al processo.

Nella prospettiva di assicurare, di pari passo allo sviluppo di una specifica sensibilità giurisdizionale verso gli strumenti compositivi diversi dalla decisione, un loro più agile impiego, il legislatore dell'emergenza, all'avanzare della pandemia, ha reso possibili gli accordi a "distanza", aprendo – nonostante le restrizioni sanitarie e la normativa vigente in materia di distanziamento sociale – spazi tra le maglie telematiche e le videoconferenze per più che mai opportuni segnali di giustizia partecipata.

Il taglio delle relazioni predilige una connotazione essenzialmente pratica per facilitare l'apprendimento dei numerosi stimoli offerti, processuali, giurisprudenziali e organizzativi. Con spirito proattivo sono stati allestiti i laboratori formativi, affidandone il coordinamento a figure professionali espressione di differenti metodologie di lavoro, nonché preferendo le macro-aree di contenzioso civile (cause in tema di responsabilità medica e sanitaria; liti di famiglia; cause in tema di locazione; liti nei condomini) su cui maggiormente può radicarsi il metodo delle composizioni transattive e conciliative.

3. La prima parte del volume introduce alla materia prescelta da una più ampia prospettiva transnazionale – volta alla promozione e comparazione degli strumenti compositivi per una "giustizia capace" anche di risolvere più celermemente le controversie in ambito civile e commerciale – per poi cesellarne i contorni processuali interni con riguardo ai correlati controlli e verifiche da assolversi nel processo.

In quest'ottica la disciplina europea tesse una cornice comune di tipo normativo, amministrativo e tecnologico dedicata alla materia della mediazione e, più in generale, dei sistemi compositivi stragiudiziali gestibili sia in presenza (*alternative dispute resolution*), sia a distanza (*online dispute resolution*). Ad iniziare dalla direttiva 2008/52/CE riferita a taluni aspetti della mediazione nelle controversie in materia civile e commerciale, direttiva attuata dagli Stati membri nell'alveo dei comuni principi di garanzia.

L'intervento del Professore Carlo Pilia, docente nell'ateneo di Cagliari di diritto privato, da anni esperto di mediazione e sistemi A.D.R. e O.D.R., ha il grande merito di disvelare come il rapporto equilibrato tra mediazione – più in generale i sistemi ADR/ODR – e la giurisdizione possa dispiegarsi su diversi fronti, non ultimo quello che impegna il giudice sui piani della divulgazione, della ricerca e del trasferimento di conoscenze alla società nella più ampia materia della gestione amichevole dei conflitti.

È proprio la proiezione sovranazionale a rivelarci il giusto approccio culturale da condividersi in primo luogo tra docenti, formatori, magistrati, avvocati e professionisti della gestione giudiziale e stragiudiziale dei conflitti, per assicurare il miglioramento dell'accesso alla giustizia, un sistema da viversi come comprensivo di giurisdizione, mediazione e ADR/ODR. La direttiva 2008/52/CE, del resto, introduce uno statuto essenziale ma minimo della mediazione, sviluppato sui concorrenti piani della qualità e della legalità, e fra i profili di possibile interferenza con l'attività giudiziaria ritaglia un ruolo decisivo per l'autonomia dei mediatori e dei centri di mediazione nell'autodisciplinare il servizio compositivo.

Una soluzione di *soft law* diretta a soddisfare le esigenze del mercato degli utenti e, per altro verso, a migliorare la qualità del servizio compositivo secondo una dinamica competitiva che concede ampie coordinate all'autodeterminazione dei mediatori, affinché possano prendere forma codici di condotta. Codici di condotta che “possono” prevedere meccanismi efficaci di controllo della qualità, tanto privati, quanto pubblici. L'effettivo rispetto delle disposizioni dei codici rimane un passaggio cruciale, come altrettanto cruciale è l'aver previsto nella direttiva una formazione iniziale e continua dei mediatori, anch'essa una leva da azionarsi per elevare la qualità del servizio di mediazione, nel rispetto dei principi di imparzialità, indipendenza e competenza.

Il prezioso compito dell'inquadramento ordinamentale interno fra esercizio della giurisdizione e i metodi alternativi di soluzione delle controversie è stato affidato a Francesco Cortesi, magistrato delle Corti superiori: una lente processuale indispensabile per cogliere le nette differenze con cui il meccanismo conciliativo opera all'esterno del processo ovvero al suo interno, e, in quest'ultimo caso, per saggiarne i profili di compatibilità con i principi costituzionali, primo fra tutti quello racchiuso nell'art. 24 Cost.

Nella naturale tensione fra il diritto di difesa come diritto ad una pronuncia sulla pretesa azionata e le scelte di politica giudiziaria che sempre più valorizzano – quantomeno in determinati casi – la capacità satisfattiva di un accordo fra le parti, il punto di equilibrio ancora una volta è custodito nella funzione del giudice, nel governo imparziale delle determinazioni delle parti, attuato, se del caso, mediante la previsione di garanzie procedurali e, maggiormente, per il tramite di una formazione mirata e qualificata.

L'opzione conciliativa può legittimamente aspirare a diventare un metodo complementare – rispetto alla risposta decisoria – nel dirimere le controversie, per la sua maggiore adeguatezza a garantire la tutela dei diritti coinvolti nel conflitto, a condizione che siano limate le criticità applicative fra l'attuale sistema di disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie civili – con stretto riguardo alla mediazione ed alla negoziazione assistita – e la struttura del processo. In questa direzione paiono muoversi le previsioni del ddl. n. 1662 (ad oggi approvato dal solo Senato) con misure di “potenziamento” del sistema conciliativo, con un sostanziale riordino della sua procedura, onde supportare la programmazione del PNRR.

Chiude questa prima sessione l'analisi condotta da Stefania Tassone, Presidente di sezione civile presso il Tribunale di Torino, nella tematica degli adempimenti che “il modello italiano” di mediazione, nelle sue due diverse combinazioni di procedibilità – quella tipizzata come obbligatoria e quell'altra da valutarsi nella forma delegata e caso per caso – impone al magistrato come attività da praticare all'udienza, tanto in primo come in secondo grado.

La ricostruzione normativa dell'istituto, dopo un riepilogo dei suoi tratti processuali principali, è stata arricchita attraverso l'esposizione dei più significativi indirizzi giurisprudenziali espressi sugli effetti del mancato assolvimento della condizione di procedibilità e sulla strutturazione del concreto ottemperare all'obbligo della mediazione. Nel fermo convincimento del ruolo fondamentale della giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha operato negli ultimi anni interessanti specificazioni di principi pregressi, come pure delle difficoltà interpretative cui vanno incontro i giudici di merito nell'intento di dare coerenza ad una disciplina che tuttora si presta ad una lettura critica e sistematica, non solo per la mediazione ma finanche per la negoziazione assistita.

4. La seconda parte del Quaderno è dedicata a due tematiche che possono incidere profondamente sul futuro delle ADR e migliorarne le *performance*: la conoscenza dei vantaggi economici e fiscali nelle dinamiche conciliative e lo sviluppo degli strumenti compositivi in un contesto organizzativo che sappia scegliere e governare il modello di azione virtuosa per ridurre l'arretrato giudiziario e contenere la durata media dei processi.

L'intervento, dal titolo “Le utilità nell'accesso agli strumenti di A.D.R.: i vantaggi fiscali ed economici”, affidato alle competenze di un esponente del mondo del notariato, il Notaio Massimo Saraceno in Roma, componente della Commissione Mediazione presso il Consiglio Nazionale dei Notai, ha messo a fuoco l'essenza multidisciplinare che contraddistingue i tavoli della media-conciliazione.

Se la scelta del legislatore italiano è nel segno di riservare ai percorsi cd degiurisdizionalizzati agevolazioni di natura fiscale – per la dichiarata finalità

di sostenerne la diffusione culturale – veicolare fra i giudici la conoscenza, nello specifico, delle applicazioni fiscali ed economiche in grado, sul piano negoziale, di rafforzare la convenienza e l'efficacia dei futuri accordi, non può che agevolare le parti nell'accedere ai tavoli endoprocessuali alternativi al processo.

Più in generale l'esperienza di un notaio-mediatore fornisce conferme a quanto si osserva nelle aule giudiziarie: i conflitti societari, i più complessi conflitti contrattuali o i passaggi generazionali, potrebbero trovare in tempi più rapidi una soluzione concordata mediante l'opera del mediatore qualificato. Il fattore tempo e la qualità dell'accordo possono salvare una struttura societaria, un polo produttivo, un contratto di durata o un passaggio generazionale i quali, invece, rischierebbero pericolosi *default* per effetto di lungaggini giudiziarie e conseguenti immobilizzazioni patrimoniali.

Ecco allora come, dinanzi ad un conflitto connotato da specifiche complessità, una visione di massima delle possibili argomentazioni tecniche, oltre che giuridiche, da suggerirsi al contraddittorio per farne apprezzare una possibile risoluzione negoziale, concorre a completare le abilità conciliative per ciascun professionista.

Il contributo di Valeria Spagnoletti – giudice del lavoro presso la Corte di Appello di Bari e componente presso la Struttura tecnica di Organizzazione (STO) – mira ad esaltare i punti di forza del magistrato quando aggiunge all'immagine tradizionale del decisore “*law-oriented*” quella di promotore di un modello di cooperazione fra le parti in conflitto. È stato oggetto di approfondimento l'impatto che può avere l'impegno conciliativo dei giudici nel canale digitale e nei livelli di efficienza del sistema giudiziario.

La “conversione” dei metodi di lavoro dei magistrati viene resa possibile coniugando la passione per le nuove tecnologie al servizio del governo del processo, le utilità della banca dati conciliativa (BDDC), quale raccolta digitale di precedenti da cui estrarre leve conciliative replicabili, nonchè le tecniche di monitoraggio sulle scie definitorie innescate da un appropriato utilizzo degli artt. 185 e 185 *bis* cpc.

La centralità della conciliazione endoprocessuale fra le metodiche predittive – come rapida *discovery* del principio di diritto e anticipata diagnosi probatoria – viene presentata, sul piano processuale, come snodo compatibile con i diversi riti perchè modalità dialogante del magistrato con le parti e il contraddittorio nella ricerca di soluzioni deflative; sul piano organizzativo, come emersione di una buona prassi, censita dal CSM nella delibera del 18.6.2018, con ricadute decisamente positive nelle attività dei programmi di gestione ex art. 37 DL 98/2011 e nella previsione di un rigenerato Ufficio del Processo, in forza della standardizzazione di passaggi “lavorativi” estratti dall'esperienza giudiziaria barese. Una ri-

sorsa preziosa nella valutazione del *Disposition Time* (DT), quale stima del tempo necessario per la conclusione di una causa.

5. La terza sessione racchiude l'apporto innovativo dei laboratori formativi, pensati per avvicinare i gruppi di lavoro a figure professionali variamente interessate ai temi seminariali e, *in primis*, alle loro differenti tecniche compositive: Marilena Gorgoni, consigliere di Cassazione, ha tratteggiato *funditus* le differenze tra ATP conciliativa e media-conciliazione in ragione delle finalità perseguite dall'art. 8 della legge Gelli-Bianco nelle controversie sanitarie; l'avvocato Matilde Giammarco, componente della Commissione famiglia presso il Consiglio Nazionale Forense, ha incoraggiato ampie riflessioni nell'evidenziare come gli strumenti di ADR possono mutare la loro efficienza nella complessa materia delle liti familiari a seconda del momento processuale in cui quegli strumenti vengono calati; la collega Tiziana Caradonio, giudice presso il Tribunale di Matera, ha messo a raffronto l'efficacia della mediazione e della proposta conciliativa nelle diverse questioni che attraversano solitamente le controversie condominiali; infine l'avvocato Barbara Cocola, iscritta all'albo dei mediatori presso il Ministero di Giustizia, ha approfondito i diversi livelli di funzionalità della procedura di mediazione intervenendo sui momenti topici della partecipazione al tentativo di mediazione e delle attività del mediatore, inclusa la nomina del consulente tecnico in mediazione, la proposta di mediazione e la redazione del verbale di mediazione.

6. La quarta e ultima parte del volume volge l'attenzione alle nuove frontiere della materia *de qua*, sollecitate dai recenti interventi del patrio legislatore, dagli approdi ermeneutici della dottrina specializzata e, infine, dalle spinte propulsive e omogenizzanti del contesto europeo.

Si esordisce con il contributo di Mauro Bove, Professore ordinario di diritto processuale civile all'Università di Perugia, dal titolo "Gli accordi a distanza nella mediazione e nella conciliazione giudiziaria", che segnala come un accordo che si risolva in una mera intenzione delle parti non può essere sufficiente, dovendo essere trasfuso in un atto dispositivo che abbia "presenza" e sappia infine produrre effetti nell'ordinamento, e ciò maggiormente quando sia concluso mediante il ricorso alle modalità telematiche.

Il legislatore, nel potenziare le occasioni di accordi in via telematica – per i quali diversi sono i modi in cui una "certa dichiarazione" contenuta nel documento elettronico può attribuirsi ad una "certa persona", sia a causa della sua diversa sottoscrizione (che va da una firma elettronica debole alla firma digitale), sia a causa del modo in cui viene comunicata (dalla PEC ad una normale mail) – ha al contempo attribuito una maggiore responsabilità agli avvocati, stando a loro garantire la paternità di quella dichiarazione. L'apposita certificazione delle

autografie fa assurgere il documento elettronico così formato al valore probatorio previsto dall'art. 2702 c.c., visto l'art. 20, comma 1-*bis*, CAD.

La stessa evoluzione dei verbali generati dalla conciliazione giudiziaria proficuamente praticata nell'era del PCT e dell'emergenza pandemica, per effetto del novellato art. 88 disp. att. cpc, in vigore dal 30.6.2020, ne permette l'efficacia di titolo esecutivo, ancorchè redatti e trasmessi con strumenti informatici, e ciò per il tramite di apposita dichiarazione del giudice che tenga luogo alle sottoscrizioni delle parti, del cancelliere e dei difensori.

Residuano però riflessi applicativi che vanno ben oltre il dato più evidente attinente alla modalità di formazione dell'atto.

Conclude i lavori di un corso strutturato su un *iter* di approfondimento progressivo e concentrico – che si propone, dai principi generali dell'ordinamento sovranazionale e poi di quello interno come sopra delineati, di ricondurre a logica tutte le questioni settoriali di stringente attualità anche internazionale – la voce di Roberta Bardelle, magistrato addetto all'Ufficio Legislativo del Ministero di Giustizia. Il respiro “oltre confine” delle soluzioni transattive giudiziali viene percepito attraverso il confronto fra le varie tipologie di accordi possibili, i loro meccanismi di circolazione nell'Unione Europea, sia in chiave di riconoscimento che di esecuzione.

Un'ultima stimolazione per avvicinare i magistrati alle utilità che gli accordi raggiunti nelle sedi giudiziarie italiane producono nello spazio giudiziario europeo (i cd strumenti di cooperazione giudiziaria ex art. 81 TFUE) fino alla prospettiva internazionale (Convenzione di Singapore)

Nella ormai raggiunta consapevolezza che il futuro delle tecniche di lavoro per innalzare le possibilità di comporre i conflitti in via alternativa va parametrato alla loro capacità di incidere fra gli indici con cui si misura l'efficienza dei sistemi giudiziari europei (CEPEY, COE, le Raccomandazioni del Consiglio 2019/2020 per l'Italia ai fini del Recovery Pan).

E senza trascurare la positiva interferenza di una giustizia sana e ragionevole – nei tempi, nei contenuti e nei paradigmi collaborativi – su un'economia in necessaria ripresa.

Mirella Delia

Parte I

L'equilibrata relazione tra mediazione e giurisdizione

SOMMARIO 1. La cornice normativa, amministrativa e tecnologica europea in materia di ADR/ODR. – 2. Lo statuto europeo della mediazione e i rapporti con la giurisdizione. – 3. Il piano della qualità nella mediazione. – 4. Il piano della legalità nella mediazione. – 5. La normativa attuativa e la prassi giurisprudenziale in Italia. – 6. Esiste un potere giudiziale conformativo della mediazione? – 7. Il coinvolgimento della magistratura nei processi partecipativi di miglioramento della qualità della mediazione.

1. La cornice normativa, amministrativa e tecnologica europea in materia di ADR/ODR. La materia della mediazione e, più in generale, dei sistemi compositivi stragiudiziali gestibili sia in presenza (*alternative dispute resolution*) e sia a distanza (*online dispute resolution*) dispone di una consolidata disciplina europea che contempla una cornice comune di tipo normativo, amministrativo e pure tecnologico¹.

¹ In generale, tra i numerosi contributi internazionali in materia di mediazione, ADR e ODR, v. AA. VV., *El renacer de la tecnología tras la pandemia: una justicia alternativa de futuro*, dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, C. PILIA, SANTIAGO, 2020; AA. VV., *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, C. PILIA, SANTIAGO, 2020; AA. VV., *Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección familiar en tiempos de crisis*, dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, C. PILIA, SANTIAGO, 2020; AA. VV., *Quaderni di conciliazione*, 12, 13 e 14, a cura di C. PILIA, Cagliari, 2020; AA. VV., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* a cura di L. GARCÍA VILLALUENGA, J. L. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, C. FERNÁNDEZ CANALES, Editorial Reus, 2010; AA. VV., *The variegated landscape of mediation. A comparative Study on Mediation Regulation and Practices in Europe and the World* a cura di M. SCHONEWILLE, F. SCHONEWILLE, Eleven International Publishing, 2014; AA. VV., *La mediación. Nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado* a cura di G. ALPA e M. M. CORDOBA, Editore Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015; J. T. BARRET e J. BARRET, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*, Hardcover, 2004; G. DE PALO, M. B. TREVOR, *EU mediation Law and practice*, Oxford University Press, Oxford, 2015; C. ESPLUGUES, L. MARQUIS, *New developments in Civil and Commercial Mediation*, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht, London, 2015; G. OROZCO PARDO, J. L. MONERO PÉREZ, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015; C. MACHO GÓMEZ, *Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa*, in *Anuario de derecho civil*, LX, v. II,

In particolare, tra le fonti giuridiche dell'Unione europea, assumono rilievo la direttiva 2008/52/CE relativa a taluni aspetti della mediazione delle controversie in materia civile e commerciale², che è stata attuata dagli Stati membri³.

La disciplina italiana è raccolta nel D.lgs. n. 28/2010⁴ e nel d.m. n. 180/2010 ss.mm.⁵, che ha declinato a livello nazionale la normativa e l'infrastrutturazione amministrativa e gestionale del servizio compositivo della mediazione⁶.

n. 1, 2014; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizioni dei conflitti*, Padova, 2008; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y Sistemas Alternativos de resolución de Conflictos. Una visión Jurídica*, Reus, Madrid, 2009; AA. VV., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I. C. IGLESIAS CANLE, Valencia, 2014; AA. VV., *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. BONET NAVARRO, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA. VV., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, coordinato da C. FERNÁNDEZ CANALES, Reus, Madrid, 2012; AA. VV., *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* con la direzione di J. L. ARGUDO PÉREZ, Reus, 2019; AA. VV., *Metariales jurídicos del Libro Blanco de la mediación en Cataluña* a cura di E. LAUROBA, I. BARRAL e I. VIOLA, Barcellona, 2011; AA. VV., *Mediation at the crossroad of different legal culture* a cura di A. MIRANDA, Roma, 2014; AA. VV., *Mediazione e Conciliazione, diritto interno, comparato ed internazionale* a cura di A. PERA, G. M. RICCIO, Padova, 2011; AA. VV., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. PILIA, Cagliari, 2010-2020.

² 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. Con riferimento a questa direttiva, v. AA. VV., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I. C. IGLESIAS CANLE, Valencia, 2014; AA. VV., *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. BONET NAVARRO, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA. VV., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, coordinato da C. FERNÁNDEZ CANALES, Reus, Madrid, 2012; AA. VV., *ADR e mediazione* a cura di C. STICCHI DAMIANI, Torino, 2012; AA. VV., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, p. 11 ss.; AA. VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del D.lgs. n. 28/2010* a cura di M. L. CENNI, E. FABIANI, M. LEO, Napoli, 2012; G. ESPLUGUES, G. L. IGLESIAS, G. PALAO, *Civil and commercial Mediation in Europe*, vol. I, *National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013; AA. VV., *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE* a cura di N. TROCKER e A. DE LUCA, Firenze, 2011.

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/NIM/?uri=CELEX:32008L0052>

⁴ Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 recante "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali".

⁵ Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180 recante "Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28".

⁶ Sulla disciplina italiana della mediazione, tra i tanti contributi, v. AA. VV., "La nuova mediazione civile e commerciale" a cura di T. GALLETTO, Editore Aracne, Roma, 2014; AA. VV., *La mediazio-*

Nell'ambito dei rapporti di consumo, le vigenti fonti legislative europee sono la direttiva 2013/11/UE sull'ADR⁷ per i consumatori e il regolamento 524/2013 sull'ODR per i consumatori⁸. La direttiva e il regolamento costituiscono due strumenti legislativi interconnessi e complementari. La prima riconosce il diritto fondamentale dei consumatori di presentare, su base volontaria, reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipen-

ne per la composizione delle controversie civili e commerciali a cura di M. BOVE, Padova, 2011; AA. Vv., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali* cura di B. SASSANI, F. SANTAGATA, Roma, 2010; AA. Vv., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. BANDINI, N. Soldati, Milano, 2010; AA. Vv., *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare" (d.l. 69/2013, conv. con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. FALCO, G. SPINA, Milano, 2014; AA. Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. CASTAGNOLA, F. DELFINI, Padova, 2010; AA. Vv., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. BESSO MARCHEIS, Torino, 2010.

⁷ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori). In relazione a questa direttiva, v. AA. Vv., *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. CORTÉS, Oxford, 2016; AA. Vv., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo. Perfiles hispano-italianos* diretto da J. L. TOMILLO URBINA, Granada, 2016; AA. Vv., *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; AA. Vv., *ADR. Una giustizia complementare* a cura di F. Danovi, F. Ferraris, Milano 2018; AA. Vv., *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* coordinato da S. Barona Vilar, Thomson Reuters-Civitas, 2016; AA. Vv., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J. L. TOMILLO URBINA, coordinato da I. ALVAREZ VEGA e G. Capilli, Comares, 2016; AA. Vv., *Estudios sobre Justicia online* diretto da E. VÁZQUEZ DE CASTRO, coordinato da C. FERNÁNDEZ CANALES, Comares, 2013; AA. Vv., *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* a cura di D.C. Dragos, B. Neamtu, Springer Berlino-Heidelberg, 2014; AA. Vv., *Fodertics II: hacia una justicia 2.0* coordinato da F. BUENO DE MATA, Ratio Legis, 2014; AA. Vv., *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. Minervini, Napoli, 2016; AA. Vv., *Consumer ADR in Europe* a cura di C. HODGE, I. BENÖHR, N. CREUZFELDT-BANDA, Oxford, 2012; AA. Vv., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Corti salernitane*, n. 1, Napoli, 2015.

⁸ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori). Con riguardo a questo regolamento, v. AA. Vv., *La resolución de conflictos con consumidores de la mediación a las ODR* coordinata da I. BARRAL VIÑALS, Editorial Reus, 2018; AA. Vv., *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* diretto da M. J. ARIZA COLMENAREJO, M. J. FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; AA. Vv., *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América, Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado* diretto da F. Esteban de la Losa, P. CORTÉS, Tirant lo Blanch, 2015.

denti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie. Sono fissati i requisiti minimi armonizzati di qualità, espressi attraverso i principi, quanto agli organismi e alle procedure ADR. È pure prevista l'infrastrutturazione amministrativa e tecnologica del sistema ADR attraverso l'istituzione degli elenchi degli organismi ADR accreditati e la designazione della autorità amministrative competenti alla vigilanza e dei punti unici di contatto con la Commissione europea. Il regolamento europeo, inoltre, prevede l'istituzione di una piattaforma ODR che fornisce ai consumatori e ai professionisti un unico punto di accesso extragiudiziale per la risoluzione delle controversie online, attraverso organismi ADR che sono collegati alla piattaforma e offrono un'ADR tramite procedure ADR di qualità. La disponibilità nell'Unione di organismi ADR di qualità costituisce quindi un presupposto essenziale del corretto funzionamento della piattaforma par ODR.

La direttiva 2013/11/UE è stata attuata in tutti gli Stati membri⁹ e, in particolare, in Italia con il D.lgs. 130/2015¹⁰ che ha organicamente novellato il codice del consumo, introducendo nella parte V (*Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia*), un nuovo titolo II-bis sulla *"Risoluzione extragiudiziale delle controversie"*¹¹.

Con particolare riguardo alla mediazione di consumo, per tanti versi, i due sistemi di tutela stragiudiziali trovano momenti avanzati di convergenza, segnando i punti più avanzati della disciplina europea sulle tutele stragiudiziali in rapporto alla giurisdizione.

⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/NIM/?uri=celex:32013L0011>

¹⁰ Decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 recante *"Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)"*.

¹¹ Artt. 141-141-decies. Sulla disciplina codicistica italiana, v. AA. Vv., *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016; AA. Vv., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Corti salernitane*, n. 1, Napoli, 2015; E. INDRACCOLO, *The Adoption of the Directive on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes in Italian Law*, in *The italian law jornal*, 1, 2019, p. 309 ss.; C. PILIA, *L'attuazione in Italia della direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, n. 5, Cagliari, 2017, p. 153 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2017, p. 1064 ss.; V. MIRRA, *I sistemi di alternative dispute resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della direttiva ADR e l'introduzione del nuovo "arbitro per le controversie finanziarie"*, in *Riv. dell'arbitrato*, n. 4, 2016, p. 693 ss.; F. MANOLITA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, in <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/646/M.%20Francesca.pdf>, 2015, p. 1 ss.

2. Lo statuto europeo della mediazione e i rapporti con la giurisdizione. Il tema dell'equilibrato rapporto tra ADR/ODR e giurisdizione, per ragioni di tempo, si svolgerà con riferimento esclusivo alla mediazione i cui principi europei, in buona misura, sono stati riproposti e sviluppati con riferimento alle ADR di consumo. L'analisi si svolgerà sulla normativa comune europea, con brevi cenni alle differenti declinazioni attuative nazionali¹².

La disciplina quadro europea sulla mediazione civile e commerciale, come anticipato, si rinviene nella direttiva 2008/52/CE che indica gli scopi, fissa l'ambito applicativo, formula le definizioni e contiene lo statuto giuridico del meccanismo compositivo stragiudiziale. Si è in presenza di una prima armonizzazione di carattere *parziale*, relativa solo ad alcuni aspetti, *minimo*, nel senso che lascia agli Stati membri la possibilità di estendere e rafforzare la disciplina, e *graduale*, in quanto prevede un progressivo adeguamento dello statuto comune.

Nell'ordine, gli obiettivi della direttiva sono fissati dall'art. 1, par. 1, che prevede che: *“La presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”*.

Nei considerando iniziali della direttiva¹³, inoltre, si collega funzionalmente la disciplina della mediazione al processo di costruzione del mercato interno, quale spazio di libera circolazione, sicurezza e giustizia. Quest'ultima non si esaurisce nella giurisdizione, ma comprende anche la mediazione e le ADR, quali misure complementari che favoriscono la più rapida, semplice, economica e condivisa tutela dei diritti.

La mediazione favorisce la composizione amichevole della controversia, preservando le relazioni tra le parti in conflitto e garantendo la coesione economica e sociale. I vantaggi della mediazione sono più evidenti nelle relazioni civili e commerciali transfrontaliere, per le quali l'accesso alla tutela giudiziale incontra maggiori difficoltà.

¹² Sull'attuazione differenziata della direttiva 2008/52/CE negli Stati membri, si rimanda alla relazione della Commissione europea (*Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (COM(2016)0542)*) e alla successiva risoluzione del Parlamento europeo (*Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017 sull'attuazione della 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 (la “direttiva sulla mediazione”) (2016/2066(INI))*).

¹³ V. specialmente, considerando da n. 1 a n. 6.

L'ambito applicativo della disciplina europea, pertanto, si riferisce direttamente alle controversie transfrontaliere aventi per oggetto diritti disponibili secondo la legislazione statale¹⁴. La maggior parte degli Stati membri ha esteso l'ambito applicativo della disciplina europea della mediazione alle controversie interne¹⁵, che sono quelle di gran lunga più numerose. L'ambito trasversale delle controversie interessate, che spaziano dal diritto privato a quello amministrativo, è coerente con una differenziazione dei regimi applicabili a seconda del settore. In tal senso, per le controversie del consumo si prevede una disciplina speciale e rafforzata¹⁶.

La direttiva europea offre le definizioni generali di mediazione e di mediatore che valgono per tutta l'Unione europea e si incentrano sull'essenza volontaria del meccanismo compositivo stragiudiziale incentrato sull'accordo tra le parti¹⁷. Si è in presenza di definizioni ampie ed aperte che riprendono le principali declinazioni del meccanismo compositivo, quali si sono già avute a livello internazionale e nazionale, ritenendole compatibili con lo statuto comune europeo che si introduce.

Ai sensi dell'art. 3, lett. a) della direttiva, per «*mediazione*» si intende: “*un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro.*”

Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima.

Della definizione di mediazione – per quanto è di maggiore interesse in questa sede – occorre mettere in evidenza il ruolo del giudice.

Anzitutto, la mediazione è compatibile con una pluralità di modalità di accesso: volontà delle parti, ordine del giudice e norma di legge.

¹⁴ Art. 1, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

¹⁵ Considerando n. 8 direttiva 2008/52/CE.

¹⁶ Considerando n. 18 direttiva 2008/52/CE.

¹⁷ Sull'essenza volontaria della mediazione, v. C. PILIA, *L'essenza volontaria del procedimento di mediazione e dell'accordo di conciliazione*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. PILIA, n. 7, Cagliari, 2017, p. 103 ss.

Al riguardo, gli Stati membri hanno variamente declinato a livello nazionale lo statuto comune europeo, anche con particolare riguardo ai poteri spettanti ai giudici nell'avviare la mediazione.

Un secondo aspetto da segnalare attiene alla possibilità per il giudice di gestire direttamente la mediazione.

Per un verso, si escludono dalla definizione di mediazione i tentativi di conciliazione operati dal giudice per una composizione consensuale della controversia ogni qualvolta lo stesso sia incaricato della decisione. Per altro verso, si ammette espressamente che i giudici, se privi della responsabilità del relativo processo, possano essere incaricati di gestire la mediazione.

Agli Stati membri è rimessa la soluzione più appropriata.

L'Italia non pare abbia ancora declinato questa possibilità, che è però utilizzata in altri Stati, sia dentro che fuori dell'Unione europea.

La stessa direttiva, all'art. 3, lett. b), contiene la definizione di mediatore, precisando che per «mediatore» si intende: *“qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione”*.

La definizione rimanda ai principi di efficacia, imparzialità e competenza i criteri generali ai quali si deve attenere il mediatore nello svolgimento dell'attività compositiva. Sono considerate compatibili le varie modalità di nomina e pure di conduzione del procedimento.

La nomina del mediatore può essere concordata dalle parti ovvero essere rimessa all'iniziativa di una di essa o affidata ad altri soggetti o criteri esterni. Ad esclusione della tecnica aggiudicativa, inoltre, il mediatore può utilizzare quelle facilitative e valutative finalizzate a favorire l'accordo delle parti contendenti. Tali aspetti, che non escludono la possibilità di un intervento giudiziale, sono rimessi alle legislazioni nazionali.

La disciplina della mediazione, per come si evidenzierà, può risultare da una pluralità eterogenea di fonti: legislative, regolamentari, giudiziali e di autodisciplina. L'individuazione della fonte, prima che dei relativi contenuti, infatti, è un fattore decisivo nella costruzione dei vari regimi attuativi della direttiva europea.

L'importanza dell'indicazione si coglie se si considera l'ambito applicativo delle controversie transfrontaliere che, in pratica, coinvolgendo le parti di due o più Stati membri, escono dalla dimensione di diritto interno¹⁸. Inoltre, il sistema europeo delinea un sistema competitivo dei servizi compositivi della mediazione che

¹⁸ Art. 2 direttiva 2008/52/CE.

si alimenta attraverso la scelta delle formule più appropriate operata dagli utenti che decidono di avvalersene¹⁹.

La direttiva 2008/52/CE, come accennato, introduce uno statuto essenziale della mediazione, parziale e minimo, che schematicamente si sviluppa sui concorrenti piani della qualità e della legalità.

In questa sede, sono da evidenziare i principali profili di possibile interferenza con l'attività giudiziaria.

3. Il piano della qualità nella mediazione. La direttiva attribuisce un ruolo importante all'autonomia dei mediatori e dei centri di mediazione nell'autodisciplinare il servizio compositivo, nel rispetto dei principi generali, per realizzare l'elevazione degli standards di qualità rispetto a quelli minimi stabiliti dalle prescrizioni legali europee e attuative nazionali.

In particolare, l'art. 4 (*Qualità della mediazione*) prevede: “1. Gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione. 2. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti”.

L'articolo citato, anzitutto, asseconda una strategia di *soft law*, che concede ampio spazio all'autodeterminazione dei mediatori, che perciò possono elaborare dei codici di condotta e aderire agli stessi per autodisciplinare il servizio compositivo.

In tal modo, per un verso, è possibile soddisfare le esigenze del mercato degli utenti e, per altro verso, migliorare qualità del servizio secondo una dinamica competitiva. I codici di condotta, inoltre, possono prevedere dei meccanismi efficaci di controllo della qualità, tanto privati, quanto pubblici. In tal senso, per esempio, sono annoverabili i controlli affidati al gradimento degli utenti e delle loro associazioni ovvero a soggetti esterni e terzi, che siano in grado di valutare l'effettivo rispetto delle disposizioni codicistiche.

Tra i controlli pubblici sull'effettiva applicazione dei codici, peraltro, sono ipotizzabili quelli affidati alle autorità amministrative competenti, secondo la legislazione nazionale.

Un importante ruolo di controllo, ancora, è ravvisabile in capo all'autorità giudiziaria, magari su sollecitazione delle parti contendenti che lamentino la

¹⁹ Considerando n. 17 direttiva 2008/52/CE.

violazione delle disposizioni codicistiche da parte dei mediatori o dei centri di mediazione che pure avevano dichiarato di aderirvi. Non è dubbio, infatti, che l'inottemperanza al codice al quale si è dichiarato di aderire integri una grave violazione che deve trovare la sua adeguata sanzione.

Sotto altro aspetto, la direttiva individua nella formazione iniziale e continua dei mediatori la principale leva di innalzamento della qualità del servizio di mediazione, in particolare per quanto attiene all'espletamento nel rispetto dei principi di imparzialità, indipendenza e competenza.

La direttiva non fissa i percorsi formativi che, quindi, sono rimessi alla normativa legislativa e regolamentare degli Stati membri e, in ogni caso, all'adozione dei codici di condotta dei mediatori. Questi, in particolare, possono fissare *standards* qualitativi più elevati e rigorosi.

La dinamica competitiva tra mediatori e centri di mediazione che concorrono sul mercato sia nazionale che europeo, peraltro, emerge con chiarezza dall'art. 9 (*Informazione al pubblico*) della direttiva che stabilisce che: *“Gli Stati membri incoraggiano, in qualsiasi modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico, in particolare via Internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione”*. Inoltre, nel considerando n. 17 si prevede che: *“I mediatori dovrebbero essere a conoscenza dell'esistenza del codice europeo di condotta dei mediatori, che dovrebbe anche essere disponibile su Internet per il pubblico”*. Si aggiunge, al considerando n. 25, che: *“Dovrebbero inoltre incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione”*.

In questo modo, la dinamica competitiva sostenuta dall'informazione al pubblico e da parte dei professionisti del diritto dovrebbe orientare verso processi europei di adozione di codici di condotta e l'adesione agli stessi. Pur non essendo espressamente previsto dalla direttiva, non è da escludere un ruolo dell'autorità giudiziaria, che non si limiti al mero controllo di legalità e dell'effettiva osservanza dei codici di condotta.

Potrebbe, infatti, ipotizzarsi un ruolo di promozione, ausilio e sostegno verso l'adozione di codici di condotta e, comunque, verso l'adozione di formule migliorative del servizio compositivo che siano frutto di una valutazione critica scaturente dalla prassi.

Con riferimento alla sopraggiunta disciplina europea per le ADR di consumo, che includono la mediazione di consumo²⁰, si prevedono espressamente procedimenti partecipativi di rilevazione delle prassi e di formulazione di proposte migliorative che confluiscono sia nei codici di condotta che nelle normative eu-

²⁰ Art. 2, par. 1, direttiva 2013/11/UE.

ropee e nazionali, attraverso il diretto coinvolgimento degli organismi ADR, delle autorità nazionali competenti e della Commissione europea²¹.

Il contributo dei giudici, anche in questa prospettiva migliorativa della qualità, sarebbe certamente auspicabile e da realizzare di concerto con tutti gli altri *stakeholders* della mediazione e, più in generale, dei sistemi ADR e ODR.

4. Il piano della legalità nella mediazione. La direttiva 2008/52/CE sul piano della legalità si occupa solo di alcuni aspetti della disciplina della mediazione, offrendo uno statuto minimo che gli Stati membri possono estendere e rafforzare²². Lo statuto legale, come già osservato, può essere ulteriormente rafforzato dall'autoregolamentazione affidata ai citati codici di condotta nazionali ed europei.

In via schematica, cominciando dal ricorso alla mediazione, ai sensi dell'art. 5 della direttiva, si stabilisce che *“1. L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili.*

2. La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”.

Le indicazioni della normativa europea sono importanti, anzitutto, perché fissano il principio cardine della salvaguardia del diritto fondamentale delle parti di accedere al sistema giudiziario. Un tal diritto, infatti, non può essere pregiudicato dalle misure che promuovono e, financo, impongono l'utilizzazione della mediazione²³. In tal senso, la mediazione è strumento complementare, che si aggiunge, non già sostituisce alla tutela giudiziale.

Si prevede, ancora, che la legislazione nazionale possa introdurre delle misure che in qualche modo incentivino o costringano a ricorrere alla mediazione. Si tratta di misure diverse che sono finalizzate a orientare il comportamento delle parti ad avvalersi della mediazione.

²¹ Artt. 17-20 direttiva 2013/11/UE. Sui procedimenti partecipativi di miglioramento europeo delle ADR di consumo, v. C. PILLA, *Aspectos de la mediación en ámbito europeo*, en *Collección de mediación y resolución de conflictos*, Madrid, 2019.

²² Considerando n. 14 direttiva 2008/52/CE

²³ Lo stesso principio è stabilito con riferimento alla ADR di consumo dall'art. 1 direttiva 2013/11/UE.

Tali misure, si precisa, sono applicabili sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario. Tanto attribuisce un importante ruolo al giudice nel disporre tali misure ovvero nel verificarne l'esatta applicazione. Il raccordo con l'attività giurisdizionale, pertanto, costituisce un momento fondamentale nella disciplina della mediazione.

In particolare, si attribuisce all'organo giurisdizionale chiamato a decidere la controversia una serie di poteri, diversi per natura e contenuti. Anzitutto, il potere di imporre giudizialmente alle parti di promuovere la mediazione, ovvero di rivolgere loro un semplice invito in tal senso²⁴. È pure previsto che, se il servizio informativo sia concretamente disponibile, si possa rivolgere un invito ad avvalersene.

Le soluzioni prospettabili sono molteplici e, per tanti aspetti, si atteggiano variamente a seconda della politica delle fonti seguita da ciascuno Stato membro. Da un lato, l'applicazione delle varie misure complementari all'utilizzazione della mediazione può essere stabilita direttamente dalla legislazione nazionale, in base a valutazioni effettuate in via preventiva ed astratta. Tanto garantisce la certezza giuridica, ma sacrifica la flessibilità del meccanismo compositivo, che dovrebbe rispondere alle concrete esigenze delle parti contendenti. Dall'altro lato, la valutazione può essere dal legislatore rimessa all'autorità giudiziaria, che beneficerebbe così di un ampio potere discrezionale da esercitare di volta in volta, alla luce delle circostanze del caso concreto.

Quale che sia la fonte che le stabilisce, le misure di sostegno all'utilizzazione della mediazione dovrebbero essere finalizzate a favorire la scelta delle parti di avvalersi dello strumento compositivo stragiudiziale, senza imporre inutili ritualismi procedurali ovvero inammissibili sacrifici nell'accesso alla tutela giurisdizionale. La finalità deflattiva del contenzioso giudiziale, pur non prevista espressamente dalla direttiva, pare compatibile con le misure coercitive dell'utilizzo della mediazione, anche se la Commissione europea ritiene preferibili quelle di incentivazione²⁵.

²⁴ Sulla c.d. mediazione delegata, v. A. CELESTE, *La mediazione delegata in appello nei nuovi rapporti di vicinato*, in *Immobili & proprietà*, n. 7/2018, p. 456 ss.; M. BOVE, *Mediazione disposta dal giudice di secondo grado e improcedibilità dell'appello*, in *Le Società*, n. 3/2017, p. 345 ss.; E. BENIGNI, *Mediazione – La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 3/2015, p. 639 ss.; A. ATTI, *La risoluzione processuale extragiudiziale della controversia. La mediazione delegata dal giudice*, in *Processo civile e soluzioni alternative delle liti. Verso un sistema di giustizia integrato*, a cura di P. GIANNITI, Ariccia, 2016, p. 583 ss.

²⁵ *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e la Comitato Economico e Sociale Europeo sull'applicazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sul alcuni aspetti della mediazione civile e commerciale, Bruxelles, 26.8.2016, COM(2016) 542 final*, cit., p. 7 ss.

Le soluzioni fortemente coercitive adottate dal legislatore italiano sono state valutate coerenti con il quadro normativo dell'unione europea²⁶, ancorché il legislatore italiano le abbia più volte rimodulate. In tal senso, si apre un'importante stagione di riforme che interessa ancora una volta il processo civile e i sistemi ADR²⁷.

Lo statuto europeo della mediazione, sul piano legale, contempla altri tre profili concernenti: la salvaguardia del diritto di accesso alla tutela giudiziale, con esclusione della prescrizione o della decadenza durante il tempo occorrente allo svolgimento del procedimento compositivo (art. 8); la necessaria riservatezza del procedimento compositivo verso l'esterno e, in particolare, rispetto al corrispondente giudizio (art. 7) e l'attribuzione della forza esecutiva all'accordo scritto raggiunto in mediazione (art. 6).

Le citate disposizioni della direttiva europea, in conformità allo statuto di armonizzazione minima, lasciano aperte più opzioni normative e, pertanto, sono state recepite con soluzioni differenziate nei singoli Stati membri²⁸.

Così, quanto alla prescrizione e decadenza sono stati variamente disegnati meccanismi legali di tipo sospensivo o interruttivo dei termini durante la mediazione. Con riguardo alla riservatezza, molti hanno recepito pedissequamente il testo della direttiva, altri lo hanno esteso e rafforzato. Infine, quanto all'attribuzione della forza esecutiva agli accordi scritti di mediazione ciascuno Stato membro ha individuato l'organo giurisdizionale o l'autorità competente e la relativa procedura da seguire. A tal riguardo, la stessa direttiva all'art. 10 (*Informazioni sugli organi giurisdizionali e sulle autorità competenti*) prevede che: “*La Commissione mette a disposizione del pubblico, tramite qualsiasi mezzo appropriato, le informazioni sugli organi giurisdizionali o sulle autorità competenti comunicate dagli Stati membri ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3*”.

La scelta compiuta dai singoli Stati membri quanto all'attribuzione del controllo sul contenuto dell'accordo di mediazione ai fini dell'attribuzione dell'efficacia esecutiva è rilevante anche ai fini dell'equilibrato rapporto con l'autorità giudi-

²⁶ Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea C-75/16 del 14 giugno 2017.

²⁷ Atto Senato n. 1662, recante “*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*”, approvato dal primo ramo del Parlamento il 21 settembre 2021, accessibile in *Parlamento Italiano – Disegno di legge S. 1662 – 18^a Legislatura (senato.it)*

²⁸ Per una visione d'insieme, v. *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e la Comitato Economico e Sociale Europeo sull'applicazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sul alcuni aspetti della mediazione civile e commerciale, Bruxelles, 26.8.2016, COM(2016) 542 final, cit., p. 3 ss.*

ziaria. L'efficacia esecutiva, infatti, solitamente è attribuita ai soli provvedimenti giudiziali e, comunque, presuppone un controllo di legalità che, di regola, spetta all'autorità giudiziaria.

Le legislazioni degli Stati membri, sul punto, hanno adottato soluzioni ampiamente differenziate, a seconda dei casi, optando per la competenza dell'autorità giudiziari, del notaio e degli stessi avvocati che assistono le parti²⁹. Tanto esprime una differente conformazione legale del rapporto equilibrato tra la mediazione e la giurisdizione.

5. La normativa attuativa e la prassi giurisprudenziale in Italia. Con riferimento alla disciplina italiana attuativa della direttiva europea, a questo punto, si evidenziano alcune peculiarità normative e criticità applicative che incidono direttamente sul rapporto tra mediazione e giurisdizione.

Con riferimento alla tutela della riservatezza della mediazione³⁰, in particolare, si segnala un orientamento giurisprudenziale per cui nella verbalizzazione del procedimento si dovrebbe avere una descrizione analitica dei comportamenti tenuti dal mediatore e dalle parti, in modo che siano portati a conoscenza del giudice³¹. La legislazione italiana, in attuazione del principio della riservatezza del procedimento di mediazione³², prevede che il comportamento delle parti che non sfoci nell'accordo sia eccezionalmente rilevante ai fini del giudizio per alcuni specifici aspetti espressamente indicati dalla legge. Tra essi, si segnalano l'avvenuto espletamento della mediazione ai fini dell'assolvimento delle condizioni di procedibilità³³ o la mancata partecipazione senza giustificato motivo

²⁹ Art. 12 (*Efficacia esecutiva ed esecuzione*) D.lgs. 28/2010. A SPERTI, *Rilevanza in executivis della certificazione degli avvocati – circa la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico*, in *Esecuzione forzata*, 3/2018, p. 536 ss.

³⁰ Artt. 9 (*Dovere di riservatezza*) e 10 (*Inutilizzabilità e segreto istruttorio*), D.lgs. 28/2010. Sulla tutela della riservatezza nella mediazione, tra gli altri, v. C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali in mediazione*, in *Quaderni di conciliazione*, 3, Cagliari, 2012, p. 183 ss.

³¹ Cass. n. 18068/2019 e Cass. n. 8473/2019, in M. RUVOLO, *La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione – e sull'effettività del tentativo di conciliazione: – considerazioni critiche*, in *Il Corriere Giuridico*, 12, 2019, p. 1533 ss.; A. MELUCCO, *Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento – della condizione di procedibilità nella mediazione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1, 2020, p. 434 ss.; F. LUISO, *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, in *Giurisprudenza Italiana*, 10, 2019, p. 2128 ss.; F. FERRARIS, *Mediazione obbligatoria. Partecipazione personale ed effettività del procedimento: – verso una eterogenesi dei fini?*, in *Contratti*, 3, 2019, p. 273 ss.

³² Art. 3 (*Disciplina applicabile forma degli atti*), comma 2, D.lgs. 28/2010.

³³ Art. 5 (*Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*) D.lgs. 28/2010.

alla mediazione ai fini dell'applicazione della sanzione processuale, l'elemento di prova contrario in giudizio, ed economica, la condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria pari al contributo unificato dovuto³⁴. Infine, il contenuto della proposta risolutiva formulata dal mediatore e non accettata dalle parti può essere valutato dal giudice ai fini della decisione in ordine alla condanna alle spese di mediazione e processuali, oltre che dei danni per lite temeraria³⁵.

La richiesta della verbalizzazione analitica dei comportamenti delle parti nella mediazione, per tanti versi, si pone in contrasto con il principio di riservatezza e, comunque, altera il rapporto con la giurisdizione fissato dalle fonti legislative.

Tuttavia emerge dalla prassi una più ampia tendenza giurisprudenziale che, per tanti aspetti, porta a superare la disciplina di fonte legale della mediazione.

Così si esigono dalle parti specifici comportamenti, quali la partecipazione personale alla mediazione e il necessario passaggio alla fase di merito³⁶, elementi ritenuti indispensabili ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità dell'azione giudiziale³⁷. Ancora, soprattutto nella mediazione delegata, si è arrivati a disporre giudizialmente che il mediatore formuli obbligatoriamente una proposta risolutiva, pur in mancanza di una richiesta concorde delle parti e senza che egli discrezionalmente la reputi opportuna³⁸, magari indicando al mediatore il contenuto della stessa proposta³⁹. Si è disposto giudizialmente anche che il mediatore nominasse un CTU, indicandogli i relativi quesiti, sulla base dei quali formulare una proposta risolutiva da rivolgere alle parti⁴⁰.

³⁴ Art. 8 (*Procedimento*), comma 4-bis, D.lgs. 28/2010.

³⁵ Art. 13 (*Spese processuali*), D.lgs. 28/2010.

³⁶ G. RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2° bis, D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2, 2015, p. 558 ss.; F. LUISO, *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, in *Giurisprudenza Italiana*, 10/2019, p. 2128 ss. F. FERRARIS, *Mancata partecipazione alla mediazione e responsabilità processuale aggravata: un'endiadi dal sapore ossimorico*, in *I contratti*, 1/2021, p. 48 ss.

³⁷ Art. 5, comma 2-bis, D.lgs. 28/2010: "2-bis. Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo".

³⁸ Art. 11 (*Conciliazione*), comma 1, D.lgs. 28/2010. F. CUOMO ULLOA, *Il punto sulla proposta del mediatore*, in *Giurisprudenza Italiana*, 3/2017, p. 656 ss.

³⁹ Sulle principali decisioni, v. F. FERRARIS, *Mediazione civile e giurisprudenza: storia di un rapporto controverso*, in *I Contratti*, 6/2017, p. 709 ss.

⁴⁰ Per una rassegna della giurisprudenza di merito in materia di mediazione, cfr. N. GIALONGO, *Il dibattito giurisprudenziale sui profili processuali del D.lgs. 28/2010: le incertezze interpretative e i dubbi applicativi*, in *Judicium*, <https://www.judicium.it/dibattito-giurisprudenziale-sui-profil-processuali-del-d-lgs-282010-le-incertezze-interpretative-dubbi-applicativi/>; *Giurisprudenza (adrin-tesa.it)*; *Lista sentenze (101mediatori.it)*.

6. Esiste un potere giudiziale conformativo della mediazione? La questione giuridica che si pone, al di là dei singoli casi, è se esista un potere del giudice conformativo dello statuto della mediazione, che oltrepassi la disciplina di fonte legale o convenzionale. Se si risponde affermativamente, tuttavia, occorre valutarne i limiti invalicabili in relazione allo statuto legale della mediazione e, in particolare, con riferimento ai principi di riservatezza e volontarietà della mediazione, oltre che di indipendenza e competenza dell'attività del mediatore.

È pure da valutare quale fonte normativa abbia siffatto potere giudiziale conformativo della mediazione e in quale modo si debba manifestare: in particolare, è da verificare se esso sia espressione del più generale potere interpretativo del contenuto delle norme da applicare ovvero se esso possa atteggiarsi come un potere distinto e aggiuntivo, verificando se abbia fonte nelle norme del processo giudiziale o in quelle della mediazione⁴¹. Occorre, ancora, verificare se esso trovi applicazione a tutti i procedimenti di mediazione secondo il regime vivente, legale e giudiziale, ovvero si riferisca solo ai singoli procedimenti di mediazione delegata nei quali il giudice li eserciti.

In via esemplificativa, è appena il caso di richiamare come nella disciplina italiana della mediazione proprio con riferimento alla condizione di procedibilità della domanda giudiziale si distinguano poteri officiosi da esercitare doverosamente dal giudice e poteri discrezionali.

Per i primi, si richiama la norma dell'art. 5, comma 1-*bis*, che con riferimento alle ipotesi di mediazione c.d. obbligatoria ex lege, prevede che: *“l'improcedibilità sia rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”*. Con riferimento ai poteri discrezionali, si richiama l'art. 5, comma 2, che stabilisce che: *“il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando*

⁴¹ Il considerando n. 13 direttiva 2008/52/CE, prevedendo: *“in virtù del diritto nazionale, l'organo giurisdizionale dovrebbe avere la possibilità di fissare un termine al processo di mediazione”*, riconosce che le legislazioni nazionali possono attribuire al giudice il potere conformativo della durata e, quindi, anche degli altri aspetti dello statuto della mediazione.

tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”.

In entrambi i casi, tuttavia, i poteri del giudice trovano un'espressa base normativa nella disciplina della mediazione.

La questione giuridica prospettata è assai complessa e delicata, in quanto comporta un evidente rischio di intromissione giudiziale nel campo della mediazione, che potrebbe finire per snaturarla. In ogni caso, questo orientamento sarebbe da considerare con attenzione al fine di valutarne l'impatto sul sistema e, se del caso, disciplinarlo in maniera coerente e rispettosa dello statuto della mediazione.

7. Il coinvolgimento della magistratura nei processi partecipativi di miglioramento della qualità della mediazione. Il rapporto equilibrato tra mediazione, più in generale sistemi ADR/ODR, e giurisdizione, probabilmente, si può declinare anche su altri fronti che non importino una diretta ingerenza del giudice sul singolo procedimento di mediazione.

Si intende fare riferimento, in particolare, alle esperienze straniere maturate sia all'interno che all'esterno dell'Unione europea nelle quali organismi riferibili alla magistratura sono stati coinvolti in procedimenti partecipativi, su base consensuale, volti a diffondere e migliorare la conoscenza e la qualità della mediazione.

In particolare, è evocabile la possibilità per gli organi della magistratura di elaborare e sottoscrivere protocolli con i gestori dei servizi della mediazione, al fine di facilitare e migliorare la gestione della mediazione. Così, ad esempio, è il caso spagnolo dell'approvazione di protocolli e linee guida del *Consejo General del Poder Judicial* sull'applicazione della mediazione nei vari uffici giudiziari e della sottoscrizione delle convenzioni di collaborazione con i vari centri accademici di formazione dei mediatori, soprattutto in relazione allo svolgimento dell'attività di tirocinio⁴², nonché le numerose attività divulgative e di sostegno della cultura della mediazione tra i magistrati che sono svolte da *GEMME España*⁴³.

Ancora, si possono richiamare i progetti *Justice* finanziati dalla stessa Commissione europea con il diretto coinvolgimento della *Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale*, che include anche rappresentanti delle autorità

⁴² Cfr. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/>

⁴³ Cfr. <https://mediacionesjusticia.com/>

giudiziarie⁴⁴, per la formazione e l'elaborazione di prassi condivise per esempio nel campo della mediazione familiare internazionale⁴⁵.

In questo senso, le associazioni e gli organismi della magistratura sono direttamente coinvolti anche nel confronto e nelle attività convegnistiche con altri operatori del diritto e le università nello sviluppo di processi partecipativi di studio, confronto e di proposte di miglioramento della disciplina, che si offrono all'attenzione di mediatori, avvocati e gli stessi decisori politici.

In proposito, tra le tantissime iniziative internazionali della magistratura, si segnala *“La semana de la mediación”* che da oltre un decennio è organizzata dall'Istituto di meccanismi alternativi per la risoluzione delle controversie, un organo ausiliario del Consiglio della magistratura del potere giudiziario dello Stato di Nuevo León, al fine sia di diffondere i benefici tra gli operatori della giustizia, gli avvocati e la società i vantaggi di meccanismi alternativi, sia di promuovere la qualità della mediazione mediante la formazione e l'aggiornamento dei facilitatori della materia⁴⁶.

Non meno importanti sono i casi, assai diffusi nelle università dell'America latina, di centri di mediazione e gestione dei conflitti che si avvalgono degli studenti per svolgere un tirocinio, che si collega all'attività dei magistrati negli uffici giudiziari⁴⁷. In tal modo, infatti, si contribuisce al miglioramento dei percorsi formativi e allo sviluppo di una cultura delle soluzioni consensuali, da applicare sia dentro che fuori del processo.

Insomma, non già invasioni, ma condivisioni di campi di tutela che appartengono ai professionisti dei servizi compositivi della giustizia intesa in senso più ampio e comprensivo.

⁴⁴ La rete consiste di rappresentanti delle autorità giudiziarie e amministrative degli Stati membri ai fini della cooperazione in materia di diritto civile e commerciale. L'obiettivo principale della rete è di facilitare la vita delle persone che si trovano ad affrontare contenziosi legali di qualsiasi tipo laddove sussista un elemento transnazionale, cioè è coinvolto più di uno Stato membro. V. https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters-21-it.do

⁴⁵ V. *Justice Programme – European Commission – DG Justice* unknown label (europa.eu)

⁴⁶ *Semana de la Mediación 2021* | PJENL

⁴⁷ Tra i tanti centri universitari di mediazione, in particolare, si segnala quello della *Facultad de Derecho y Criminología* | *Centro de Litigación y Mediación* (uanl.mx).

Esercizio della giurisdizione e mezzi alternativi di tutela

SOMMARIO: 1. Esercizio della giurisdizione e metodi alternativi di soluzione delle controversie. – 2. Mezzi alternativi di tutela o giustizia «complementare»? – 3. Il sistema italiano: luci ed ombre. – 4. (*Segue*). I problemi connessi alla *mandatory ADR*. – 5. (*Segue*). I problemi connessi al ruolo del giudice e a quello del difensore. – 6. (*Segue*). Altri casi di problematico inserimento del meccanismo conciliativo nelle dinamiche del processo di cognizione. – 7. Le prospettive, attraverso il contenuto del PNRR.

1. Esercizio della giurisdizione e metodi alternativi di soluzione delle controversie. Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie compongono un sistema variegato, all'interno del quale, fra le diverse possibili, emerge una distinzione fra due categorie, che opera in ragione della tipologia del meccanismo conciliativo che le contraddistingue.

Da un lato, infatti, vi sono forme di risoluzione delle controversie che potremmo definire *esterne*, e che si caratterizzano come strumenti radicalmente alternativi al processo.

Si tratta di fattispecie nelle quali la gestione e la conduzione del meccanismo conciliativo sono interamente affidate ad un soggetto estraneo al sistema giudiziario, e che possono essere assoggettate a regole formali e procedurali- della più varia origine- non destinate ad intersecarsi con la disciplina del processo civile.

Su un piano diverso si collocano, invece, gli strumenti conciliativi *interni* al giudizio; questi si configurano, infatti, come meccanismi endoprocessuali, o comunque connessi alla struttura del giudizio, che l'ordinamento concepisce come forme eventuali di sviluppo dell'attività giurisdizionale, quando non come adempimenti prodromici all'avvio (o alla prosecuzione) del processo vero e proprio. Ad essi il giudice, dunque, prende parte, fungendo in alcune occasioni da "propellente", altre volte da semplice controllore esterno, altre ancora da vero e proprio regista dell'accordo fra le parti.

Questi percorsi conciliativi, pertanto, si presentano come alternative non già al giudizio, ma al suo sviluppo; si tratta perciò, essenzialmente, di alternative alla decisione.

Si potrebbe, per la relativa definizione, ricorrere all'ossimoro «ADR giudiziale»¹; ma, per le ragioni che in breve si esporranno, appare più consono, nel descrivere la categoria, ricorrere all'impiego della locuzione «mezzi alternativi di tutela», già elaborata dalla dottrina in un'epoca nella quale l'elaborazione culturale sulla praticabilità dei rimedi conciliativi era ancora ben lontano dall'assumere l'odierna consistenza².

L'assunto in base al quale il processo non costituisce il solo strumento di risoluzione delle controversie davanti all'organo giurisdizionale è frutto di un'ormai risalente impostazione degli ordinamenti europei, soprattutto nei sistemi di *civil law*³.

Anche il nostro codice di rito attribuiva, in origine, marcata natura conciliativa all'organo giurisdizionale competente per le cause di valore più modesto (denominato, non a caso, giudice conciliatore). Questi era titolare di un ampio potere di conciliazione – che ne trascendeva la competenza stessa – in sede non contenziosa, su istanza anche verbale degli interessati; e le tracce di tale vocazione sono ben visibili anche in capo all'autorità che ne ha preso il posto dopo la riforma di cui alla l. n. 353 del 1990, non solo nella relativa denominazione-giudice di pace- ma anche nel mantenimento di tale attribuzione deformalizzata, previsto dall'art. 322 c.p.c.

Esperienze non dissimili erano rinvenibili, inoltre, nella legislazione processuale francese (che già nel 1790 aveva previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi ai *bureaux de paix et de conciliation*, quindi istituito i *conciliateurs*, chiamati a regolare, *pro bono* e su base volontaria, la definizione amichevole delle contrapposte pretese nell'ambito di una procedura deformaliz-

¹ La natura ossimorica dell'espressione è riconducibile al fatto che- secondo la tradizione americana, matrice del sistema di *Alternative Dispute Resolution*- le forme di quest'ultima si realizzano attraverso qualunque procedimento, purché alternativo al processo giurisdizionale. Ad utilizzare l'espressione «strumenti giudiziali in cui il terzo coinvolto ricalca la figura del giudice statale» è R. CAPONI, in *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, in *Foro It.*, 2003, V, 165. L'A. sottolinea tuttavia l'insuccesso della conciliazione giudiziale, osservando che gli sforzi esegetici e ricostruttivi compiuti al riguardo dalla migliore dottrina non sono stati ricompensati dal successo pratico dello strumento per un complesso di motivi, fra i quali deve attribuirsi preminenza alla «virata pubblicistica» che ha interessato le concezioni sul giudizio di cognizione, tradottasi in un rafforzamento dell'autorità del giudice per l'attuazione del diritto nel caso concreto.

² Cfr. L. P. COMOGGIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 2, 319.

³ Per una panoramica completa, v. L. P. COMOGGIO, *ibidem*; nel passare in rassegna le consolidate concezioni dei sistemi continentali, l'A. definisce addirittura la scelta processuale come *extrema ratio*, cui si ricorre solo quando sia fallito il ricorso preventivo a modalità stragiudiziali di composizione della controversia.

zata); in quella tedesca (i cui tratti originari appaiono analoghi, con riferimento allo *Schiedsmann*, organo conciliativo cui le parti si rivolgevano prima di avviare un giudizio, nella ricerca preliminare di un accordo transattivo); ed in quella spagnola (che contemplava, fin dal 1881, la possibilità di promuovere un procedimento di conciliazione *ante causam* davanti al *Juzgado de Distrito* o al *Juzgado de Paz*, successivamente tributario di un potere conciliativo attivato sulla base di un accordo delle parti).

Si può, pertanto, ritenere che la tradizione degli ordinamenti processuali europei non abbia attribuito agli organi giurisdizionali il solo potere di *jus dicere*, come forma espressiva della fondamentale funzione dello Stato di dare concreta attuazione alla norma giuridica⁴, ma vi abbia affiancato anche il potere di conciliare le parti, ponendo in essere tutte le attività funzionali a che le stesse raggiungano un accordo sull'oggetto della lite.

Occorre, in tal senso, domandarsi quale sia il fondamento di tale potere; e se il relativo esercizio, da parte del giudice, contrasti con le garanzie di indipendenza ed imparzialità che l'ordinamento costituzionale individua come coessenziali all'esercizio della giurisdizione.

In proposito, riveste un ruolo centrale il rilievo del fatto che, nell'esercizio delle prerogative decisorie, al giudice sono conferiti poteri equitativi⁵.

Il giudice, infatti, non solo può decidere una causa secondo equità— essa ultima intesa come criterio di giudizio, che si affianca alla regola della decisione secondo diritto— ma può anche determinare, con ricorso ad equità, gli effetti giuridici che il rapporto fra le parti è destinato a produrre, soprattutto in ambito negoziale⁶.

⁴ Cfr. fra gli altri C. MANDRIOLI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 127 ss.

⁵ V. L. P. COMOGGIO, *ibidem*, 319-320.

⁶ È appena il caso, al riguardo, di ricordare la regola dell'equità integrativa, di cui all'art. 1374 c.c., ovvero la determinazione secondo equità dell'oggetto del contratto, già rimessa ad un terzo e successivamente risultata iniqua o erronea (art. 1349 c.c.), ovvero, ancora, il potere del giudice di valutare la proposta della parte, avvantaggiata da un evento che determina uno squilibrio fra le prestazioni, di ricondurre il contratto ad equità (art. 1467 c.c.); in aggiunta a ciò, un sommario esame della disciplina dei tipi contrattuali evidenzia numerosi casi nei quali è previsto il ricorso ad equità da parte del giudice nel determinare o specificare il contenuto del rapporto: è il caso, ad esempio e senza pretesa di esaustività, dell'indennità spettante all'agente per la parte del contratto rimasta ineseguita (art. 1748, comma 5, c.c.), della durata del periodo di riposo retribuito del lavoratore subordinato (art. 2109 cpv. c.c.), dei tempi e dei modi per recedere dal contratto di lavoro (art. 2118, comma 1, c.c.), della determinazione di quanto spettante al socio che ha conferito la propria opera nella società (art. 2263 cpv. c.c.).

Il ricorso al criterio equitativo di giudizio consente al giudice di modellare il contenuto della decisione tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto; e una dinamica non dissimile caratterizza il ricorso all'equità come strumento di giustizia contrattuale, poiché in tal modo il giudice ricorre ad un mezzo che gli consente di correggere o integrare gli effetti del contratto come predisposti dalle parti, laddove gli stessi, in concreto, appaiano ingiusti o irrispettosi del dovuto equilibrio fra le prestazioni.

In entrambe le ipotesi, il giudice è titolato ad esercitare un giudizio di valore che consente di temperare, e perciò meglio realizzare, gli interessi sottesi alla domanda di giustizia che le parti formulano nel caso specifico.

Questa domanda, pertanto, non trova risposta soltanto nell'individuazione della norma destinata a risolvere il contenzioso, e nella sua applicazione più acconcia ai fatti di causa (lo *jus dicere*, appunto), ma anche nell'uso di poteri strumentali, cui il giudice ricorre, nel contesto del processo, per stimolare le parti e favorire la loro conciliazione in chiave risolutiva della controversia.

E tale ultima attribuzione non si pone affatto in contrasto con i caratteri di terzietà ed imparzialità che contraddistinguono l'esercizio della funzione giurisdizionale, poiché, nel terreno dei diritti disponibili, il ruolo del giudice costituisce presidio alla certezza che il percorso conciliativo sarà condotto esclusivamente nel solco di «*principi equitativi enucleabili da giudizi di valore conformi al comune sentire sociale*»⁷, e perciò in modo scevro da squilibri o indebiti vantaggi per una delle parti; in altri termini, il fatto che il giudice sia titolato ad esprimere una valutazione di equità offre, per ciò solo, idonea garanzia della conformità dell'accordo al *bonum et aequum*, e ciò tanto nel contenuto, quanto nelle modalità con le quali lo si raggiunge.

2. Mezzi alternativi di tutela o giustizia complementare?. È pur vero che il dibattito dottrinale degli ultimi vent'anni ha segnalato l'esistenza di un possibile problema di compatibilità fra domanda di giustizia e risposta conciliativa.

Si è sostenuto, in particolare, che la previsione, da parte dell'ordinamento, di percorsi conciliativi all'interno di vari settori del contenzioso sui diritti disponibili sarebbe ontologicamente inappagante rispetto all'esigenza di tutela che tale contenzioso manifesta⁸: in altre parole, il diritto di difesa, affermato dall'art. 24 della

⁷ Cfr. Cass. civ., sez. I, 28 agosto 1998, n. 8569, in relazione alla descrizione delle valutazioni operate dal giudice *ex bono et aequo*.

⁸ Sul tema, che verrà esaminato anche nel prosieguo, si vedano fra gli altri V. TALLINI, *I nuovi procedimenti di mediazione "civile" e "tributaria": le limitazioni al diritto di azione tra norme costituzionali e dell'U.E.*, in *forumcostituzionale.it*, luglio 2012; I. ZINGALES, *Mediazione obbligatoria*

Costituzione, si configurerebbe essenzialmente come diritto ad una pronuncia sulla pretesa azionata in relazione al proprio diritto.

Quest'ultima impostazione rappresenta, probabilmente, una contropinta alla tendenza verso la "degiurisdizionalizzazione dei conflitti"⁹, emersa nel panorama dottrinale italiano fin dalla seconda metà degli anni '90, nel tentativo di fronteggiare la drammatica situazione della giustizia civile, gravata da tempi di definizione dei processi del tutto inaccettabili (e rispetto ai quali la l. n. 353 del 1990, entrata in vigore nel 1995, non aveva arrecato alcun beneficio), e infine sfociata nella modifica dell'art. 111 Cost., con l'introduzione dei principi del "giusto processo" e della ragionevole durata dei giudizi.

La stessa impostazione, peraltro, riflette, almeno in parte, una certa difficoltà del ceto giudiziario ad affrontare correttamente il sistema conciliativo.

C'è in Italia, anzitutto, un *deficit* culturale in relazione ad un approccio di tipo "non litigioso" ai conflitti; di norma, chi si rivolge ad un avvocato invocando tutela preferisce che gli sia prospettata una causa davanti al giudice, piuttosto che la ricerca di un accordo, perché mira ad ottenere una decisione che affermi le sue ragioni e non un punto di contatto con l'avversario¹⁰.

C'è, inoltre, un *deficit* di preparazione tutto interno ai magistrati italiani, i quali, fin dal periodo del tirocinio, vengono accuratamente formati alla gestione ed allo studio del fascicolo, alle modalità di acquisizione dei mezzi istruttori e alle

e sistema di tutela giurisdizionale: riflessioni sulla costituzionalità del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, in [judicium.it](#).

⁹ Come osserva G. SCARSELLI, in *Note sulla c.d. degiurisdizionalizzazione*, su *Questione Giustizia*, 15 settembre 2015, l'idea che sta alla base di una riforma in tal senso è quella che il sistema, per recuperare efficienza e consentire tanto la definizione dell'arretrato quanto la celebrazione dei processi civili entro tempi che possano definirsi "ragionevoli", deve poter far conto su metodi alternativi di risoluzione delle liti, tra i quali vi è anche quello di evitare che tutte le controversie debbano necessariamente essere decise da giudici ordinari, ben potendo contribuire alla definizione del contenzioso altri operatori del diritto. Osserva al riguardo D. CERRI, *Vedi alla voce: "Degiurisdizionalizzazione"*, su [judicium.it](#), che da tempo, negli ordinamenti occidentali, è in atto un processo di espulsione del contenzioso al di fuori dalla giurisdizione statale, talvolta definita sinteticamente (e con inevitabile imprecisione) "privatizzazione" della giustizia civile. L'A. cita come ulteriore esempio di tale fenomeno l'esperienza americana, nella quale «è cambiato lo stesso modo di fare il giudice, e si parla apertamente di "outsourcing" a proposito delle crescenti previsioni contrattuali che impongono il ricorso alle procedure alternative».

¹⁰ Cfr. R. CAPONI, *Mediazione: il quadro delle ultime novità*, *Foro It.*, 2011, V, 195. Osserva l'A.: «Abbiamo predicato per decenni in seminari e incontri di studio che le ragioni dello scarso sviluppo in Italia dei metodi negoziali di composizione delle controversie dipende dalla scarsa conoscenza, da una mentalità litigiosa delle persone, da discipline e ruoli professionali che incentivano la promozione di processi».

tecniche di redazione della decisione, ma non certo all'attività di conciliazione delle liti, che resta così sostanzialmente affidata alla loro sensibilità ed alle forme di organizzazione del ruolo che ciascuno di essi ritenga di adottare.

Eppure il codice di rito prevedeva- ancor prima dell'introduzione dei percorsi conciliativi previsti come condizioni di procedibilità- l'attribuzione al giudice di un potere-dovere di conciliazione della lite: l'art. 183, comma 1, c.p.c., nel testo anteriore alla riforma di cui alla l. n. 80 del 2005, disponeva che alla prima udienza di trattazione il giudice istruttore interrogasse liberamente le parti presenti e, quando consentito dalla natura della causa, tentasse la conciliazione; l'art. 185, tuttora vigente, abilita poi il giudice a fissare udienza per il tentativo di conciliazione quando le parti lo richiedano congiuntamente, consentendogli altresì di disporre tale incumbente di propria iniziativa; com'è noto, infine, la prescrizione del tentativo di conciliazione in prima udienza è prevista per il rito del lavoro dall'art. 420, comma 1, c.p.c., richiamato dall'art. 447 *bis* per le controversie in materia di comodato, locazione e affitto.

Il passo da compiere è, allora, quello di comprendere che l'adozione di percorsi conciliativi per la soluzione delle controversie corrisponde ad una scelta di politica giudiziaria, che si concretizza nell'individuazione di un modello alternativo, volto a valorizzare- in determinati casi- la capacità satisfattiva di un accordo fra le parti; ed in tale quadro, ben può essere previsto un ruolo del giudice, che consiste nel governo imparziale delle determinazioni delle parti, attuato, se del caso, anche mediante la previsione di garanzie procedurali.

La "scelta conciliativa", pertanto, ben lungi dal costituire una forma di denegata giustizia, apporta invece una peculiare risposta alle esigenze di tutela; essa, in altri termini, non percorre una retta parallela rispetto all'essenzialità dello *jus dicere*, ma integra una diversa forma con la quale la giurisdizione realizza la propria funzione, complementare alla forma assunta con la "risposta decisoria".

Per questo, parrebbe più appropriato riferirsi alle forme di conciliazione interne al giudizio come a metodi *complementari* di soluzione delle controversie, laddove l'uso di quest'ultima espressione designa una maggiore adeguatezza delle stesse a garantire la tutela dei diritti coinvolti nello specifico conflitto.

Del resto, di come la scelta conciliativa possa rivelarsi più adeguata in determinati casi, si possono qui fornire tre declinazioni esemplificative.

A) Essa, in primo luogo, può essere preferibile per l'affronto delle tipologie di contenzioso nelle quali convivono profili di ragioni e torto in capo a tutte le parti coinvolte.

Costituisce, infatti, un dato conforme all'esperienza comune di ogni giudice civile l'esistenza di controversie, soprattutto nel settore *b2b*, che presentano un quadro fattuale articolato, talora ambiguo o contraddittorio, evidenziando, nelle condotte dei litiganti, profili degni tanto di pregio quanto di censura. In tali casi,

è necessario che il giudice, anche al solo fine di ottenere un più chiaro quadro complessivo dei fatti, ripristini anzitutto un canale comunicativo fra le parti; e non di rado accade che, così procedendo, emerga una netta distinzione fra le posizioni che le parti vantano in giudizio ed i loro interessi reali ed effettivi, che si prestano ad essere bilanciati e composti¹¹.

B) Ancora (e nella maggior parte dei casi, secondo quanto rileva la dottrina prevalente¹²), la scelta conciliativa appare conveniente nella misura in cui le parti ripongano fiducia nella possibilità di ottenere una risposta più rapida ed efficiente alle loro esigenze di tutela.

Nel paragone con la scelta giudiziaria, e rispetto alla tutela coattiva dei diritti privati, la risoluzione delle controversie per via conciliativa appare infatti sempre più consolidarsi come un mezzo di composizione flessibile, veloce ed economico, soprattutto in quanto consente di ripristinare l'equilibrio sociale in breve tempo e senza pregiudizio dei diritti delle parti¹³.

C) Infine, la possibilità di aprire un conflitto nella prospettiva di una composizione della controversia si pone, talvolta, come alternativa al «non giudizio», poiché offre una possibilità di tutela effettiva in relazione a fattispecie o situazioni concrete, nelle quali l'instaurazione della lite si riveli, *ex se* ed a prescindere dall'esito del contenzioso, infruttuosa perché antieconomica.

Rientrano in questo ambito le forme di contenzioso legate alle tutele diffuse, come ad esempio le pretese consumeristiche di modesta portata economica, soprattutto se connesse a forme di *smart business* per le quali non è francamente ipotizzabile neppure un'astratta valutazione di compatibilità con l'avvio di un processo civile¹⁴.

In base a tali considerazioni, si può ritenere ormai superata quella tradizionale contrapposizione tra «giustizia negoziale» e «giustizia statuale», in base alla

¹¹ In tal senso v. R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione*, in *Foro It.*, 2010, V, 90.

¹² Si vedano le posizioni riportate al riguardo in M. GASPERINI (a cura di), *Giustizia alternativa per una giustizia effettiva*, Napoli, 2018.

¹³ Cfr. G. DI MARCO, *La conciliazione: analisi di un istituto ancora in ombra*, in *Obbl. e contratti*, 2007, 6; D. VALERIO, *Sulle ADR tra riforma del processo e riforma del Giudice: la ricerca affannosa dei luoghi della iurisdictio*, in *Giust. civ.*, 2019, 4, 871.

¹⁴ Il migliore esempio in proposito, e quantunque non si verta in ambito di rimedi conciliatori interni, è costituito dai reclami che, a far data dal 15 febbraio 2016, tutti i consumatori che hanno avuto inconvenienti in ambito di *e-commerce* possono attivare attraverso la piattaforma ODR. Altri modelli di conciliazione, caratterizzati da procedimenti semplificati e deformalizzati, oltreché defiscalizzati e specializzati, sono variamente previsti dagli ordinamenti in relazione alle cd. *small claims*, ovvero alle controversie che coinvolgono particolari categorie di utenti deboli del servizio giudiziario.

quale all'uno o all'altro dei componenti il binomio «libertà negoziale-autorità» andrebbe impressa la portata di fonte privilegiata¹⁵; il “modello conciliativo” appare infatti idoneo a coesistere con il processo civile, anche, come si è detto, in forme che coinvolgono il ruolo della giurisdizione, con la quale esso è comunque destinato a confrontarsi¹⁶.

Le perplessità permarrebbero, indubbiamente, con riguardo a settori di contenzioso per i quali il legislatore intendesse escludere del tutto la possibilità di ottenere tutela in giudizio; si tratterebbe, in tal caso, di una vera e propria degiurisdizionalizzazione, ovvero di un'operazione che, privando ambiti di interesse dalla garanzia della giurisdizione, non resisterebbe al vaglio di legittimità costituzionale.

A tale ultimo proposito, in particolare, non persuade affatto l'opinione di chi tende a ricondurre all'ambito economico anche la materia dell'accesso alla giustizia, così consentendo l'adozione di politiche legislative liberiste, anziché interventiste¹⁷; né, tantomeno, può condividersi l'opinione secondo la quale l'art. 24 Cost. non osterebbe a che fosse affiancato al sistema pubblico di amministrazione della giustizia un sistema privato alternativo¹⁸.

3. Il sistema italiano: luci ed ombre. In questo quadro di fondo si colloca la scelta del legislatore italiano di prevedere diverse (e distinte) misure di conciliazione della lite, che variamente coinvolgono il giudice e sono, pertanto, tutte annoverabili nell'ambito delle forme *interne* di soluzione alternativa delle controversie.

La prima misura- avente carattere residuale e della quale si è già fatto cenno, sì da non rendere più necessario che vi si torni sopra- è costituita dal coacervo degli interventi conciliativi previsti, in varie forme, dal codice di rito; si tratta, in sostanza, del generale potere-dovere di conciliare la lite di cui all'art. 185 c.p.c., nonché delle prescrizioni inerenti al relativo tentativo, in apertura dei giudizi disciplinati dagli artt. 420 e 447-*bis* c.p.c.

¹⁵ Cfr. M. C. CAMPANALE, *Giustizia della decisione, giustizia della persuasione. Un'introduzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6, 11360; v. anche D. VALERIO, *cit.*

¹⁶ Osserva ancora D. VALERIO, *cit.*, che le procedure conciliative «*si devono interfacciare con il processo civile, secondo un rapporto il quale costituisce il logos ove si può cogliere la vera essenza e la portata delle procedure stragiudiziali*».

¹⁷ V. le opinioni riportate da L. P. COMOGLIO, *cit.*, 325, nota 10.

¹⁸ I gravi rischi connessi ad una “privatizzazione del processo civile” sono ben rappresentati da F. CIPRIANI, *Per un nuovo processo civile*, in *Foro It.*, 2001, 11, 322.

Vi è poi il catalogo dei percorsi tipici, che contempla tre diversi strumenti.

Anzitutto, com'è noto, il legislatore ha previsto una forma di *mediazione obbligatoria* nelle materie indicate dall'art. 5, comma 1-*bis*, del D.lgs. n. 28 del 2010¹⁹; per l'esercizio di un'azione relativa a dette materie, l'espletamento di tale percorso costituisce condizione di procedibilità, destinata ad operare secondo un meccanismo processuale che la norma regola appositamente.

Il legislatore ha poi stabilito che la mediazione possa essere disposta dal giudice di sua iniziativa, anche in sede di giudizio di appello, «valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti» (cd. *mediazione delegata*, art. 5, comma 2, del D.lgs. n. 28 del 2010); anche in questo caso, l'esperimento condiziona la prosecuzione del giudizio.

Infine, è stato previsto che l'esercizio in giudizio di un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e (fuori dai casi di cui alle precedenti ipotesi) di una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non superiori a cinquantamila euro, sia condizionato al preventivo esperimento di *negoziiazione assistita* tramite avvocato (art. 3, comma 1, del d.l. n. 132 del 2014); tale ultimo meccanismo è stato altresì previsto, come mera possibilità, al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio (art. 6, comma 1, del d.l. n. 132 del 2014).

In relazione agli ultimi tre strumenti, che tendono ad esaurire la gamma dei percorsi conciliativi tipici stabiliti dall'ordinamento, si apre uno scenario in chiaroscuro, essenzialmente connesso alla comparsa di alcuni, rilevanti problemi interpretativi.

Il sistema tracciato da tali strumenti parrebbe, per vero, prendere le mosse dalla tradizionale distinzione, propria dei sistemi anglosassoni, fra *mediation* e *negotiation*; esso, tuttavia, non ne ricalca fedelmente i tratti distintivi²⁰, e a ciò si aggiungono – come si vedrà – i disagi derivanti dell'inevitabile giustapposizione dei meccanismi conciliativi alla struttura del processo civile.

Nell'esperienza anglosassone, *mediation* e *negotiation* costituiscono rimedi di tipo privatistico, e perciò negoziale, di definizione della disputa all'esito di trattative. I due rimedi possiedono in comune i requisiti di *informality*, intesa come

¹⁹ La mediazione è prevista come alternativa al procedimento di conciliazione previsto dal D.lgs. n. 179 del 2007, al procedimento di risoluzione delle controversie previsto dall'art. 128 T.U.L.B. in ambito bancario e creditizio ed a quello istituito in attuazione dell'art. 187-*ter* cod. ass. in ambito assicurativo, ove rilevanti *sub specie*.

²⁰ V. ancora L. P. COMOGGIO, *cit.*, 328.

non – procedimentalizzazione delle trattative, e *mutual acceptance*, intesa come concorde acquiescenza del relativo risultato; un terzo requisito ad essi comune, ovvero la *voluntariness* (libera scelta nell'instaurazione delle trattative) non è invece presente nel modello italiano, che, come si è detto, ha concepito entrambi i meccanismi conciliativi come condizioni di procedibilità.

I due rimedi, inoltre, si differenziano per il fatto che la *negotiation* rappresenta un paradigma meramente contrattuale, mentre nella *mediation* l'accordo transattivo è governato dal supporto o dalla partecipazione di un terzo (cd. *third-party facilitation*); il modello italiano, tuttavia, associa al ruolo del terzo facilitatore quello del giudice, che può fungere da promotore o da garante del rispetto del percorso mediatorio, a seconda che si verta nella fattispecie delegata o in quella obbligatoria del meccanismo conciliativo.

4. (*Segue*). **I problemi connessi alla mandatory ADR.** La scelta del legislatore italiano di istituire una sorta di *mandatory ADR* (eccezion fatta che per la negoziazione assistita in ambito familiare), è stata, per vero, guardata con favore dal legislatore di altri Paesi europei²¹; e ciò quantunque, nel recente passato, l'esperienza anglosassone abbia insegnato che la previsione di obbligatorietà del rimedio è inversamente proporzionale alla sua effettività, poiché il percorso conciliativo finisce per degradare a mero incombenza preliminare del giudizio²².

E tuttavia, tale scelta ha costituito, all'indomani dell'introduzione dei rimedi, ragione per la proposizione di una questione di legittimità costituzionale della previsione di obbligatorietà della mediazione, poi esitata in una sentenza di accoglimento da parte della Consulta.

L'attuale comma 1-*bis* dell'art. 5 del D.lgs. n. 28 del 2010 costituisce, infatti, l'approdo normativo susseguente alla declaratoria di illegittimità del previgente comma 1, resa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 272 del 2012.

Nel frangente, la Corte, escluso che tale scelta costituisse adempimento della legge delega (che non recava alcuna previsione di obbligatorietà), procedette ad un esame analitico degli atti dell'Unione Europea (muniti del conforto interpretativo della Corte di Giustizia) donde traeva origine l'intervento adeguatore del legislatore nazionale, e ne trasse il convincimento della inesistenza di «alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della

²¹ Si veda, ad esempio, il modello di recepimento, da parte della Grecia, della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.

²² Ancora L. P. COMOGLIO, *cit.*, 348, traccia un parallelo con quanto accaduto in Italia in relazione al tentativo di conciliazione sindacale che condiziona l'avvio di uno dei giudizi di cui all'art. 420 c.p.c.

*mediazione*²³; rilevò, pertanto, che il carattere *mandatory* della conciliazione non era direttamente ricavabile dalla normativa UE, cui pure la legge-delega faceva riferimento, e dichiarò illegittima l'intera previsione del meccanismo di mediazione obbligatoria²⁴.

Con la successiva sentenza n. 162 del 2016 la Corte ha invece scrutinato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 132 del 2014, relativo alla negoziazione assistita, prevista come condizione di procedibilità anche in un settore di contenzioso (in ambito r.c. auto) già interessato da condizioni di proponibilità della domanda (secondo quanto stabilito dagli artt. 145, 148 e 149 cod. ass.); il dubbio di legittimità, in particolare, era riferito agli artt. 2, 3 e 24 Cost., con specifico riguardo al *vulnus* che così ne derivava al ragionevole esercizio del diritto alla difesa.

Secondo il giudice delle leggi, che ha ritenuto la questione non fondata, l'impugnata condizione di procedibilità non costituisce «*un mero doppione della messa in mora di cui agli artt. 145, 148 e 149 del codice delle assicurazioni private*», attese la diversità di scopo e contenuto evincibili dall'esame delle norme, delle quali risulta la sostanziale complementarità.

Le disposizioni del codice delle assicurazioni private, infatti, «*delineano un meccanismo di messa in mora della compagnia assicuratrice, con la presentazione di una circostanziata richiesta risarcitoria, la cui ratio è rafforzare le possibilità di difesa del danneggiato in una fase stragiudiziale che si svolge direttamente tra le parti e che il legislatore ha previsto per consentire una tutela anticipata e soddisfattiva*», mentre la finalità della negoziazione assistita (che presuppone il fallimento della procedura di messa in mora), è quella di «*evitare l'accesso al giudice, attraverso un accordo con cui le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei propri avvocati*»²⁵. La Corte ha dunque ritenuto che la compresenza dei due istituti non vulneri irragionevolmente il diritto di difesa, perché non rinvia *sine die* la tutela risarcitoria dei danneggiati, avuto riguardo alla brevità del termine entro il quale la negoziazione deve comunque concludersi.

²³ Considerato in diritto, par. 12.2.

²⁴ L'attuale comma 1-bis fu successivamente introdotto dal legislatore con il d.l. n. 69 del 2013; anche tale norma fu oggetto di un dubbio di legittimità in riferimento all'art. 77 Cost., sul presupposto dell'insussistenza dei requisiti di necessità e urgenza evincibile dal differimento della relativa entrata in vigore, ma la Corte ha dichiarato la questione non fondata con la sentenza n. 97 del 2019, reputando tale differimento coerente con le finalità contenute nell'originaria legge delega, e da esse non difforme sotto il profilo teleologico.

²⁵ Considerato in diritto, par. 3.1.

5. (Segue). I problemi connessi al ruolo del giudice e a quello del difensore. Ulteriori problemi applicativi sono invece conseguiti al fatto che, nel sistema italiano, il giudice non deve limitarsi a compiti di *facilitation*, ma assume ruoli ben più pregnanti nel contesto del percorso conciliativo.

Le maggiori criticità concernono, in particolare, la mediazione delegata, cui, come si è detto, il giudice dà corso «*valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*».

La scelta legislativa appare infatti, in questo caso, ancorata a parametri piuttosto fluidi, che lasciano necessariamente ampio spazio ad una valutazione discrezionale del giudice; ma quest'ultimo resta pur sempre tenuto al rispetto della struttura del giudizio, ed alle aspettative che le parti ripongono allo sviluppo delle sue fasi.

In tal senso, se non desta particolari problemi la possibilità che il giudice attivi la mediazione in apertura della causa, valutate le rispettive allegazioni, maggiori rischi si prospettano nel caso in cui la proposta sia rivolta alle parti dopo la fase istruttoria; il pericolo, in queste ipotesi, è infatti che ciò si traduca in un'anticipazione della decisione, ben potendo essere letto come una valutazione di non rilevanza – o, peggio, di non persuasività – delle prove acquisite.

La sovrapposizione del percorso conciliativo alla struttura del processo ha poi generato dubbi anche in relazione alla partecipazione del difensore alla mediazione.

Secondo l'art. 5, comma 1-*bis*, chi esperisce la mediazione preliminare è «assistito dall'avvocato»; ma è noto che nel processo civile il difensore non si limita ad un'attività di assistenza della parte (cioè di affiancamento della stessa ai fini di difesa tecnica), poiché l'art. 83, comma 1, c.p.c. gli attribuisce anche il potere di rappresentarla, prevedendolo come necessario al di fuori dei (limitati) casi nei quali è consentita la costituzione personale.

È sorto, così, il problema di come tale previsione impatti sul ruolo del difensore nel contesto del meccanismo conciliativo, in particolare quanto alla sussistenza del potere rappresentativo; ci si è domandati, in particolare, se la partecipazione del solo difensore al procedimento valga a far ritenere assolta la condizione di procedibilità²⁶.

Sul punto si sono registrate, in giurisprudenza, ben tre posizioni.

²⁶ Sul tema, diffusamente, G. MORLINI, *Mediazione e possibilità di partecipare al procedimento con procura speciale al proprio difensore: per il Tribunale di Verona la risposta è positiva*, su *ridare.it*, 5 ottobre 2017; M. VACCARI, *Questioni controverse in tema di mediazione*, in *Questione Giustizia*, 2015, 1.

In alcuni casi, infatti, si è sostenuta l'assoluta necessità che la parte partecipi personalmente, «*salvo casi eccezionali (di impossibilità giuridica o materiale a comparire di persona)*», poiché la comparizione personale sarebbe «*insita nella natura stessa delle attività nelle quali si esplica il procedimento di mediazione* ed implicita e ineludibile nella corretta interpretazione del D.lgs. 28/2010 [...] *nel suo insieme proteso a favorire il raggiungimento di un accordo attraverso l'incontro delle parti (personalmente) e il recupero di un corretto rapporto interpersonale messo in crisi dal conflitto insorto*»²⁷.

Una posizione più sfumata è invece quella di chi²⁸ ha ritenuto che la parte possa delegare altri a comparire in sua vece innanzi al mediatore, ma non il proprio difensore; e ciò sul rilievo del fatto che l'art. 8 del D.lgs. n. 28 del 2010 prevede la partecipazione delle parti con l'assistenza dell'avvocato, disponendo altresì che il mediatore inviti «*le parti e i loro avvocati*» ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, in termini che conducono ad inferire una necessaria duplicità dei soggetti, e così ad escludere che il difensore possa cumulare in sé le due posizioni.

Infine, la Corte di cassazione, sulla scorta di alcune pronunzie di merito, ha affermato che anche il difensore può essere delegato dalla parte a rappresentarla nel procedimento di mediazione²⁹.

Secondo la Suprema Corte, la previsione normativa è chiaramente indicativa di una volontà di far comparire personalmente le parti dinanzi al mediatore, «*perché solo nel dialogo informale e diretto tra parti e mediatore conta che si possa trovare quella composizione degli opposti interessi soddisfattiva al punto da evitare la controversia ed essere più vantaggiosa per entrambe le parti*»; ciò, tuttavia, non comporta che si tratti di attività non delegabile, come si evince dalla mancanza di una previsione espressa in tal senso e dal fatto che la partecipazione al procedimento non ha natura di atto strettamente personale³⁰.

²⁷ V. ad es. Trib. Roma, 27 giugno 2019, est. Moriconi, su *judicium.it*; nello stesso senso, e con specifiche considerazioni sulla natura del procedimento di mediazione, Trib. Vasto, 9 marzo 2015, est. Pasquale, su *Giur. it.*, 2015, 1885.

²⁸ Trib. Palermo, 23 dicembre 2016, est. Ruvolo, cit. in G. DI MARCO – C. MASTELLONE, *La mediazione forense*, Torino, 2019, 221; conf. Trib. Firenze, 19 marzo 2014, est. Breggia, su *ilcaso.it*.

²⁹ Cfr. Cass. civ. sez. III, n. 8473 del 7 marzo 2019; v. anche Trib. Verona, 11 maggio 2017, est. Vaccari, in *ilcaso.it*.

³⁰ La Corte ha osservato, a tale particolare riguardo, che in determinati casi (v. ad es. artt. 231 e 232 c.p.c.) la legge ha ritenuto che la parte non possa farsi sostituire, e ciò sia per la rilevanza della partecipazione all'incombente processuale, sia per il valore alle dichiarazioni che la parte potrebbe rendere in tal sede.

A questo punto, ha proseguito la Corte, non può escludersi che la parte conferisca delega al proprio difensore, laddove essa non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione; allo scopo, tuttavia, essa deve rilasciare una procura sostanziale, stante la diversità ontologica fra il contenuto di tale specifica attività delegata e quanto normalmente connota l'attività difensiva nel processo.

6. (Segue). Altri casi di problematico inserimento del meccanismo conciliativo nelle dinamiche del processo di cognizione. Ancora, sono emerse non poche difficoltà interpretative in relazione ai rapporti fra mediazione obbligatoria e giudizio instaurato con ricorso per decreto ingiuntivo; ci si è domandati, in tal caso, se l'onere di dare avvio al procedimento gravi sull'opponente, attore in senso formale, o sul convenuto opposto, attore in senso sostanziale.

Al quesito, com'è noto, è stata data recentemente risposta dalle Sezioni Unite³¹, che hanno ritenuto gravato in tal senso l'opposto, con la conseguenza che, in caso di mancata attivazione, il giudice deve dichiarare l'improcedibilità del giudizio ex art. 5, comma 1-bis, revocando il decreto ingiuntivo.

A fondamento della loro decisione, le Sezioni Unite hanno richiamato criteri ermeneutici di carattere letterale, logico e sistematico delle norme sottoposte alla loro attenzione, evidenziando: (a) che numerose disposizioni del D.lgs. n. 28 del 2010 *«non potrebbero armonizzarsi con la tesi che pone l'onere di promuovere la procedura di mediazione a carico della parte opponente»*³²; (b) che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è l'opposto ad avere la qualità di creditore in senso sostanziale, e, poiché la legge dispone che nel giudizio monitorio la procedura di mediazione obbligatoria vada attivata dopo la decisione sulla provvisoria esecuzione, *«non ha più rilievo che il contraddittorio sia differito, e dunque appare più conforme al sistema, letto nella sua globalità, che le parti riprendano ciascuna la propria posizione, per cui sarà il creditore a dover assumere l'iniziativa*

³¹ Cass. civ. SS.UU., n. 19596 del 18 settembre 2020.

³² Più in particolare: l'art. 4, comma 2, nel regolare l'accesso alla mediazione, stabilisce come debba essere proposta la relativa domanda e specificamente dispone che *«l'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa»*, richiamando adempimenti propri di *«colui il quale assume l'iniziativa processuale»*; l'art. 5, comma 1-bis, nel disporre che chi *«intende esercitare in giudizio un'azione»* relativa a una controversia nelle materie ivi indicate *«è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto»*, conferma come l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione sia posto dalla legge a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione, e quindi dell'attore in senso sostanziale; l'art. 5, comma 6, dispone poi che *«dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale»*, ponendosi in evidente collegamento con gli artt. 2943 e 2945 c.c., che regolano gli effetti della domanda giudiziale sull'interruzione della prescrizione e l'ultrattività dell'effetto interruttivo in caso di estinzione del processo.

di promuovere la mediazione»; (c) che in caso di inerzia, l'effetto per l'opponente sarebbe irredimibile (la definitività del decreto ingiuntivo), mentre il creditore può sempre presentare un nuovo ricorso per ingiunzione in relazione allo stesso credito oggetto del decreto revocato.

Tali argomenti, per vero, appaiono tutti astrattamente criticabili alla luce delle opposte considerazioni (sempre attinenti all'ermeneutica delle norme processuali), rinvenibili nelle difformi statuizioni rese in precedenza della stessa Suprema Corte³³; ma il vero *novum* della pronunzia delle Sezioni Unite è costituito da un rilievo attinente ai profili costituzionali della disciplina della mediazione, che ne rende inattaccabile il supporto argomentativo. Secondo le Sezioni Unite, infatti, addossare all'opponente l'onere di attivare il procedimento conciliatorio varrebbe a condizionare la tutela del suo diritto al previo adempimento di un onere non giurisdizionale, in termini che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha da tempo ritenuto non conformi al dettato dell'art. 24 Cost.³⁴.

Analoghi problemi di compatibilità hanno poi riguardato il caso della mediazione che coinvolga il convenuto in riconvenzionale; ne è scaturito, in particolare, il quesito relativo alla necessità che anche quest'ultimo sia tenuto ad esperire la mediazione come condizione per la proponibilità della domanda spiegata.

La tesi che scarta l'ipotesi estensiva evidenzia la necessità che le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità siano fatte oggetto di stretta interpretazione, perché limitano l'accesso alla giustizia; su tali basi, pertanto, la locuzione contenuta nell'*incipit* dell'art. 5, comma 1-*bis* («chi intende esercitare un'azione») dovrebbe essere letta come «chi intende instaurare un giudizio». La stessa tesi, peraltro, valorizza i principi di ragionevole durata del processo e di equilibrata relazione tra procedimento giudiziario ed «incidente conciliatorio», evidenziando che la mediazione sulla domanda riconvenzionale non potrà porre fine al giudizio se fallisce quella sulla principale, e che l'estensione dell'onere al convenuto in riconvenzionale, costringendo il giudice ad avviare nuovamente la mediazione, produrrebbe un effetto dilatorio sul processo³⁵.

³³ V. in particolare Cass. civ. sez. III, n. 24629 del 3 dicembre 2015. Con tale decisione, «*avendo come guida il criterio ermeneutico dell'interesse e del potere di introdurre il giudizio di cognizione*», la Corte ha rilevato che è l'opponente ad avere il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, cioè «*la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore*» e che, correlatamente, non si coglie il senso di un'interpretazione che «*accolli al creditore del decreto ingiuntivo l'onere di effettuare il tentativo di mediazione quando ancora non si sa se ci sarà opposizione allo stesso decreto ingiuntivo*».

³⁴ La motivazione della decisione richiama la sentenza n. 98 del 2014, con il correlato argomento in base al quale «*nel conflitto tra il principio di efficienza (e ragionevole durata) e la garanzia del diritto di difesa, quest'ultimo deve necessariamente prevalere*».

³⁵ V. ad es. Tribunale di Roma, 18 gennaio 2017, est. D'Avino, in *judicium.it*.

Una diversa impostazione³⁶ ha invece riguardato le cd. riconvenzionali inedite, ovvero emerse in fase giudiziale, e si è anzitutto richiamata ad una pronuncia (non recentissima) della Cassazione che, nell'interpretare una disposizione analoga in materia di controversie agrarie, ha esteso l'onere di preventivo esperimento del tentativo di conciliazione anche al convenuto in riconvenzionale³⁷.

In base a tale linea interpretativa, consentire la trattazione congiunta delle reciproche pretese davanti al mediatore potrebbe favorire la soluzione conciliativa, senza consistenti rischi di allungamento dei tempi di definizione del giudizio; inoltre, l'esclusione della domanda riconvenzionale dall'ambito di applicazione della condizione di procedibilità provocherebbe una disparità di trattamento fra attore e convenuto³⁸.

In tempi recenti, infine, la giurisprudenza di legittimità³⁹ ha preso in esame i profili problematici conseguenti alla possibilità che il giudice non si avveda del fatto che non è stata esperita la procedura di mediazione obbligatoria; e premesso che, in tal senso, l'improcedibilità deve essere rilevata od eccepita (a pena di decadenza) non oltre la prima udienza, ha affermato che, ove ciò non avvenga, il giudice d'appello non è obbligato a dar corso a tale incombenza, neppure nelle materie indicate dallo stesso art. 5, comma 1-*bis*. In grado d'appello, infatti, l'esperimento della mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda solo quando è disposta discrezionalmente dal giudice, ai sensi dell'art. 5, comma 2.

7. Le prospettive, attraverso il contenuto del PNRR. Le prospettive di sviluppo e rafforzamento dei metodi complementari di tutela risentono, in termini certamente positivi, del ruolo di preminenza riconosciuto agli strumenti di deflazione del contenzioso da parte del disegno di legge n. 1662 (allo stato approvato dal solo Senato⁴⁰), volto ad attribuire la "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie" nell'ambito della riforma della giustizia civile secondo il PNRR⁴¹.

³⁶ V. ad es. Tribunale di Roma, sez. Ostia, 26 marzo 2012, est. Moriconi, cit. in VACCARI, *op. cit.*

³⁷ Cass. civ. sez. III, n. 830 del 18 gennaio 2006, riferita all'art. 46 della l. n. 3 del 1982.

³⁸ Cfr. M. VACCARI, *cit.*

³⁹ Cass. civ. sez. III, 10 novembre 2020, n. 25155.

⁴⁰ Il testo del ddl, d'iniziativa del Governo, è stato approvato nella seduta del 21 settembre 2021.

⁴¹ Sul punto, fra gli altri, v. M. BOVE, *DDL delega per il processo civile: è vera riforma?* in *judicium.it*. Si noti che all'interno del PNRR, il Piano Straordinario per la Giustizia è presentato come programma «costruito secondo un approccio organico che intende coniugare gli interventi normativi con gli investimenti adeguati a sostenerli nel tempo» e che «si pone quale obiettivo la realizzazione di una giustizia più effettiva ed efficiente».

Le previsioni del ddl, infatti, nel mentre contengono misure di “potenziamento” del sistema conciliativo, appaiono volte anche a superare molti dei problemi applicativi evidenziati nel rapporto fra tale sistema e la struttura del processo.

In particolare, possono essere individuate le seguenti linee portanti.

Quanto alla *mediazione*, si prevede anzitutto l'adozione di incentivi fiscali ed economici (quali l'esenzione dall'imposta di registro, il riconoscimento di un credito d'imposta, la riduzione delle spese di avvio del procedimento, l'estensione della possibilità di ottenere il patrocinio a spese dello Stato) che contribuiscano all'adozione della scelta conciliativa. Il ricorso al rimedio, dunque, non è più favorito soltanto da un atteggiamento “sanzionatorio” nei confronti di chi potrebbe avvalersene e non lo fa, ma anche con una chiara politica incentivante.

Ancora, è prospettato un ampliamento dell'ambito obiettivo di applicazione della mediazione obbligatoria (ad esempio alle liti concernenti associazioni in partecipazione, consorzi e società di persone, o ancora ai rapporti di subfornitura); si prevede, poi, un rafforzamento della funzione condizionante, mediante l'articolazione del procedimento in guisa di “giudizio precontenzioso”, nel quale la difesa tecnica è obbligatoria e la condizione si intende assolta solo se il primo incontro davanti al mediatore si conclude.

È inoltre previsto un sostanziale riordino della procedura, mediante disposizioni che favoriscano e premino l'effettiva comparizione personale delle parti e la possibilità di partecipare al procedimento da remoto o tramite un delegato; significativa, inoltre, è la prospettata possibilità di produrre, nell'eventuale fase giudiziale che segua al fallimento del tentativo, la relazione tecnica resa nel procedimento dall'esperto nominato, che avrà valore di prova liberamente apprezzabile; e non mancano disposizioni esplicite su alcuni punti precedentemente controversi (la partecipazione al procedimento del condominio e della pubblica amministrazione, il rapporto con il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo).

Alcune previsioni, infine, sono dedicate alla struttura cui è affidata la complessiva gestione dell'attività mediatrice; ed in tale ambito è compresa anche una valorizzazione della «*mediazione demandata dal giudice*», «*in un regime di collaborazione necessaria fra gli uffici giudiziari, le 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 giudiziali che demandano le parti alla mediazione*»⁴².

Si tratta, pertanto, di disposizioni che riguardano direttamente il ruolo del giudice all'interno del percorso di mediazione, particolarmente apprezzabili nella

⁴² Cfr. art. 4, lett. o).

parte in cui si dedicano al rafforzamento dei percorsi formativi, alla valorizzazione dei diversi soggetti coinvolti nell'ambito dell'amministrazione della giustizia e della cultura giudiziaria e alla diffusione, nel medesimo ambito, delle migliori prassi applicative. Meno apprezzabile, al medesimo riguardo, è la tuttavia la previsione di una valorizzazione «*dei contenziosi definiti a seguito di mediazione o comunque mediante accordi conciliativi, al fine della valutazione della carriera dei magistrati*»⁴³, che appare resa in termini che non chiariscono né la sede, né la forma di tale valutazione, e, tantomeno, specificano come possa addivenirsi al relativo apprezzamento, nel contesto della (necessariamente) complessiva valutazione del lavoro giudiziario.

Nel terreno della negoziazione assistita, poi, il ddl individua alcuni benefici premiali (in particolare adeguando i compensi degli avvocati) e delinea l'estensione dell'ambito materiale di applicazione, includendovi le controversie individuali di lavoro.

Anche in questo ambito, infine, prospetta un intervento con effetti di maggiore "procedimentalizzazione" dell'incombente, mediante l'impiego di un modello di avvio elaborato dal CNF e la strutturazione di una fase istruttoria stragiudiziale che denota alcuni rilevanti punti in comune con il modello americano, anche in termini di possibile utilizzabilità delle risultanze istruttorie nell'eventuale giudizio.

Nella prospettiva del legislatore, pertanto, l'obiettivo di ampia diffusione dei "metodi complementari di tutela" si concretizza con il tratteggiare una normativa di impatto, che pone i rimedi conciliatori su un piano di "parità di accesso" con la tutela giudiziaria in senso stretto, ne esalta i profili di possibile, maggiore vantaggio e mira, altresì, a risolvere gran parte dei problemi applicativi emersi nei primi dieci anni di applicazione del sistema.

Ferma la necessità che tali previsioni vengano adottate in tempi rapidi ed attuate con efficacia, restano gli interrogativi connessi alla diffusione di un corretto approccio alle tutele complementari, con riferimento tanto ai fruitori, quanto agli "erogatori" del servizio-giustizia.

A tale ultimo riguardo, in un quadro ancora interessato da una normativa essenziale – e destinata, in presenza di un'applicazione più diffusa, ad impattare maggiormente la più complessa struttura processuale – diviene decisiva l'adozione di "codici di condotta" da parte dei giudici (nell'auspicata prospettiva di un loro maggior coinvolgimento) e, pertanto, assumono un ruolo centrale le cd. buone prassi, volte a favorire la diffusione di pratiche virtuose e di criteri applicativi condivisi.

⁴³ *Ibidem.*

La mediazione. Ricostruzione normativa, improcedibilità e verifiche preliminari in udienza

SOMMARIO: 1. Ricostruzione normativa. – 2. Le materie assoggettate a mediazione obbligatoria ed altre verifiche preliminari. – 3. La mediazione delegata; – 4. Mancata mediazione ed improcedibilità della domanda. – 5. Il concreto assolvimento dell'obbligo della mediazione implica alcuni passaggi fondamentali, che è onere del Giudice adito verificare. – 6. Ulteriori questioni controverse in materia di mediazione. – 7. *Focus* su: mediazione e giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. – 8. Bibliografia minima.

1. Ricostruzione normativa. La presente relazione, illustrativa dei presupposti e degli aspetti di verifica preliminare dell'assolvimento della condizione di procedibilità obbligatoria costituita dalla mediazione, non può prescindere da una breve ricostruzione normativa dell'istituto.

Come è noto, la mediazione è stata per la prima volta prevista e disciplinata dal D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, recante “*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*”, la cui normativa tuttavia è stata dichiarata incostituzionale, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012.

L'obbligatorietà della mediazione è stata peraltro reintrodotta, con alcune modifiche rispetto all'originaria disciplina, dal c.d. decreto del fare, decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, recante “*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*”, convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 98; inizialmente prevista come temporanea, la disciplina qui contenuta è stata “stabilizzata” per effetto del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, nella l. 21 giugno 2017, n. 96¹, il cui art. 11-ter, ha modificato l'art. 5, comma 1-bis, D.lgs. 28/2010 cit., eliminando il carattere temporaneo dell'istituto della mediazione.

¹ Recante Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo.

Accanto alla disciplina di cui al d.l. 69/2013, conv. con mod. in l. 98/2013², vanno altresì considerate, quali normative speciali che prevedono il ricorso alla mediazione obbligatoria: l'art. 25 l. 11 dicembre 2012, n. 220 di riforma del condominio (che ha inserito l'art. 71 quater nelle disp. att. c.c.); l'art. 8, l. 1 aprile 2017, n. 24, che prevede, come obbligatoria condizione di procedibilità, lo svolgimento del procedimento di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ovvero, in alternativa, il procedimento di mediazione.

Per altro verso, con d.l. 12 settembre 2014, n. 132 convertito in l. 1° novembre 2014, n. 162 è stata introdotta la negoziazione assistita per chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione da veicoli e natanti (art. 3) materia in precedenza soggetta a mediazione obbligatoria: significativo e condivisibile risulta tuttavia l'orientamento di quella giurisprudenza di merito secondo cui la mediazione civile può comunque essere efficacemente esperita con assolvimento della condizione di procedibilità anche nei casi in cui è obbligatoria la negoziazione assistita³.

L'insorgenza della situazione di emergenza epidemiologica Covid-19 ha inciso anche sulla materia della mediazione.

Premesso che l'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, in tema di misure di contenimento, prevede, al comma 6-bis, che il rispetto delle dette misure ivi previste è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti, la legge 25 giugno 2020, n. 70 (di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28), aggiunge al riportato art. 3, d.l. 6/2020, dopo il comma 6-bis citato, il nuovo comma 6-ter: *“Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda”*.

Inoltre, se già l'art. 3 del D.lgs. 28/2010, in linea con il D.lgs. 70/2003 sul commercio elettronico e con il D.lgs. 206/2005 – Codice del Consumo⁴ stabilisce che

² Di cui è stata confermata la legittimità costituzionale: cfr. Corte Cost., 18 aprile 2019, n. 97.

³ Cfr. Trib. Roma, 12 aprile 2021; Trib. Napoli, 25 maggio 2018; sui limiti al cumulo tra negoziazione e mediazione, si veda, inoltre Trib. Verona, 12 maggio 2016.

⁴ Si veda anche direttiva 2013/11/UE attuata con D.lgs. 130/2015, direttiva ADR per i consumatori, con il relativo Regolamento n. 524/2013.

la mediazione può svolgersi anche secondo modalità telematiche, previste dal regolamento dell'organismo di mediazione, fermo il rispetto e la garanzia della sicurezza delle comunicazioni e della riservatezza dei dati⁵, per far fronte all'emergenza Covid, la l. 24 aprile 2020, n. 27 di conversione con modificazioni del d.l. 18/2020 e del suo art. 83 ha previsto che gli incontri di mediazione possano essere svolti in via telematica con il consenso di tutte le parti del procedimento (comma 20 *bis*) e con divieto di registrazione dell'incontro; l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la firma del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione (e questo in deroga al disposto dell'art. 11 D.lgs. 28/2010); il verbale di conciliazione è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo ai sensi dell'art. 12 D.lgs. 28/2010.

Tali forme di più approfondita regolamentazione della mediazione telematica risultano del resto coerenti con quanto di recente previsto in materia di conciliazione giudiziale nell'udienza da remoto con la modifica dell'art. 88 disp. att. cpc introdotta con la legge n. 70/2020 di conversione del dl n. 28/2020, essendo in tale articolo stato inserito un secondo comma così formulato: «Quando il verbale d'udienza, contenente gli accordi di cui al primo comma ovvero un verbale di conciliazione ai sensi degli articoli 185 e 420 del codice, è redatto con strumenti informatici, alla sottoscrizione delle parti, del cancelliere e dei difensori tiene luogo apposita dichiarazione del giudice che tali soggetti, resi pienamente edotti del contenuto degli accordi, li hanno accettati. Il verbale di conciliazione recante tale dichiarazione ha valore di titolo esecutivo e gli stessi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza».

Questa sintetica ricostruzione normativa non può che concludersi con un rapido accenno alla riforma da ultimo del processo civile, che mira ad incoraggiare ulteriormente l'esperimento dei procedimenti di mediazione e negoziazione assistita (v. artt. 2 e 13 del disegno di legge n. 1662); sono inoltre previsti interventi di modifica anche alla disciplina dell'arbitrato. I profili di riforma si riferiscono, tra l'altro, agli incentivi fiscali ed al gratuito patrocinio in mediazione, all'ampliamento dei casi per cui è obbligatorio il ricorso alla mediazione obbligatoria, al riordino delle disposizioni concernenti lo svolgimento della procedura.

2. Le materie assoggettate a mediazione obbligatoria ed altre verifiche preliminari. Ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, D.lgs. n. 28 sono assoggettate a mediazione obbligatoria le controversie vertenti in materia di:

- condominio;
- diritti reali;

⁵ Art. 16 D.lgs. 28/2010.

- divisione;
- successioni ereditarie;
- patti di famiglia;
- locazione;
- comodato;
- affitto di aziende;
- risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria;
- risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità;
- contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Sebbene in sede di prima applicazione dell'istituto la giurisprudenza di merito⁶ avesse stabilito che la suddetta elencazione di materie è tassativa, tale linea interpretativa è destinata a perdere di incisività nella misura in cui, da un lato anche materie formalmente assoggettate a negoziazione assistita obbligatoria possono invece essere precedute dall'esperimento della procedura di mediazione (così la giurisprudenza di merito più sopra citata) e, per altro verso, anche in altre materie, non ricomprese nell'elenco, il Giudice adito può sempre valutare di inviare le parti in mediazione delegata⁷.

Di rilievo sono comunque le previsioni contenute al terzo comma del medesimo art. 5, che dispone che, in ogni caso, lo svolgimento della mediazione non può precludere la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari (né la trascrizione della domanda giudiziale), e del successivo comma 4, secondo cui dall'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria sono poi esclusi:

- i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- i procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento di rito di cui all'art. 667 c.p.c.;
- procedimenti di consulenza tecnica preventiva al fine della composizione della lite, di cui all'articolo 696-*bis* del codice di procedura civile;
- i procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703 c.p.c., comma 3, c.p.c.;
- il procedimento di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;

⁶ Cfr. Trib. Cassino, 11 novembre 2011; Trib. Pavia, 26 ottobre 2011; Trib. Varese, 10 giugno 2011.

⁷ Cfr. Trib. Prato, 16 gennaio 2012, secondo cui il disposto di cui all'art. 5, comma 2, D.lgs. n. 28 del 2010 deve ritenersi applicabile a tutte le controversie e non solo a quelle oggetto di mediazione obbligatoria di cui al comma 1, che disciplina una condizione di procedibilità *ad hoc*.

- i procedimenti in camera di consiglio;
- i procedimenti relativi all'azione civile esercitata nel processo penale.

Si segnala, da ultimo, che, come previsto dal comma 1 *bis* del citato art. 5, la condizione di procedibilità connessa all'esperimento obbligatorio del procedimento di mediazione è soddisfatta anche, per le materie ivi regolate, qualora, invece della mediazione, si esperisca il procedimento di conciliazione previsto dal D.lgs. 8 ottobre 2007 n. 179 (recante “*Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262*”), ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al D.lgs. 1 settembre 1993 n. 385.

Al di là delle previsioni normative, che vanno doverosamente riportate, preme sottolineare come sia importante per il Giudice Istruttore individuare in concreto le controversie assoggettate a mediazione obbligatoria, laddove la medesima non risulti essere stata previamente espletata, per poter avviare alla improcedibilità della domanda secondo quanto previsto, e su cui torneremo in seguito, sempre dal comma 1 *bis* dell'art. 5.

Ebbene, secondo condivisibile dottrina, ai fini di tale indagine occorre innanzitutto far riferimento al contenuto della domanda proposta dalle parti, ovvero all'oggetto della loro pretesa e, in particolare, al piano sostanziale della medesima. Ciò in linea con i criteri interpretativi elaborati con riferimento agli atti introduttivi del processo civile dalla giurisprudenza della Cassazione; rilevano al riguardo, quindi, i fatti costitutivi della domanda e l'oggetto della pretesa, dovendosi di conseguenza porre l'attenzione al concreto rapporto dedotto dalle parti ed al contenuto sostanziale delle pretese desumibile dalla natura delle situazioni dedotte in controversia⁸.

Occorre inoltre rilevare che se, da un lato, le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio garantito dall'art. 24 Cost., non possono essere interpretate in senso estensivo⁹, dall'altro, il legislatore, al fine di definire l'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria, ha utilizzato la formula “*controversie in materia di (...)*”: formula che si ritiene, in armonia con il consolidato orientamento interpretativo, certamente più ampia della locuzione “*controversie di*”¹⁰; ciò in linea con l'intento deflattivo delle cause civili pendenti davanti ai nostri uffici giudiziari perseguito dall'apparato legislativo in tema di mediazione.

⁸ Cfr. *ex multis* Cass., 28 maggio 2000, n. 14424; Cass., 2 marzo 2006, n. 4598.

⁹ Cfr. Cass., 21 gennaio 2004, n. 967.

¹⁰ Cfr. Trib. Palermo – Bagheria, 16 agosto 2011.

È stato inoltre esattamente rilevato¹¹ che il D.lgs. 28/2010 non solo non attribuisce espressamente al mediatore alcun potere valutativo o decisionale in ordine agli incidenti che possano verificarsi nel corso della mediazione ma anzi, demanda al giudice, ai sensi dell'art. 8, comma 4 *bis*, la valutazione su uno di essi, ossia l'assenza della parte.

Da questa norma può pertanto desumersi che anche la decisione su tutte le altre, anche più rilevanti, questioni che possano influire sulla regolarità del procedimento di mediazione competa all'autorità giudiziaria (la condanna al pagamento del contributo unificato prevista all'art. 8 potrebbe essere emessa dal giudice in corso di causa e senza attendere la sentenza¹²).

3. La mediazione delegata. Se si vuole intendere il riferimento alle verifiche preliminari che il Giudice deve effettuare in materia di mediazione in senso ampio e sistematico non si può prescindere dal riferimento alla mediazione delegata, prevista specificamente dall'art. 5, comma 2, D.lgs. n. 28/2010, il quale prevede testualmente quanto segue: *“2. Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”*.

La giurisprudenza ha tentato di dare spessore contenutistico alle formule normative che giustificano l'ordine di procedere a mediazione, talora attribuendo rilevanza al lasso temporale dei rinvii disposti dal Giudice¹³, talvolta valorizzando il fatto che il rapporto sostanziale tra le parti sia destinato a durare nel tempo¹⁴, altrimenti attribuendo rilevanza alla pregressa congiunta richiesta di rinvio per trattative¹⁵.

¹¹ Così in dottrina, M. VACCARO.

¹² Cfr. Trib. Termini Imerese, ord. 9 maggio 2012; in dottrina, M. RUVOLO.

¹³ Cfr. Trib. Ostia, 6 dicembre 2010.

¹⁴ Cfr. Trib. Varese, 6 luglio 2011; Trib. Milano, 29 ottobre 2013.

¹⁵ Cfr. Trib. Varese, 11 gennaio 2013.

Degno di nota, ed assolutamente condivisibile nell'ottica di perseguire la possibile deflazione del contenzioso ordinario, è l'orientamento secondo cui la mediazione delegata non è preclusa dalla mediazione obbligatoria, nel senso che *“È facoltà del giudice disporre la mediazione demandata anche allorché sia stato già avviato e concluso negativamente un esperimento di mediazione obbligatoria, trattandosi di modelli diversi e non alternativi, che si sviluppano con presupposti, forza ed efficacia non sovrapponibili”*¹⁶, per cui, in ultima analisi, la procedura di mediazione delegata potenzialmente si applica a tutte le controversie relative a diritti disponibili¹⁷ e pendenti¹⁸.

Caratteristica peculiare della mediazione delegata è che può essere discrezionalmente disposta dal Giudice di Appello, anche se la valutazione, tra i presupposti delineati dalla legge, di quello relativo allo “stato dell'istruzione”, in sede di gravame assume una connotazione peculiare, dal momento che lo stato dell'istruzione in appello corrisponde di norma ad una causa perfettamente istruita nel primo grado e destinata, per questo, ad esaurirsi nella prima udienza, dopo la verifica della corretta instaurazione del contraddittorio, e questo stante il limitativo disposto dell'art. 345 c.p.c., per cui sono infatti assai rari i casi in cui il giudice d'appello può disporre l'assunzione di una nuova prova, ammettere una prova richiesta ritualmente in primo grado e non ammessa erroneamente dal giudice, ovvero disporre la rinnovazione, totale o parziale, della prova assunta in primo grado¹⁹.

Merita riportare alcune pronunce della Suprema Corte relative al rapporto tra il rilievo della improcedibilità per mancata mediazione in primo grado ed il potere del Giudice di appello di disporre la mediazione.

Secondo Cass., 13 dicembre 2019, n. 32797, giusto il disposto di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, D.lgs. 28/2010, l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza del giudizio di primo grado; pertanto, in mancanza della tempestiva eccezione del convenuto, ove il giudice di primo grado non abbia provveduto al relativo rilievo d'ufficio, è precluso al giudice di appello rilevare l'improcedibilità, in quanto in grado di appello è prevista solo una facoltà del giudice di creare la condizione di procedibilità alla luce di una valutazione discrezionale ai sensi dell'art. 5, comma 2 del menzionato D.lgs. 28/2010²⁰.

¹⁶ Cfr. Trib. Roma, 9 ottobre 2015.

¹⁷ Cfr. Trib. Milano, 29 ottobre 2013.

¹⁸ Cfr. Trib. Brescia, 28 novembre 2013.

¹⁹ Il caso più comune è costituito dalla rinnovazione della consulenza tecnica espletata in primo grado, sempre che l'accertamento sia stato richiesto con uno specifico motivo di impugnazione: cfr. in dottrina V. BUONOMO.

²⁰ Cfr. anche Cass., 30 ottobre 2018 n. 27433; Cass., 10 novembre 2020, n. 25155.

La recentissima Cass., ord. 13 maggio 2021, n. 12896 approfondisce l'ulteriore aspetto per cui nell'ipotesi in cui l'improcedibilità sia stata eccepita tempestivamente oltre che fondatamente, e il giudice di primo grado non abbia disposto di conseguenza, l'eccezione può essere dedotta, dalla parte che l'ha rilevata, come nella fattispecie qui in esame, quale motivo d'impugnazione, e il giudice di appello deve allora disporre la mediazione obbligatoriamente e, quindi, una volta esperita infruttuosamente, rinnovare la decisione, mentre, se la mediazione non abbia corso, dichiarerà, in riforma della decisione di primo grado, l'improcedibilità del giudizio; (nel caso in scrutinio, il giudice di appello ha rilevato che l'eccezione era stata formulata nella prima udienza successiva all'adozione del provvedimento sulla richiesta di provvisoria esecuzione da parte del Tribunale, e dunque tempestivamente (nonostante quanto in contrario ritenuto nel terzo e subordinato motivo di ricorso per cassazione), sicché quel giudice avrebbe dovuto disporre la sospensione fissando il termine per l'esperimento della mediazione finalizzata alla conciliazione, come invece non è avvenuto).

4. Mancata mediazione ed improcedibilità della domanda. L'improcedibilità della domanda giudiziale nel giudizio di primo grado per mancata mediazione, e dunque per mancato assolvimento della condizione di procedibilità obbligatoria, può essere fatta valere dal convenuto che eccepisca l'improcedibilità della domanda attorea ex art. 5, comma 1-*bis* D.lgs. n. 28 del 2010, ovvero dal giudice che rilevi d'ufficio detta causa di improcedibilità della domanda; in entrambi i casi entro la prima udienza, che, nel rito ordinario di cognizione, è quella di cui all'art. 183 c.p.c.

Quando il giudice rileva che la mediazione non è stata esperita: a) assegna alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione; b) fissa la successiva udienza decorso il tempo massimo previsto per legge per la durata del procedimento di mediazione (3 mesi, ex art. 6, D.lgs. 28/2010, che decorrono dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della domanda di mediazione).

Quando invece il giudice rileva che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza decorso il tempo massimo previsto per legge per la durata del procedimento di mediazione (3 mesi, decorrenti dalla data in cui era stata presentata la domanda di mediazione).

Sul punto la giurisprudenza di merito ha osservato che sebbene il termine di 15 giorni per depositare la domanda di mediazione venga per legge assegnato dal Giudice tout court (praticamente ad entrambe le parti), la parte interessata alla procedibilità dell'azione deve essere identificata nella parte attrice, e non nella parte convenuta in giudizio che non abbia proposto domanda riconvenzio-

nale, sicché con la sentenza che dichiara la improcedibilità le spese di lite vanno poste a carico della parte attrice che non ha proposto domanda di mediazione²¹.

Tuttavia, qualora sia interesse di entrambe le parti proporre domanda di mediazione (ad esempio in caso di proposizione di domanda riconvenzionale), il giudice può compensare fra le parti le spese del giudizio²².

La giurisprudenza di merito si interroga altresì sulla natura del termine di 15 giorni, cioè se perentorio o ordinatorio.

Secondo un orientamento, il termine di quindici giorni per la presentazione dell'istanza di mediazione ha carattere di perentorietà, in quanto la normativa riconnette allo spirare del termine in questione la grave sanzione dell'improcedibilità della domanda giudiziale²³.

Altro orientamento, in difetto di espressa previsione di legge sulla perentorietà, invece ritiene si tratti di un termine ordinatorio²⁴ con la conseguenza che la parte a carico della quale è posto l'onere di instaurare il procedimento può ottenere dal giudice una proroga, sempreché depositi tempestivamente l'istanza prima della scadenza del termine stesso. In caso contrario, ad ogni modo, dal tardivo deposito dell'istanza di mediazione, consegue l'improcedibilità della domanda²⁵.

5. Il concreto assolvimento dell'obbligo della mediazione implica alcuni passaggi fondamentali, che è onere del Giudice adito verificare. Il concreto assolvimento dell'obbligo della mediazione implica alcuni passaggi fondamentali, che è onere del Giudice adito verificare, e si possono individuare nei seguenti:

- a) Competenza territoriale degli organismi di mediazione;
- b) Difesa tecnica;
- c) Elementi essenziali della domanda di mediazione;
- d) Svolgimento del primo incontro di mediazione.

Si ritiene dapprima di esaminare i profili sub a) e sub c), laddove i restanti sub b) e d) verranno esaminati insieme, in quanto tra loro collegati e connessi.

a) Competenza territoriale degli organismi di mediazione

²¹ Cfr. Trib. Lamezia Terme, 22 giugno 2012.

²² Cfr. Trib. Palermo, 24 novembre 2015.

²³ Cfr. Trib. Napoli Nord, 14 marzo 2016; Trib. Roma, 7 settembre 2020 parla di natura perentoria implicita di tipo funzionale; Trib. Parma, 9 febbraio 2021.

²⁴ Cfr. App. Milano, 4 luglio 2019; App. Palermo, 24 gennaio 2019; Trib. Torino, 15 febbraio 2019.

²⁵ Cfr. Trib. Monza, 21 gennaio 2016.

Il nuovo art. 4, comma 1, D.lgs. n. 28 del 2010 dispone oggi, in seguito alla riforma del 2013, che la domanda di mediazione va presentata mediante deposito di un'istanza presso un "*organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia*"²⁶.

Nel caso in cui non vi sia stato accordo di tutte le parti a rivolgersi, con domanda congiunta, ad altro organismo scelto di comune accordo²⁷, e la domanda di mediazione sia stata presentata unilateralmente dinanzi ad un organismo che non aveva competenza territoriale, va dichiarata l'improcedibilità della domanda giudiziale²⁸.

Ai fini della competenza per territorio dell'organismo adito deve ritenersi sufficiente che questo abbia una sede accreditata nel registro tenuto dal Ministero della Giustizia, anche secondaria, nel luogo del giudice territorialmente competente, a nulla rilevando il fatto che tale sede non risulti dal registro delle imprese, o che non si tratti di una sede "effettiva", poiché non può essere addossato all'utente l'onere di verificare se le sedi accreditate dal Ministero della Giustizia siano effettivamente operative e idonee alla svolgimento dell'attività di mediazione²⁹.

In materia di condominio, occorre coordinare la disciplina dettata dall'art. 4, comma 1, del D.lgs. 28/2010 con la previsione di cui all'art. 71 quater delle disposizioni di attuazione al c.c., *ratione temporis* applicabile alla presente controversia, che al comma 2, statuisce esplicitamente che "*La domanda di mediazione deve essere presentata, a pena di inammissibilità, presso un organismo di mediazione ubicato nella circoscrizione del tribunale nella quale il condominio è situato*"; in altre parole, la norma riconnette inequivocabilmente la sanzione della inammissibilità alla ipotesi in cui la domanda di mediazione venga inoltrata ad un organismo territorialmente incompetente, ma comunque a tale esito è connessa la declaratoria di improcedibilità della domanda attorea, non potendo ritenersi validamente assolta la condizione di procedibilità³⁰.

c) Elementi essenziali della domanda di mediazione

A norma dell'art. 4, comma 2, D.lgs. n. 28 del 2010, la domanda di mediazione è presentata mediante deposito (presso un organismo di mediazione) di un'i-

²⁶ Cfr. Cass., 2 settembre 2015 n. 17480: va dapprima individuato il foro competente per la controversia e conseguentemente va scelto l'organismo cui rivolgersi in sede conciliativa; in caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda; per determinare quale sia la prima domanda si ha riguardo alla data di deposito dell'istanza.

²⁷ Cfr. Trib. Milano, 20 ottobre 2013.

²⁸ Cfr. Trib. Napoli Nord, 14 marzo 2016; Trib. Ferrara, 15 marzo 2018.

²⁹ Cfr. Trib. Ravenna, 8 giugno 2017.

³⁰ Cfr. Trib. Foggia, 12 gennaio 2021.

stanza che deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa; tale previsione va letta in combinato disposto con la normativa dettata dall'art. 5, comma 1 *bis* in tema di mediazione obbligatoria, il quale prevede uno stringente collegamento tra processo civile (*"azione"*) e mediazione³¹.

Eventuali «asimmetrie» tra la domanda di mediazione e la domanda giudiziale vanno valutate in relazione al contenuto dell'istanza di mediazione, e non del verbale redatto dal mediatore³².

b) Difesa tecnica; d) Svolgimento del primo incontro di mediazione.

Il novellato art. 1 *bis*, art. 5 D.lgs. n. 28 del 2010 espressamente dispone che *"chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto (...)".*

Pertanto non può pertanto considerarsi validamente esperito il procedimento di mediazione obbligatoria svolto senza l'assistenza di un avvocato³³.

In altre parole, a seguito delle modifiche introdotte al D.lgs. n. 28/2010 ad opera dell'art. 84 del Dl 21 giugno 2013, n. 69, che l'assistenza difensiva sia divenuta obbligatoria, fin dal primo incontro davanti al mediatore, perlomeno nei casi in cui la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ivi compresi quindi quelli di mediazione demandata dal giudice³⁴.

Non può tuttavia trascurarsi che per altro verso copiosa giurisprudenza di merito afferma, con specifico riguardo alla mediazione demandata dal giudice, che l'ordine del giudice possa considerarsi rispettato, e di conseguenza la condizione di procedibilità possa dirsi realizzata, solo se le parti siano comparse di persona davanti al mediatore e il tentativo di conciliazione sia stato effettivo³⁵.

La questione della difesa tecnica è anche connessa alla questione della possibilità o meno della parte di conferire procura speciale al proprio difensore per la partecipazione al primo incontro.

Secondo le previsioni dell'art. 5 D.lgs. 28/2010:

- Durante il primo incontro il mediatore, dopo avere chiarito il proprio ruolo e le caratteristiche della procedura di mediazione, *"invita le parti*

³¹ Cfr. Trib. Verona, 7 luglio 2016; Trib. Pordenone, 18 febbraio 2019.

³² Cfr. Trib. Milano, 16 giugno 2019; per approfondimenti in dottrina, v. L. VIOLA.

³³ Cfr. Trib. Torino, 30 marzo 2016.

³⁴ La questione pare invece tuttora controversa con riguardo alla mediazione volontaria.

³⁵ Cfr. Trib. Firenze, sez. spec. Impresa, 17 marzo 2014; Trib. Firenze, sez. II, 19 marzo 2014; Trib. Roma, 30 giugno 2014; Trib. Monza, 20, ottobre 2014; Trib. Firenze, 26 novembre 2014; Trib. Casino, 16 dicembre 2014.

- e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento»;*
- Inoltre *“Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo”;*
 - *“Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, secondo comma, del codice di procedura civile”*

Un consistente orientamento di merito³⁶ evidenzia come l'ipotesi in cui all'incontro davanti al mediatore compaiono i soli difensori, anche in rappresentanza delle parti, non può considerarsi in alcun modo mediazione, come si desume dalla lettura coordinata dell'art. 5, comma 1 *bis* e dell'art. 8, che prevedono che le parti esperiscano il (o partecipino al) procedimento mediativo con l'assistenza degli avvocati, e questo implica la presenza degli assistiti (personale o a mezzo di delegato, cioè di soggetto comunque diverso dal difensore); altre parole appaiono *“indispensabile che al primo incontro innanzi al mediatore siano presenti le parti personalmente (assistite dal difensore), non essendo sufficiente che compaia unicamente il difensore, nella veste di delegato della parte”*³⁷. Difatti, *“la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti”*³⁸; mentre risponde al dettato legislativo l'ipotesi di delega organica del legale rappresentante di società oppure di delega del contitolare del diritto, al contrario il mero transeunte impedimento a presenziare della persona fisica dovrebbe invece comportare piuttosto un rinvio del primo incontro³⁹.

Ed alla necessità che le parti compaiano personalmente in mediazione è connessa l'esigenza che il primo incontro con il mediatore si svolga in maniera sostanziale e proficua: *“per espressa volontà del legislatore, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della mediazione e non sulla volontà delle parti, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, di mediazione non obbligato-*

³⁶ Cfr. ex multis Trib. Bologna, 16 ottobre 2014.

³⁷ Cfr. Trib. Modena, 2 maggio 2016.

³⁸ Cfr. Trib. Pavia, 18 maggio 2015; parla di natura personalissima della mediazione Trib. Vasto, 9 marzo 2015.

³⁹ Cfr. Trib. Firenze, 16 febbraio 2016.

ria bensì *facoltativa*⁴⁰; pertanto, non può dirsi ritualmente svolto il tentativo di mediazione qualora le parti presenti al primo incontro davanti al mediatore si limitino a manifestare la loro intenzione di non dare seguito alla procedura obbligatoria, senza fornire ulteriore e più specifica indicazione degli impedimenti all'effettivo svolgersi del procedimento⁴¹.

Ed ancora: *“Il tentativo di mediazione non può considerarsi una mera formalità da assolversi con la partecipazione dei soli difensori all'incontro preliminare informativo e si rende quindi necessaria la partecipazione delle parti personalmente – o dei rispettivi procuratori speciali a conoscenza dei fatti e muniti del potere di conciliare – che all'interpello del mediatore esprimano la loro volontà di proseguire nella procedura di mediazione oltre l'incontro preliminare”*⁴².

Risulta quindi *“indispensabile che al primo incontro innanzi al mediatore siano presenti le parti personalmente (assistite dal difensore), non essendo sufficiente che compaia unicamente il difensore, nella veste di delegato della parte”*⁴³. Difatti, *“la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti”*⁴⁴. In particolare, l'art. 8 in questione implica la volontà di favorire la comparizione personale della parte, *“quale indefinibile e autonomo centro di imputazione e valutazione di interessi”*, dovendo limitarsi a casi eccezionali l'ipotesi che essa sia sostituita da un rappresentante sostanziale, pure minuto dei necessari poteri; pertanto mentre certamente soddisfa il dettato legislativo l'ipotesi di delega organica del legale rappresentante di società oppure di delega del contitolare del diritto, al contrario il mero transeunte impedimento a presenziare della persona fisica dovrebbe comportare un rinvio del primo incontro⁴⁵.

Senonchè la recente sentenza della Suprema Corte – 27 marzo 2019, n. 8473 – ha affermato che:

- nel procedimento di mediazione obbligatoria è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore;
- nella comparizione obbligatoria davanti al mediatore la parte può anche farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente nella persona dello stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purché dotato di apposita procura sostanziale;

⁴⁰ Cfr. Trib. Siracusa, 30 marzo 2016; Trib. Firenze, 16 febbraio 2016.

⁴¹ Cfr. Trib. Firenze, 15 ottobre 2015.

⁴² Cfr. Trib. Pavia, 9 marzo 2015, cit..

⁴³ Cfr. Trib. Modena, 2 maggio 2016.

⁴⁴ Cfr. tra le altre, sulla c.d. natura personalissima della mediazione, Trib. Vasto, 9 marzo 2015.

⁴⁵ Cfr. Trib. Firenze, 16 febbraio 2016.

- la condizione di procedibilità può ritenersi realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti, richieste dal mediatore dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunichino la propria indisponibilità di procedere oltre.

In estrema sintesi, la Suprema Corte ha affermato che, se da un lato, alla luce dell'apparato normativo di cui al D.lgs. 28/2010 cit. ai fini della realizzazione della condizione di procedibilità la parte non può evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato, dall'altro, la necessità della comparizione personale non comporta che si tratti di attività non delegabile. E ciò stante la *“mancanza di una previsione espressa in tal senso”*, e non avendo la partecipazione al procedimento di mediazione *“natura di atto strettamente personale”*.

Quando ai modi e alle forme della sostituzione la Cassazione spiega che è necessaria una procura speciale sostanziale.

In ultima analisi sempre la Suprema Corte, nella pronuncia n. 8473/2019, precisa che l'onere della parte che intenda agire in giudizio (o che, avendo agito, si sia vista opporre il mancato preventivo esperimento della mediazione e sia stata rimessa davanti al mediatore dal giudice) di dar corso alla mediazione obbligatoria va ritenuto adempiuto con l'avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore (con le precisazioni di cui si è detto quanto alla questione della rappresentanza in mediazione), *“all'esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, può liberamente manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare (rectius proseguire) la procedura di mediazione”*.

La giurisprudenza di merito successiva alla pronuncia della Suprema Corte ha ribadito rispetto all'orientamento di legittimità ora descritto, che – sebbene l'effettività della mediazione, richiesta ai fini della procedibilità della domanda giudiziale, non implichi necessariamente il superamento del primo incontro ed il completamento della procedura – già nel corso del primo incontro di mediazione, superata e conclusa la fase dedicata all'informativa delle parti, si debba procedere ad effettiva mediazione⁴⁶, e che la necessaria partecipazione personale in mediazione, non delegabile a terzo soggetto, salvo casi eccezionali (di impossibilità giuridica o materiale a comparire di persona) è insita nella natura stessa delle attività nelle quali si esplica il procedimento di mediazione ed è implicita ed ineludibile nella corretta interpretazione del D.lgs. 28/2010⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. Trib. Firenze, 8 maggio 2019.

⁴⁷ Cfr. Trib. Roma, 27 giugno 2019.

Altre decisioni hanno invece recepito quanto affermato dalla Suprema Corte. Secondo il Tribunale Roma⁴⁸, appunto, la Cassazione con la sentenza n. 8473/19 rileva come la lettera dell'art. 8 del D.lgs. 28/2010 stabilisca la obbligatorietà della presenza delle parti al primo incontro, aggiungendo che la partecipazione “non comporta che si tratti di attività non delegabile”, recependo sul punto un orientamento già espresso da una giurisprudenza minoritaria⁴⁹, 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 transazione⁵⁰ e che appaiono del tutto conformi e funzionali anche allo spirito del D.lgs. 28/2010”. La partecipazione pertanto può essere oggetto di delega.

Tale delega, secondo la sentenza de qua, mancando una previsione espressa, può essere effettuata anche a favore del proprio difensore. In questo senso si esprime il Tribunale di Cosenza⁵¹: *“Ed invero, il riferimento alla procura sostanziale, la cui ratio è da rinvenirsi nel fatto che l'attività di mediazione è finalizzata a verificare se sia possibile instaurare tra le parti – innanzi al mediatore – un dialogo tale da consentire in quella sede la risoluzione alternativa della controversia, impedisce di ritenere soddisfatta tale condizione dal conferimento della procura processuale conferita al difensore e da questi autenticata (neppure se ivi vi sia il riferimento dell'informazione alla parte dello svolgimento del procedimento di mediazione), posto che la procura processuale conferisce al difensore il potere di rappresentanza in giudizio della parte ma non gli conferisce la facoltà di sostituirsi ad esso in una attività esterna al processo – quale è appunto il procedimento di mediazione”*.

Conclusivamente, quanto al primo incontro di mediazione, possono verificarsi le seguenti situazioni:

- le parti partecipano e, conclusa la fase informativa, entrano subito in mediazione; se questa si conclude negativamente anche nel medesimo primo incontro la condizione di procedibilità deve ritenersi avverata ai sensi dell'art. 5 comma 2 *bis* D.lgs. 28/2010;
- laddove una delle parti non si presenti neanche (né personalmente né tramite un proprio procuratore sostanziale) al primo incontro informativo e non aderisca alla procedura di mediazione: il verbale sarà di mancato accordo ed il giudice valuterà l'assenza della parte e trarrà le proprie conclusioni ai sensi dell'art. 116, comma 2 c.p.c.⁵²;

⁴⁸ Cfr. Trib. Roma, 15 settembre 2020.

⁴⁹ Cfr. Trib. Massa, 29 maggio 2018, n. 398, secondo 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).

⁵⁰ Cfr. Cass., 27 gennaio 2012, n. 1181.

⁵¹ Cfr. Trib. Cosenza, 13 gennaio 2020.

⁵² Cfr. Trib. Catania, 12 ottobre 2020: tale mancata ed ingiustificata partecipazione di una parte può

- laddove tutte le parti partecipino al primo incontro (così apparentemente escludendo l'ipotesi di cui all'art. 8 comma 4-bis, in virtù del quale il giudice può trarre argomenti di prova dalla mancata ed ingiustificata partecipazione di una parte), ma una o entrambe comunichino la indisponibilità a procedere oltre: da un lato assume rilievo la recente pronuncia della Suprema Corte, dall'altro le elaborazioni della giurisprudenza di merito in ordine alla infondatezza di eventuali giustificazioni solo formali rese dalle parti (e che merita riportare: Trib. Torino, 25 marzo 2021: *"In applicazione dell'art. 8, comma 4 bis del D.lgs. 2010 n. 28, omissis, che non ha partecipato al procedimento di mediazione e non ha fornito alcuna giustificazione di tale mancata partecipazione, deve essere condannata a versare all'entrata del bilancio dello Stato una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il presente giudizio. Si tratta, come è noto, di una prescrizione (versamento dell'importo a favore dello Stato) che prescinde dall'esito del giudizio e la cui ratio risiede nella violazione di quello che è ormai un principio immanente dell'ordinamento giuridico e cioè che la partecipazione alla mediazione è un valore in sé, a prescindere dal merito e quindi dal convincimento di non dover incorrere nella soccombenza"*; Trib. Roma, 15 gennaio 2021: *"Non costituisce giusto motivo di mancata partecipazione lo svolgimento di precedenti tentativi di mediazione non andati a buon fine. In tal caso, dunque, la mancata partecipazione al tentativo obbligatorio di mediazione comporta l'applicazione della sanzione di cui all'art. 8, comma 4 bis, D.lgs. 28/2010"*; Trib. Treviso, 22 novembre 2019: *"va condannata la parte al pagamento dell'importo corrispondente al contributo unificato ex art. 8, comma 4 bis, D.lgs. n. 28 del 2010 per non aver partecipato, senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione al quale sia stata ritualmente invitata, qualora affermi che la mancata adesione alla procedura di mediazione sia stata determinata dalla consapevolezza dell'impossibilità di trovare un accordo, avendo le parti assunto posizioni troppo distanti nel corso delle trattative avviate prima della presentazione della domanda di mediazione"*; App. Genova, 13 luglio 2020: *"La funzione della mediazione è proprio quella di comporre la lite, riattivando il dialogo tra le parti e inducendole ad una reciproca comprensione delle rispettive opinioni, proprio quando ciascuna di queste è convinta della bontà delle proprie ragioni (...) irrilevante è la prognosi di impossibilità di una conciliazione, in quanto l'introduzione di tale istituto è stata determinata dalla necessità di consentire alle parti di trovare*

anche fondare la condanna della parte medesima ex art. 96 III comma c.p.c..

un accordo amichevole, proprio laddove questo non sia raggiungibile con i soli mezzi di cui i contendenti ed i loro procuratori dispongono. In sostanza, nello spirito della norma che disciplina lo svolgimento del procedimento di mediazione (art. 8), la partecipazione delle parti, sia al primo incontro che agli incontri successivi, rappresenta una condotta assolutamente doverosa, che le stesse non possono omettere, se non in presenza di un giustificato motivo impeditivo che abbia i caratteri della assolutezza e della non temporaneità”).

Si conclude l'analisi riportando per sommi capi quanto statuito da Tribunale di Roma⁵³ in ordine alla peculiare ipotesi in cui a verbale del procedimento di mediazione nel quale il mediatore dichiarava concluso negativamente il procedimento di mediazione per mancato raggiungimento di un accordo tra le parti, dopo aver premesso, però, che nessuna delle stesse era comparsa all'incontro fissato dall'organismo. Ebbene il Giudice osserva come tale verbale sottenda una *«Decisione che va qualificata del tutto errata. Il procedimento di mediazione si è concluso perchè nessuna delle parti si è recata giorno fissato per l'incontro, davanti al mediatore. Era semplicemente di questo che il mediatore avrebbe dovuto dare atto. Affermare che le parti non avevano raggiunto l'accordo è un'aporia, sicuramente non consapevole, ma pur sempre tale»*.

In sostanza, alla luce di quanto previsto dall'art. 8, co. 1 e dall'art. 5, co. 2 bis, D.lgs. 28/2010, nel caso di specie la condizione di procedibilità della domanda giudiziale non può considerarsi realizzata qualora, come nel caso di specie, non vi sia un incontro delle parti e/o dei loro avvocati con il mediatore. Altrimenti, si rileva nella pronuncia in esame, *“...si correrebbe il rischio, specialmente nell'attuale periodo di ancora diffusa diffidenza verso l'istituto della mediazione, di prestare il fianco a condotte delle parti non corrette (in quanto sostanzialmente aventi lo scopo di bypassare tout court la mediazione ovvero, che è lo stesso, di espropriare surrettiziamente il mediatore delle funzioni che la legge gli attribuisce).*

Dichiarata dunque l'improcedibilità della domanda, la pronuncia si conclude con la condanna al versamento all'erario di ammontare pari a quello del contributo unificato dovuto per il giudizio emessa nei confronti della parte attrice, non avendo la stessa partecipato, senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione che pure aveva richiesto.

⁵³ Cfr. Trib. Roma, 29 settembre 2014.

6. Ulteriori questioni controverse in materia di mediazione. Ulteriori questioni controverse in materia di mediazione e su cui si è sviluppato un vivacissimo dibattito giurisprudenziale sono le seguenti:

- a) Mediazione e pluralità di parti;
- b) Mediazione e pluralità di domande da parte dell'attore;
- c) Domande riconvenzionali e chiamata di terzo;
- d) Mediazione e domanda trasversale;
- e) Mediazione e rito sommario;
- f) Mediazione e giudizio «successivo»: il giudizio di merito ex art. 669 octies c.p.c.;
- g) Mediazione e controversie di locazione;

In primo luogo si può rilevare che le questioni sub a) e b) siano strettamente collegate, coinvolgendo il tema del cumulo soggettivo e del cumulo oggettivo di domande proponibili in causa; analogamente, anche le questioni sub c) e d) presentano aspetti comuni, essendo in via generale riconducibili al tema della assoggettabilità o meno a mediazione obbligatoria delle domande “successive”, cioè proposte nel giudizio di merito a seguito alla domanda dell'attore che determina l'instaurazione e l'insorgere del giudizio stesso. Le questioni sub e), f) e g) sono invece accomunate dal fatto che il ricorso alla mediazione obbligatoria pare essere reso più difficoltoso dalla scelta del rito o comunque dalle previsioni codicistiche che delineano un rito speciale, e dunque pongono in ultima analisi il tema della compatibilità o incompatibilità dell'istituto della mediazione con riti diversi da quello ordinario di cognizione.

In secondo luogo, rispetto a tutte le questioni evidenziate, è possibile sin d'ora sinteticamente osservare che le problematiche interpretative ed applicative sono insorte a causa delle scarse previsioni normative in materia di mediazione obbligatoria e mediazione delegata, che non tengono espressamente conto delle particolarità e della complessità del giudizio civile, e che il fecondo dibattito giurisprudenziale ha elaborato sulle varie questioni soluzioni spesso contrastanti, ma sempre oggettivamente e legittimamente motivabili e giustificate; spetta quindi alla sensibilità ed al prudente apprezzamento del Giudice adito stabilire in che senso decidere le varie questioni di cui sopra, e che di seguito si andranno subito ad approfondire, non senza rilevare che laddove, come chi scrive, si sia convinti della efficacia deflattiva della mediazione rispetto al contenzioso ordinario, la soluzione non potrà che essere nel senso di un'ampia applicazione dell'istituto, eventualmente stemperando i problemi insorti attraverso il ricorso alla “mediazione delegata” cui devolvere l'intera causa.

a) Mediazione e pluralità di parti.

Nell'ipotesi di litisconsorzio necessario la mediazione va proposta nei confronti di tutte le parti, in quanto solo la loro effettiva partecipazione soddisfa la

condizione di procedibilità (che altrimenti, si consenta un ragionamento in analogia rispetto alla sentenza che definisce i giudizi litisconsortili, sarebbe *inutiliter data*).

La mancata proposizione di mediazione nei confronti anche di uno solo dei litisconsorti necessari dopo l'assegnazione del termine di 15 giorni per proporre il procedimento di mediazione nei confronti di tutti vizia l'intero procedimento e determina quindi l'improcedibilità dell'azione⁵⁴.

È stato altresì affermato che anche nel caso di pluralità di parti in causa, determinatosi a seguito di intervento volontario, l'intera controversia, con tutte le domande, debba essere rimessa in mediazione⁵⁵.

b) Mediazione e pluralità di domande da parte dell'attore

Sono poi sorti dubbi interpretativi nel caso in cui l'attore proponga una pluralità di domande, di cui solo alcune soggette a mediazione obbligatoria, ed altre no.

Ebbene, secondo una prima tesi, sarebbe necessaria la separazione dei giudizi ed il conseguente ordine di procedere a mediazione per le domande per le quali la medesima sia obbligatoria.

Secondo altra tesi, invece, nel caso di due domande proposte al giudice, di cui solo una soggetta a mediazione obbligatoria, ma entrambe costitutive della complessiva controversia pendente tra le parti, occorrerebbe rimettere l'intera controversia dinanzi al mediatore per assicurare la conciliazione⁵⁶.

c) Domande riconvenzionali e chiamata di terzo

È dubbio se considerare anche le domande riconvenzionali del convenuto da rimettere in mediazione obbligatoria.

Qualcuno segue la tesi negativa⁵⁷.

⁵⁴ Cfr. v. Trib. Torre Annunziata, 5 aprile 2019; Trib. Roma, 30 marzo 2020; per la rilevanza della prima notifica ad uno dei litisconsorti e conseguente pendenza della lite, v. Trib. Vasto, 9 ottobre 2011; in dottrina, v. negli stessi termini M. RUVOLO, secondo cui la condizione di procedibilità debba ricorrere per tutti i litisconsorti necessari, e quindi il Giudice dovrà assegnare il termine per proporre il procedimento di mediazione.

⁵⁵ Cfr. Trib. Verona, 18 dicembre 2015.

⁵⁶ Cfr. in tal senso Trib. Verona, 25 giugno 2015: "*Nel caso di due domande proposte al giudice, di cui solo una soggetta a mediazione obbligatoria, ma entrambe costitutive della complessiva controversia pendente tra le parti, occorre rimettere l'intera controversia dinanzi al mediatore per assicurare la conciliazione*".

⁵⁷ In Dottrina, si veda D. DALFINO, DITTRICH, FABIANI, PORRECA, PROTO PISANI, SCARSELLI; cfr. Trib. Palermo, 27 febbraio 2016; Trib. Palermo, sez. dist. Bagheria, 11 luglio 2011; Trib. Reggio Calabria, ord., 22 aprile 2014 ritiene non estendibile la mediazione obbligatoria alle domande riconvenzionali spiegate dal convenuto o da terzi a giudizio già iniziato; Trib. Roma, 18 gennaio 2017, esclude la mediazione per la domanda contenuta nella chiamata di terzo.

Altri seguono la tesi positiva⁵⁸.

Non manca, poi, una tesi intermedia che, rifacendosi alla posizione della Cassazione in materia agraria (con riferimento all'art. 46 della legge n. 203/1982 e, cioè, che “*l'onere del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione ... sussiste, oltre che a carico dell'attore che agisce in via principale in giudizio, anche nei confronti del convenuto che proponga una domanda riconvenzionale, secondo uno dei criteri di collegamento previsti dall'art. 36 cod. proc. civ.*”), ritiene necessaria la conciliazione solo se la riconvenzionale, cd. inedita, amplia l'oggetto della controversia⁵⁹. L'affermazione formulata dalla giurisprudenza di legittimità dovrebbe riguardare, semmai, la sola domanda riconvenzionale c.d. inedita.

Come si sottolineava all'inizio di questo paragrafo sia a sostegno della tesi negativa sia a sostegno della tesi positiva sono state elaborate numerose ragioni, tutte astrattamente valide e compiutamente motivate.

Chi non ritiene di rimettere le domande riconvenzionali in mediazione, infatti afferma anzitutto che a norma dell'art. 5, comma 1-*bis*, D.lgs. n. 28/2010, chi intende “esercitare in giudizio un'azione” relativa a una controversia vertente nelle materie elencate dal citato art. 5, comma 1-*bis* è tenuto a esperire il procedimento di mediazione, per cui, giusta tale letterale dizione normativa, la mediazione obbligatoria non si estenderebbe alle domande riconvenzionali sollevate dal convenuto o da terzi, con la conseguenza che l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione nelle materie elencate dall'art. 5, comma 1-*bis*, D.lgs. n. 28/2010 graverebbe solo sull'attore: la locuzione “chi intende esercitare in giudizio un'azione” sarebbe quindi da intendersi come “chi intende instaurare un giudizio”⁶⁰. Per di più l'art. 5, comma 1bis, D.lgs. 28/2010, prevede la facoltà del convenuto di eccepire il mancato tentativo di mediazione, sicché va considerato tale “chi viene citato in giudizio”, e non già “chi, avendo promosso un'azione e, pertanto, notificato ad altri una *vocatio in ius*, risulti a sua volta destinatario di una domanda, collegata a quella originaria”;

Inoltre⁶¹ le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità sono di stretta interpretazione, poiché introducono limitazioni all'esercizio del diritto di agire in giudizio, garantito dall'art. 24 Cost., quindi la locuzione “*chi intende esercitare in giudizio un'azione*”, contenuta nel comma 1, art. 5, D.lgs. n. 28/2010, sarebbe da intendersi come “chi intende instaurare un giudizio”.

⁵⁸ In Dottrina G. BUFFONE; cfr. Trib. Roma, sez. dist. Ostia, 15 marzo 2012.

⁵⁹ Cfr. Trib. Firenze, 14 febbraio 2012, Trib. Como, 2 febbraio 2012.

⁶⁰ Cfr. Trib. Reggio Calabria, 22 aprile 2014, opp. cit. e Trib. Palermo, 11 luglio 2011, opp. cit.; tesi confermata da: Trib. Taranto, 2 maggio 2019; Trib. Roma, 18 gennaio 2017; Trib. Mantova, 14 luglio 2016; Trib. Palermo, 27 febbraio 2016.

⁶¹ Cfr. anche Trib. Roma, 18 gennaio 2017.

Non va poi dimenticato che vanno fatti salvi i principi di ragionevole durata del processo e di equilibrata relazione tra procedimento giudiziario e mediazione, indicato nella direttiva comunitaria 2008/52/CEE, tenuto conto che il procedimento di mediazione sulla domanda riconvenzionale non è generalmente idoneo, dopo il fallimento del procedimento di mediazione sulla domanda principale, a porre fine al giudizio, per cui, in ultima analisi, non è possibile ammettere che vengano formulate domande riconvenzionali al solo fine di costringere il giudice a mandare le parti in mediazione, così da dilazionare i tempi del processo.

Chi invece sostiene che la mediazione obbligatoria (sempre nell'ambito delle controversie vertenti, ovviamente, nelle materie elencate del comma 1 *bis* in commento) debba riguardare ogni domanda proposta in giudizio⁶², anzitutto evidenzia che nella normativa sulla mediazione il legislatore non precisa se l'esperimento del procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità della sola domanda introduttiva del giudizio, ovvero di tutte le domande giudiziali, anche se proposte in corso di causa, quindi l'interpretazione letterale dell'art. 5, D.lsg. n. 28/2010, non consente di distinguere tra domande principali e domande successive, talché anche per le seconde vigerebbe la condizione di procedibilità; inoltre la Corte di Cassazione, nell'interpretare una norma analoga all'art. 5, comma 1, in materia di controversie agrarie, ha affermato che l'onere dell'esperimento del tentativo di conciliazione sussiste anche nei confronti del convenuto che proponga una riconvenzionale secondo i criteri di collegamento dell'art. 36 c.p.c., pur escludendo l'obbligatorietà del tentativo quando le parti del giudizio coincidano con quelle del tentativo obbligatorio di conciliazione, e quando la formulazione della domanda riconvenzionale non comporti nessun ampliamento della materia del contendere perché fondata su questioni già esaminate nella prima sede conciliativa; il termine "convenuto" usato dall'art. 5, comma 1-*bis*, D.lsg. n. 28/2010, per indicare il soggetto che eccepisce l'improcedibilità della domanda, ben può essere riferito all'attore rispetto alla domanda riconvenzionale, laddove, per altro verso, l'esclusione delle domande successive a quella introduttiva del giudizio dall'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 1-*bis*, provocherebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra le parti processuali.

Rispetto alle ipotesi di chiamata in garanzia del terzo che involga un rapporto soggetto a mediazione obbligatoria la stessa dottrina sopra citata distingue la fattispecie della garanzia cd. propria da quella di garanzia impropria atteso che quest'ultima non si fonda sullo stesso rapporto giuridico sostanziale dedotto in

⁶² Cfr. Trib. Roma, 15 febbraio 2012, Trib. Como, 2 febbraio 2012 e Trib. Firenze, 14 febbraio 2012; tesi confermata da Trib. Verona, 21 febbraio 2017; Trib. Verona, 12 maggio 2016; Trib. Verona, 18 dicembre 2015; Trib. Bari, 28 novembre 2016.

giudizio ma deriva da un collegamento di mero fatto senza che tra le domande sussista alcuna connessione. Solo nel caso di garanzia propria quindi può escludersi la necessità del preventivo esperimento del tentativo di mediazione che si sia già svolto rispetto alla domanda principale.

Parte della giurisprudenza di merito opta per una soluzione pragmatica rimettendo alla mediazione tutte le controversie, in applicazione del disposto di cui al comma 2 dell'art. 5, D.lgs. 28/2010, e ciò al fine di favorire la conciliazione⁶³.

Degna di nota è inoltre l'opinione dottrinarica che fa leva sulla componente del cd. diritto incompatibile, affermando che *“il necessario esperimento del procedimento di mediazione dovrebbe allora trovare spazio nell'ipotesi di chiamata del terzo che vanti un diritto incompatibile con quello già oggetto di causa; potrebbe invece essere superato il condizionamento imposto alla domanda giudiziale nel caso di chiamata di colui che avrebbe potuto esperire intervento litisconsortile, in ragione dell'eventuale particolare rapporto di connessione posto a fondamento del cumulo di domande, volto ad assistere non solo un interesse di economia e concentrazione delle attività processuali, ma anche ad evitare un possibile contrasto tra decisioni”*⁶⁴.

d) Mediazione e domanda trasversale

Le varie posizioni a confronto e le varie incertezze emergenti dal dibattito giurisprudenziale e dottrinario in atto possono anche essere riferite all'ipotesi della cd. domanda trasversale, intendendosi per tale, come è noto, la riconvenzionale proposta dal convenuto nei confronti di altro convenuto, e dunque una sorta di riconvenzionale impropria.

In dottrina sia è alternativamente osservato che, allorquando essa investa un rapporto soggetto a mediazione obbligatoria, a rigore il tentativo di mediazione sarebbe sempre necessario, dal momento che non vi è coincidenza soggettiva tra le parti del rapporto processuale introdotto dalla predetta domanda; per altri versi viene ribadita la superfluità della mediazione laddove ciò comportasse una mera dilatazione dei tempi processuali, senza che la controversia possa nel suo complesso essere evitata (v. in materia di controversie agrarie Cass., 21 ottobre 1994, n. 8653, secondo cui il tentativo obbligatorio di conciliazione da esperire

⁶³ Si veda il protocollo dell'osservatorio veronese Valore Prassi sulla mediazione finalizzata alla conciliazione; v. Trib. Verona, 4 novembre 2014; in senso contrario, per cui si afferma invece che la mediazione debba essere esperita unicamente in relazione alle domande proposte dall'attore e non anche delle domande proposte dal convenuto verso il terzo chiamato, cfr. Trib. Mantova, 14 giugno 2016.

⁶⁴ Cfr. G. BATTAGLIA, *La nuova mediazione “obbligatoria” e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso*.

prima della domanda giudiziale non è necessario nell'ipotesi di intervento volontario esplicito qualora l'interveniente non abbia il potere di evitare la controversia).

e) Mediazione e rito sommario

Secondo la tesi prevalente, anche nel caso di procedimento sommario di cognizione dev'essere esperita la "mediazione obbligatoria" e, a maggior ragione, è ammissibile la "mediazione delegata"⁶⁵.

La tesi deve sicuramente condividersi e deve essere evidenziato, con evidente valenza sistematica, che non è il rito a determinare l'obbligatorietà del procedimento di mediazione, bensì la natura della controversia⁶⁶.

f) Mediazione e instaurazione del giudizio di merito ex art. 669 octies c.p.c.

La questione nasce per la significativa constatazione, dottrinale e giurisprudenziale⁶⁷, secondo cui la parte che ha chiesto e ottenuto un provvedimento cautelare *ante causam* non anticipatorio per una controversia rientrante in una delle materie per cui è prevista la mediazione obbligatoria, pur volendo esperire il procedimento di mediazione, non può esimersi dall'istaurare il giudizio di merito *ex art. 669-octies c.p.c.* nei tempi ristretti previsti da tale norma, laddove il termine della durata della procedura di mediazione può spingersi fino a tre mesi, ed è dunque più ampio rispetto al termine perentorio di cui all'art. 669-octies, comma 1, c.p.c.

Sulla base di tale ricostruzione è stato ulteriormente argomentato⁶⁸ che la parte che abbia ottenuto la tutela cautelare può optare per l'introduzione del giudizio di merito e attendere che la controparte sollevi l'eccezione di improcedibilità o che il giudice ne rilevi la mancanza, per instaurare il procedimento di mediazione, oppure, in alternativa, potrebbe proporre contemporaneamente il giudizio di merito ed il procedimento di mediazione.

È stato anche sostenuto che il termine per instaurare il giudizio di merito rimane sospeso da quando s'inizia a quando si conclude la mediazione⁶⁹.

g) Mediazione e controversie di locazione

Secondo alcuni Tribunali⁷⁰ l'ordinanza di mutamento del rito dovrà anche contenere la fissazione del termine di 15 giorni per l'inizio del procedimento di me-

⁶⁵ Cfr. Trib. Torino, 23 marzo 2015; Trib. Varese, 20 gennaio 2012; Trib. Genova, 18 novembre 2011; Trib. Palermo, sez. dist. Bagheria, 16 agosto 2011.

⁶⁶ Cfr. Trib. Torino, 23 marzo 2015.

⁶⁷ Cfr. Trib. Brindisi, sez. distaccata di Francavilla Fontana, 9 gennaio 2012.

⁶⁸ Così M. VACCARI.

⁶⁹ Così D. DALFINO, R. TISCINI.

⁷⁰ Cfr. Trib. Roma, 27 giugno 2011; Trib. Rimini 24 maggio 2016.

di mediazione (anche in relazione ad eventuali domande riconvenzionali già proposte in fase sommaria dall'intimato). Poiché, inoltre, l'art. 6 del D.lgs. n.28/2010 prevede che il procedimento di mediazione abbia una durata non superiore a tre mesi, che decorre, dalla scadenza del termine (15 gg.) fissato dal giudice per il deposito della domanda di mediazione, ciò comporta che l'udienza di discussione di cui all'art. 420 c.p.c. dovrà essere dilazionata così da consentire l'espletamento del procedimento di mediazione e, in caso di suo fallimento, il deposito delle memorie integrative di cui all'art. 426 c.p.c.

Pertanto, secondo i sostenitori di detta tesi, il termine per il deposito delle memorie comincia a decorrere, secondo i fautori di detta tesi, dopo la scadenza del termine di tre mesi e quindici giorni previsti complessivamente per l'inizio e la conclusione del procedimento di mediazione.

Altra giurisprudenza di merito ritiene, invece, che il tentativo di mediazione diventi obbligatorio solo dopo il deposito delle memorie integrative *ex art. 426 c.p.c.*, stando al tenore letterale dell'art. 5 comma 4 lett.b) D.lgs. n.28/2010 secondo il quale le disposizioni dei commi 1-*bis* e 2 sulla obbligatorietà della mediazione e la conseguente sanzione di improcedibilità del giudizio, non si applicano «b) nei procedimenti per convalida di licenza e sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c.»; tale soluzione interpretativa tra l'altro consente l'esame, in sede di procedura conciliativa, delle eventuali domande nuove o modificate proposte dalle parti nelle rispettive memorie (poiché la mediazione diventa obbligatoria dopo il provvedimento di mutamento del rito e la improcedibilità della domanda può essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza, coincidente con quella di discussione *ex art. 420 c.p.c.* fissata con l'ordinanza *ex art. 667 c.p.c.* è alla detta udienza (e non prima) che il giudice potrebbe concedere l'ulteriore termine dilatorio di 15 gg. per depositare l'istanza di mediazione⁷¹.

Sussistono anche dubbi e conseguenti contrasti interpretativi in ordine alla individuazione del soggetto sul quale incombe l'onere di avviare la mediazione.

La Suprema Corte⁷² ha chiarito che «La disposizione di cui all'art. 5 D.lgs. n. 28/2010, di non facile lettura, deve essere interpretata conformemente alla sua ratio. La norma è stata costruita in funzione deflattiva e, pertanto, va interpretata alla luce del principio costituzionale del ragionevole processo e, dunque, dell'efficienza processuale. In questa prospettiva la norma, attraverso il meccanismo della mediazione obbligatoria, mira – per così dire – a rendere il processo

⁷¹ Cfr. Trib. Roma, sez.VI, 9 maggio 2018, n. 9855; App. Firenze 29 gennaio 2016, n. 103; Trib. Bologna 17 novembre 2015; Trib. Palermo 13 aprile 2012.

⁷² Cfr. Cass., 3 dicembre 2015, n. 24629.

la *extrema ratio*: cioè l'ultima possibilità dopo che le altre possibilità sono risultate precluse. Quindi l'onere di esperire il tentativo di mediazione deve allocarsi presso la parte che ha interesse al processo e ha il potere di iniziare il processo». Ne discende che spetta all'attore avviare la mediazione pena la improcedibilità delle domande introdotte con l'intimazione di sfratto⁷³.

7. Focus su: Giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione.

L'importanza e la ricorrenza negli Uffici Giudiziari del contenzioso scaturente dalla proposizione di azione monitoria a tutela dei propri crediti e dalla successiva fase di opposizione a decreto ingiuntivo rende doveroso concludere la presente relazione con un apposito *focus* dedicato al tema dei rapporti tra mediazione obbligatoria e giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Si deve subito ricordare e chiarire che, come correttamente rilevato in giurisprudenza, nel procedimento per ingiunzione la mediazione non è obbligatoria né nella fase di deposito del ricorso né in quella eventuale di opposizione; l'obbligo sorge soltanto dal momento in cui il giudice si sia pronunciato in ordine alla concessione o alla sospensione della efficacia esecutiva del decreto⁷⁴.

Secondo una prima tesi, l'improcedibilità dovrebbe intendersi riferita all'azione originariamente proposta dal creditore con il ricorso per ingiunzione, sfociato nell'emanazione del decreto ingiuntivo poi opposto, con conseguente inefficacia del decreto ingiuntivo⁷⁵.

Questa tesi valorizza la consolidata giurisprudenza circa l'oggetto del giudizio di opposizione, giacché la declaratoria di improcedibilità avrebbe ad oggetto la domanda sostanziale proposta in via monitoria. Ne conseguirebbe che il convenuto opposto, titolare della pretesa creditoria azionata ed oggetto del giudizio di opposizione, sarebbe l'unico soggetto che, al di fuori dei casi di domanda riconvenzionale, propone la "domanda giudiziale" e che, pertanto, dovrebbe subire gli effetti della declaratoria di improcedibilità. Tale soggetto, pertanto, avrebbe l'onere di promuovere la mediazione, subendo, in alternativa, gli effetti deteriori della relativa omissione.

⁷³ Cfr. Trib. Busto Arsizio, 20 marzo 2018, n. 546; contra, Trib. Bologna 17 Novembre 2015; Trib. Napoli Nord, 14 marzo 2016, Trib. Rimini, 24 maggio 2016 e Trib. Massa, 28 novembre 2017, secondo cui l'onere di esperire il tentativo di mediazione deve allocarsi in capo al conduttore intimato giacché, diversamente ragionando e individuando nel locatore intimante la parte obbligata ad istaurare la mediazione, oltre ad accrescere gli oneri dell'attore sostanziale, si finirebbe per premiare la passività del conduttore.

⁷⁴ Cfr. Trib. Prato, 18 luglio 2011.

⁷⁵ Cfr. Trib. Cuneo, 1 ottobre 2015; Trib. Ferrara, 7 gennaio 2015; Trib. Varese, 18 maggio 2012.

Diversamente argomentando, vi sarebbe un irragionevole squilibrio ai danni del debitore, che non solo subisce l'ingiunzione di pagamento a contraddittorio differito ma, nella procedura successiva alla fase sommaria, verrebbe pure gravato di un altro onere che, nel procedimento ordinario, non spetterebbe a lui, tra l'altro sulla base di una scelta discrezionale del creditore.

Per una seconda tesi, invece, l'improcedibilità deve intendersi riferita all'azione proposta dal debitore ingiunto con l'atto di citazione in opposizione, con conseguente passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo opposto⁷⁶.

A sostegno di questa tesi si richiama, innanzitutto, l'art. 5, comma 4, lettera a), D.lgs. n. 28/2010, ai sensi del quale i commi 1-*bis* e 2, ossia quelli che prevedono la mediazione obbligatoria prima del giudizio ovvero la mediazione delegata dal giudice per le cause già pendenti, non si applicano "a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione".

In tal senso si era anche inizialmente pronunciata la Suprema Corte⁷⁷, secondo cui *"Nel procedimento per decreto ingiuntivo cui segue l'opposizione, la parte su cui grava l'onere di introdurre il percorso obbligatorio di mediazione, ai sensi del D.lgs. 28 del 2010, è la parte opponente: infatti, è proprio l'opponente che ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore. È dunque sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria perché è l'opponente che intendere precludere la via breve per percorrere la via lunga. La diversa soluzione sarebbe palesemente irrazionale perché premierebbe la passività dell'opponente e accrescerebbe gli oneri della parte creditrice. Del resto, non si vede a quale logica di efficienza risponda una interpretazione che accolli al creditore del decreto ingiuntivo l'onere di effettuare il tentativo di mediazione quando ancora non si sa se ci sarà l'opposizione allo stesso decreto ingiuntivo."* (contra, Tribunale Bologna 20 gennaio 2015, per cui l'obbligo va assolto dal creditore, opposto).

Senonchè la recente Cass., Sez. Un., 18.09.2020, n. 19596 ha decisamente mutato orientamento, pervenendo ad affermare che nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi del D.lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 1-*bis*, i cui giudizi vengano introdotti con richiesta di decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o

⁷⁶ Cfr. Cass., 3 dicembre 2015 n. 24629; Trib. Bologna, 20 gennaio 2015; Trib. Ferrara, 7 gennaio 2015; Trib. Firenze, 30 ottobre 2014; Trib. Rimini, 5 agosto 2014; Trib. Siena, 25 giugno 2012; Trib. Prato, 18 luglio 2011.

⁷⁷ Cfr. Cass., 3 dicembre 2015 n. 24629.

sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta.

L'arresto delle Sezioni Unite si basa su profonde considerazioni, anche a livello costituzionale (v. punto 5.3 e ss.); per chi, come la scrivente, è Giudice di merito di primo grado, saltano agli occhi alcune conclusioni operative (sebbene una più immediata, l'altra maggiormente nel senso dell'approfondimento e della riflessione in via sistematica).

In primo luogo l'ossequio alla pronuncia in esame comporta che, ove parte opposta non si attivi per andare in mediazione, il Giudice deve pervenire alla pronuncia d'improcedibilità di cui al citato comma 1-*bis* dell'art. 5 D.lgs. 28/2010 ed a tale declaratoria consegue specificatamente la revoca del decreto ingiuntivo, perché invero ciò che è dichiarato improcedibile non è (diversamente da prima della pronuncia delle Sezioni Unite) il giudizio di opposizione, bensì la domanda proposta dal creditore, poi divenuto opposto, in sede monitoria, per cui, si ribadisce, è il decreto ingiuntivo a dover essere revocato.

Non pare che tale pur incisivo *overruling* possa comportare effetti sul regolamento delle spese di lite, potendosi semplicemente considerare che il rilievo della improcedibilità o meno della domanda doveva essere avvenuto entro la prima udienza ex art. 183 c.p.c. per cui per i giudizi iniziati in epoca anteriore alla pronuncia della Sezioni Unite la condizione di procedibilità obbligatoria dovrebbe essersi comunque già avverata (il dubbio è piuttosto se declaratorie di improcedibilità per inerzia di parte opponente vengano ora appellate sulla base del nuovo orientamento).

Da ultimo, ed in via sistematica, la soluzione e l'articolata motivazione adottata dalle Sezioni Unite in riferimento all'ipotesi in esame potrebbero valere in via interpretativa ed eventualmente analogica per risolvere altre questioni simili; il riferimento è anzitutto alla individuazione, in materia locatizia, del soggetto onerato dalla condizione di procedibilità obbligatoria.

Parte II

Le utilità nell'accesso agli strumenti di A.D.R.: i vantaggi fiscali ed economici

SOMMARIO: 1. La mediazione delegata. – 2. (*Segue*). I vantaggi economici della medesima. – 3. I vantaggi fiscali. – 4. I vantaggi del notaio-mediatore.

1. La mediazione delegata. Il presente contributo¹ sarà orientato ad evidenziare i possibili vantaggi economici e fiscali del procedimento di mediazione dei quali il giudice potrà tenere utilmente conto nel disporre la mediazione demandata o delegata di cui all'art. 5 comma 2 del D.lgs. 28/2010.

Non ci si soffermerà, quindi, sul negativo impatto macroeconomico, pur indubbiamente presente, che il mancato o più difficile ricorso all'istituto della mediazione civile e commerciale nella risoluzione delle controversie potrebbe avere sull'economia in termini di perdita di attrattività e di riduzione della competitività del sistema produttivo a fronte di minori investimenti dall'estero da parte di imprenditori che vedono ridurre significativamente la probabilità di una rapida riscossione dei propri crediti commerciali ovvero sul fronte del più difficoltoso accesso al credito bancario, che si traduce inevitabilmente in una riduzione della natalità delle imprese.

Quello che, invece, preme sottoporre all'attenzione degli organi giudicanti civili è il paniere delle possibili leve da utilizzare per esercitare la facoltà che è loro consentita dalla legge per indurre le parti a svolgere proficuamente il percorso della mediazione civile dal cui esito positivo le stesse parti potrebbero trarre indubbiamente maggiori vantaggi rispetto a una soluzione eteronoma della controversia, sia in termini di risparmio di tempo e costi, ma anche della possibile soddisfazione di interessi ulteriori e diversi rispetto e quelli rigidamente dedotti nel *petitum*.

¹ Il presente contributo riproduce la relazione svolta al corso su “*I metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*” organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura – Napoli, Castelcapuano, 6-8 ottobre 2021.

Il giudice civile svolge un ruolo fondamentale nella valutazione concreta della controversia in ordine all'apprezzamento dei profili di mediabilità, prima di tutto, ovviamente, nelle materie per le quali l'esperimento del procedimento di mediazione è obbligatorio, per le quali egli, in difetto, sarà tenuto a rilevare d'ufficio l'improcedibilità della domanda giudiziale non oltre la prima udienza, ma anche nella mediazione concordata di cui all'art. 5 comma 5 del D.lgs. 28/2010, fondata sul piano genetico sull'apposizione di apposite clausole di mediazione nei contratti, negli statuti di società (ma anche nei testamenti²), anch'essa condizionante, ma solo su eccezione di parte, lo svolgimento del giudizio.

È appena il caso di sottolineare che con il D.lgs. 28/2010 si è introdotto in questi casi il principio dell'improcedibilità della domanda giudiziale su eccezione di parte, quindi non rilevabile d'ufficio³ in quanto, ove il tentativo di mediazione non risulti esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine trimestrale di cui all'art. 6, con ciò superando l'orientamento della giurisprudenza anteriore al D.lgs. 28/2010⁴ secondo la quale *“l'inosservanza di una clausola contrattuale che obblighi le parti, prima di promuovere l'azione giudiziaria, ad esperire un tentativo di amichevole componimento della lite può determinare unicamente conseguenze di natura sostanziale, come l'obbligazione di risarcimento del danno, ma non ha rilevanza nel sistema processuale e non comporta l'improcedibilità, neppure temporanea, dell'azione giudiziaria promossa senza aver ottemperato all'obbligo menzionato, non implicando detta clausola rinuncia alla tutela giurisdizionale”*.

Non vi era, quindi, prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 28/2010, alcun differimento della tutela giurisdizionale, ma la violazione della clausola di mediazione comportava esclusivamente il diritto al risarcimento del danno a carico della parte che avesse adito l'autorità giudiziaria in violazione degli obblighi contrattualmente assunti.

Il maggior potenziamento delle facoltà attribuite al giudice civile rispetto alla disciplina previgente lo si riscontra, peraltro, proprio in tema di mediazione demandata nella quale l'attuale formulazione dell'art. 5 comma 2 D.lgs. 28/2010

² Per le clausole di mediazione e compromissorie nei testamenti sia consentito il rinvio a M. SARACENO, *L'autonomia testamentaria per la risoluzione delle controversie fra i successori*, in Riv.Ar.b., 3, 2020, 549 ss..

³ Cfr. Trib. Roma, sez. VIII, 10 ottobre 2017, n. 20690; Trib. Taranto, sez. I Civile, 22 agosto 2017.

⁴ Cass., sez. III, 29 novembre 2008, n. 28402.

esprime probabilmente il più elevato livello di coordinamento fra tentativo alternativo di soluzione della controversia e processo civile⁵.

Il testo originario della norma prevedeva, infatti, la possibilità di un “mero invito” da rivolgersi alle parti per dare corso alla mediazione. La riforma del 2013 ha molto potenziato gli spazi operativi di esclusivo appannaggio dell’organo giudicante, il quale oggi può direttamente disporre l’esperimento del procedimento di mediazione, senza chiedere alcun consenso alle parti e anche contro la loro volontà.

Ulteriore impulso alla mediazione delegata è ora previsto nel Disegno di legge delega n. 1662, approvato dal Senato della Repubblica il 21 settembre 2021, contenente, all’art. 4 lett.h), un’espressa delega al Governo di “valorizzare ed incentivare la mediazione demandata dal Giudice di cui all’art. 5, comma 2, del D.lgs. n. 28/2010 attraverso la collaborazione con gli uffici giudiziari, le università, 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 giudiziali che demandano le parti alla mediazione. Agli stessi fini prevedere l’istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati e la valorizzazione dei contenziosi definiti a seguito di mediazione o comunque mediante accordi conciliativi, al fine della valutazione della carriera dei magistrati stessi”.

Sebbene in linea teorica possa essere demandata *ex officio judicis* in mediazione qualsiasi controversia relativa a diritti disponibili, rendendo il tentativo di mediazione una condizione di procedibilità su base giudiziale, la valutazione di opportunità che il giudice dovrà compiere, magari dopo aver consultato i difensori delle parti, dovrà ruotare intorno ai tre parametri normativamente previsti, in particolare i) la natura della causa, ii) lo stato dell’istruzione e iii) e il comportamento delle parti.

La natura della causa non viene in rilievo, ai fini dell’esercizio di tale potere discrezionale, soltanto per le materie per le quali la mediazione non sia obbligatoriamente prevista dalla legge quale condizione di procedibilità, in quanto la mediazione delegata potrebbe essere ulteriormente disposta⁶ anche quando sia fallito il tentativo di una mediazione obbligatoria preventiva, in relazione alle circostanze del caso concreto.

⁵ Così M.A. LUPOI, *Ancora sui rapporti fra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in Riv.Trim.di dir e proc.civ., 2016, 13 e ss..

⁶ In tal senso Trib. Roma, 5 dicembre 2013, con una decisione peraltro suscettibile di esporsi alla critica che in tal modo si imporrebbe una doppia mediazione

Rispetto alla natura della causa, ferma la disponibilità dei diritti oggetto della controversia, si ritiene che ogni lite si presti a essere oggetto di mediazione su delega del giudice, comprese quelle in cui parte un'amministrazione pubblica.

Per delimitare il perimetro delle controversie "mediabili" occorre sempre aver riguardo al prodotto negoziale del procedimento di mediazione alla luce del criterio previsto dall'art. 1966 c.c. che, disponendo la nullità della transazione se i diritti che ne costituiscono oggetto sono sottratti alla disponibilità delle parti, informa di sé l'intera area della composizione stragiudiziale delle controversie e costituisce un principio di ordine generale trasfuso nella specifica *sedes materiae*. La previsione dell'art. 2 D.lgs. 28/2010 orienta, infatti, l'interprete verso una lettura restrittiva e costituzionalmente orientata dell'art. 5 del medesimo D.lgs. 28/2010, in riferimento all'art. 2 Cost, da intendersi come se lo stesso escludesse (*rectius* limitasse) la "mediabilità" di quelle controversie che incidano su status o diritti della personalità ovvero derivino da violazione di norme di ordine pubblico o buon costume.

Tale affermazione necessita, peraltro, di alcune puntualizzazioni.

Il riconoscimento del figlio nato al di fuori del matrimonio, ad esempio, potrà dar luogo a una controversia ereditaria "mediabile" solo per ciò che investa la consistenza (cioè la misura) dei diritti patrimoniali che discendano da tale status, ma non è a dirsi che costituisca condizione di procedibilità (ovvero possa essere oggetto di mediazione delegata dal giudice) il previo esperimento del procedimento di mediazione per tutte le questioni che attengono al riconoscimento dello status di "figlio".

La ricognizione delle statistiche ministeriali evidenzia che la materia dei diritti reali e dei rapporti di vicinato si presti in particolar modo al proficuo esperimento della mediazione, in quanto caratterizzate da un conflitto di tipo dinamico, soggetto a trasformazioni e potenzialmente destinato a reiterarsi nel tempo.

In linea più generale, le conflittualità che si annidano nelle relazioni interpersonali e che trascendono i meri interessi economici (e quindi, in particolare, le cause successorie) hanno più probabilità di essere risolte attraverso l'intervento di un terzo imparziale con un approccio facilitativo, e non meramente valutativo, in quanto specificamente orientato a fare emergere i reali interessi delle parti, frequentemente diversi e ulteriori rispetto a quelli apparentemente posti a sostegno della domanda dell'attore, delle eccezioni o delle riconvenzionali del convenuto e con soluzioni finali soddisfacenti per tutti (*win-win*).

In ordine allo stato dell'istruzione, al di là del limite processuale testualmente previsto dall'art. 5 comma 2 D.lgs. 28/2010 (prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa), si ritiene che la delega a tentare la mediazione possa operare congiuntamente alla formulazione di una proposta conciliativa del giudice ai sen-

si dell'art. 185 c.p.c.⁷ non solo dopo che quest'ultima sia stata respinta dalle parti⁸, ma anche dopo la sua semplice esplicitazione, per fornire alle parti elementi di valutazione nel loro tentativo di mediazione⁹.

Quanto al comportamento delle parti, può affermarsi che tanto più sarà auspicabile il ricorso alla mediazione delegata quanto maggiore sia l'asimmetria contrattuale o lo squilibrio dei rapporti fra le parti della controversia che, nella maggior parte dei casi, vedono il contraente forte particolarmente disinteressato a un percorso conciliativo di qualità.

Alle stesse parti deve essere lasciata, in linea di massima, la libertà di scegliere l'organismo avanti al quale tentare la mediazione (tra l'altro nell'ambito territoriale del giudice delegante), non potendosi peraltro escludere che la natura della controversia induca il giudice a orientare le parti verso un determinato organismo ritenuto maggiormente idoneo ad assistere le parti nella risoluzione della controversia.

2. (Segue). I vantaggi economici della mediazione. Oltre lo scrutinio dei tre parametri normativamente previsti, il giudice non potrà omettere di valutare ed evidenziare alle parti i possibili vantaggi economici della mediazione, spesso legati al fattore tempo, più correttamente al valore aggiunto del contenimento dei tempi per la risoluzione stragiudiziale della controversia, non sempre monetizzabile ma senza dubbio apprezzabile in termini economici.

Si pensi ai conflitti societari, ai conflitti contrattuali o ai passaggi generazionali, dove la preziosa opera del mediatore potrebbe in tempi rapidi facilitare una soluzione concordata atta a salvare una struttura societaria, un contratto di durata o un passaggio generazionale i quali, invece, rischierebbero pericolosi default per effetto di non auspicabili lungaggini giudiziarie.

In tutti i casi di immobilizzazione per lungo tempo di beni, produttivi o improduttivi, si realizza una perdita economica secca per entrambe le parti del conflitto, che potrebbe essere agevolmente evitata con soluzioni affidate all'autonomia negoziale guidata dall'intervento del mediatore.

Per non parlare dei contenziosi bancari nei quali si assiste a un elevato numero di fallimenti dei primi incontri dovuto, essenzialmente, alla mancata partecipazione di un funzionario della banca con poteri decisionali piuttosto che a una

⁷ M. RUVOLO, *La mediazione ex officio iudicis e la proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c.* in Corr. Giur., 2014, p. 1008

⁸ Trib. Palermo, 16 luglio 2014; Trib. Milano (ord.) 21 marzo 2014, in Giur.It., 2015, p. 641; Trib. Pavia (ord.) 17 giugno 2015 in www.101mediatori.it

⁹ Trib. Roma (ord.) 16 dicembre 2014, in www.101mediatori.it; Trib. Milano (ord.) 15 luglio 2015

“non mediabilità” delle liti, che anzi si presterebbero a soluzioni vantaggiose sia in termini economici, che in termini temporali.

Con un accordo conciliativo la banca ottiene rapidamente lo svincolo delle somme occorrenti per gli accantonamenti a bilancio delle presunte perdite, risparmio dei costi della difesa, immediati flussi in entrata sulle somme recuperate con possibili reimpieghi in nuovi investimenti.

D'altra parte le imprese realizzano in tempi rapidi l'abbattimento delle rispettive posizioni debitorie recuperando capacità di credito, fiducia nel sistema bancario e risparmiando sui costi del contenzioso.

Senz'altro il terreno più fertile per valutare i possibili vantaggi economici della mediazione, anche alla luce della normativa emergenziale, è quello delle locazioni.

Occorre, innanzitutto, tenere presente che – con disposizione genericamente applicabile a tutte le controversie in materia di obbligazioni contrattuali – l'art.3 comma 6 ter del D.L. 6/2020, convertito, con modificazioni, dalla 13/2020, prevede espressamente che “Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda” e che, a sua volta, il richiamato comma 6 bis prevede che “Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”.

Al di là dell'ampiezza dei poteri discrezionali conferiti dalla normativa emergenziale al giudice nel valutare l'esclusione della responsabilità del debitore, vi è che la nuova disposizione non prevede l'obbligatorietà del previo esperimento del procedimento di mediazione *ratione materiae*¹⁰, secondo la tecnica normativa già utilizzata nell'art. 5 comma 1 bis del D.lgs. 28/2010, ma in virtù del contenuto della difesa del convenuto-debitore.

In altri termini, poiché è ragionevole immaginare che attore sia sempre il creditore, il quale nella domanda introduttiva reclamerà l'adempimento della prestazione mancata, inesatta o incompleta senza far riferimento alla misure di con-

¹⁰ Così M. MORICONI, *Orientamenti giurisprudenziali nei contratti di locazione*, Relazione al Convegno su “La mediazione nei contratti di locazione” organizzato dall'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contrabili di Roma il 22 settembre 2021

tenimento previste dalla normativa emergenziale o, comunque, non conoscendo le possibili eccezioni del convenuto debitore, egli non sarà in prima battuta soggetto all'obbligo di preventivo esperimento del procedimento di mediazione, salvo che la controversia non investa il contratto di locazione in sé e non ruoti esclusivamente sul pagamento di una somma di danaro¹¹.

Solo se il debitore, costituendosi, eccepisce che non ha adempiuto, o non ha esattamente adempiuto, in conseguenza del rispetto delle misure di contenimento dettate a seguito dell'emergenza epidemiologica, la causa, secondo la nuova disposizione, diventa soggetta a mediazione obbligatoria.

Quindi una mediazione obbligatoria non in relazione ad un fatto oggettivo e predeterminabile, cioè l'oggetto e la materia della domanda, bensì in relazione ad una vicenda (l'eccezione della parte interessata a sollevarla) eventuale e insorta solo dopo che la causa è stata introdotta.

C'è, inoltre, da valutare in questo contesto a carico di chi gravi l'onere di instaurare il procedimento di mediazione.

Si potrebbe, in astratto, dubitare che sia a carico del creditore, posto che la domanda che ha formulato non era soggetta, *ratione temporis*, a mediazione obbligatoria e il fatto generatore dell'obbligo di mediazione obbligatoria nasce da una condotta processuale riferibile esclusivamente alla controparte.

L'obbligo dovrebbe dunque incombere al debitore, ma questa interpretazione è discutibile.

Innanzitutto, infatti, la nuova disposizione normativa prevede espressamente che l'esperimento della mediazione sia condizione di procedibilità della domanda, che ovviamente non è riferibile al convenuto debitore¹², ma al creditore attore.

Inoltre, l'obbligo di instaurare il procedimento di mediazione, secondo la giurisprudenza della Cassazione¹³ in materia di opposizione a decreto ingiuntivo, è sempre a carico di chi intenda far valere la pretesa sostanziale in giudizio, quindi il creditore, indipendentemente dalla veste formale assunta nel corso del procedimento.

C'è anche da considerare – ma si tratta di un aspetto su cui non è possibile indugiare oltre un rapido accenno – che sulla base dell'insegnamento della Corte Costituzionale¹⁴ il carattere specializzante della mediazione, fondata sull'inter-

¹¹ Nel quale caso l'esperimento del procedimento di mediazione sarebbe di per sé condizione di procedibilità

¹² Altrimenti la formulazione della norma sarebbe stata in termini di "inammissibilità dell'eccezione".

¹³ Cass., S.U., 18 settembre 2020, n. 19596

¹⁴ Corte Cost. 18 aprile 2019, n. 97.

vento di un soggetto terzo e imparziale, sembra determinare la prevalenza del procedimento di mediazione rispetto a quello di negoziazione assistita anche per le controversie aventi ad oggetto obblighi di pagamento di somme di danaro di importi non superiori a euro 50.000,00, per le quali sarebbe obbligatorio, quale condizione di procedibilità, il previo esperimento del procedimento di negoziazione assistita non rientrando tali materie tra quelle di cui all'art. 5 comma 1 *bis* del D.lgs. 28/2010¹⁵.

In questo quadro, inoltre, s'innestano le incertezze giurisprudenziali in ordine alla valutazione della imputabilità o meno al debitore – conduttore della responsabilità per il mancato pagamento dei canoni per effetto delle misure di contenimento, con una serie di provvedimenti giudiziali ondivaghi, che oscillano tra quelli¹⁶, che hanno escluso che le misure restrittive volte al contenimento dell'emergenza Covid-19 abbiano inciso di per sé, rendendola più onerosa, sulla prestazione principale del conduttore che si sostanzia nell'obbligo di pagamento del canone di locazione e quelli¹⁷, invece, nei quali si sostiene che la riducibilità del canone per effetto dell'applicazione delle misure di contenimento dovrebbe trovare fondamento negli artt. 1256 comma 2 e 1464 comma 2 c.c. o, ancora¹⁸, nel dovere generale di eseguire il contratto secondo buona fede ex art. 1375 c.c., che dovrebbe indurre il locatore – creditore a concedere una ragionevole riduzione del canone¹⁹.

È, evidente, quindi che per il creditore – anche alla luce della non facile prevedibilità dell'esito del giudizio – concludere un accordo in mediazione con il debitore determini una serie di vantaggi economici non trascurabili.

Si segnala, in primo luogo, il contributo economico previsto dal Decreto Ristori (art. 9-*quater*, D.L. n. 137/2020, convertito con legge n. 176/2020) a favore dei proprietari per le locazioni di immobili abitativi in caso di rinegoziazione del canone di locazione nella misura del 50% della riduzione concordata con un limite massimo di 1. 200 euro a locatore indipendentemente dal numero di contratti che ha in essere, importo che viene calcolato sul totale delle riduzioni effettuate. Per poterlo ottenere esistono requisiti precisi da rispettare contemporaneamente:

¹⁵ In tal senso, fra gli altri, anche Trib. Roma 12 aprile 2021 (ord.); Trib. Torre Annunziata 23 Marzo 2018.

¹⁶ Trib. Pordenone, 8 luglio 2020 (ord.); Trib. Torino 2 luglio 2020; Trib. Pisa 30 giugno 2020; Trib. Palermo, sez. II civ., 09 giugno 2021, n. 2435.

¹⁷ Trib. Bari, 9 giugno 2020; Trib. Roma, 29 maggio 2020 (ord.) e 27 agosto 2020 (ord.)

¹⁸ Trib. Lecce 24 giugno 2021 (ord.).

¹⁹ Per un'esauritiva rassegna delle sopravvenienze contrattuali determinate dalla pandemia si rinvia alla relazione tematica della Corte Suprema di Cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020.

- la data di inizio del contratto deve essere anteriore al 29 ottobre 2020;
- l'immobile locato deve essere a uso abitativo e utilizzato dal locatario come abitazione principale;
- l'immobile deve esser situato in un Comune ad alta tensione abitativa;
- il canone deve esser stato ridotto per tutto o parte del 2021;
- la rinegoziazione deve esser stata comunicata all'Agenzia delle entrate o lo sarà entro il 31 dicembre 2021;
- la rinegoziazione dell'affitto in diminuzione deve esser successiva al 24 dicembre 2020.

L'accordo, eventualmente anche raggiunto in mediazione, se registrato, consentirebbe al proprietario di ridurre le imposte che sarebbe tenuto a pagare anche nel caso in cui l'inquilino non riuscisse a corrispondere il canone di locazione e ad ottenere il contributo a fondo perduto del 50% della riduzione del canone.

Inoltre, il conduttore potrebbe, sempre all'esito di un procedimento di mediazione, accordarsi con il locatore al fine di cedere a quest'ultimo, in luogo del parziale pagamento del canone, il credito d'imposta riconosciuto al conduttore dall'art. 28 D.L. 34/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77/2020, commisurato a una certa percentuale dell'ammontare del canone a seconda dell'attività esercitata dal conduttore e del fatturato.

È, inoltre, di particolare significatività, in una prospettiva c.d. manutentiva del contratto di locazione, la disposizione di cui all'art. 6 *novies* del D.L. 41/21, convertito dalla legge 69/21, che – nei casi in cui il locatario non abbia avuto diritto di accedere, a partire dall'8 marzo 2020, ad alcuna delle misure di sostegno economico adottate dallo Stato per fronteggiare gli effetti delle restrizioni imposte dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 ovvero non abbia beneficiato di altri strumenti di supporto di carattere economico e finanziario concordati con il locatore anche in funzione della crisi economica connessa alla pandemia stessa – impone alle parti del contratto di locazione a collaborare tra di loro in buona fede per rideterminare temporaneamente il canone di locazione per un periodo massimo di cinque mesi nel corso del 2021.

Disposizione, quest'ultima, suscettibile di esporsi a numerose critiche per la tecnica legislativa utilizzata che, stante la genericità del precetto²⁰, non consente, da un lato, al giudice di individuare parametri idonei a scrutinare la plausibilità del rifiuto a ricontrattare il canone di locazione e, dall'altro, alle parti di ampliare il raggio di azione dell'attività rinegoziatrice, anche in mediazione, ad altri elementi contrattuali, quali ad esempio la rinuncia al rinnovo della prima scadenza, la rinuncia all'indennità di avviamento o l'eventuale riduzione della durata; tutti

²⁰ Obbligo di collaborazione in buona fede per rideterminare temporaneamente il canone.

elementi per i quali si sarebbe potuto introdurre una previsione di derogabilità alle rigide norme vincolistiche che presidiano, con carattere di imperatività²¹, la tutela del conduttore nelle locazioni ad uso diverso da quello abitativo e finiscono “per restringere e costringere la rinegoziazione del contratto alla sola rideterminazione del canone con un esito che, in quanto obbligato, finisce per contraddire l'esigenza cui si dichiara di voler sopperire”²².

Altro aspetto da sottolineare, nell'ottica delle valutazioni complessive da parte di chi intenda far valere una pretesa economica in giudizio e del giudice che deve apprezzare i profili di mediabilità della controversia, è la maggiore rapidità e snellezza²³ con la quale il creditore può ottenere in mediazione un titolo esecutivo o per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale; formazione del titolo che l'art. 12 D.lgs. 28/2010 subordina, anche a prescindere dall'omologazione del Tribunale, alla sola attestazione da parte degli avvocati che l'accordo di mediazione è conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Tra l'altro il titolo esecutivo ottenuto all'esito dello svolgimento positivo del procedimento di mediazione sembra essere, secondo l'interpretazione preferibile, un titolo esecutivo suscettibile di essere azionato non soltanto per gli obblighi di pagamento di somme di danaro, ma anche per l'esecuzione degli obblighi di fare o di non fare.

Mi limito qui a ripercorrere sinteticamente la vicenda, giurisprudenziale e normativa, che ha portato a un'interpretazione estensiva dell'art. 612 c.p.c. che, pur essendo immutato nel suo tenore letterale, sembra ora consentire l'esecuzione degli obblighi di fare o di non fare anche sulla base di titoli non esclusivamente giudiziali²⁴.

Già da tempo parte della dottrina²⁵ aveva evidenziato che il riferimento contenuto nell'art. 612 c.p.c. alla sentenza di condanna quale unico titolo idoneo per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare dovesse essere inteso nel senso che l'esecuzione coattiva di tali obblighi fosse subordinata ad un preventivo accertamento giurisdizionale avente ad oggetto la fungibilità e la non eccessiva onerosità delle prestazioni e che, pertanto, qualsiasi provvedimento

²¹ Art. 79 l. 27 luglio 1978, n. 392.

²² V. CUFFARO, Rinegoziare, ricontrattare: rideterminare il canone? una soluzione inadeguata, in *Corr. Giur.*, 7, 2021, 954 ss..

²³ Con evidenti vantaggi economici in termini di tempo e di costi.

²⁴ Risposta a quesito del Consiglio Nazionale del Notariato – Ufficio Studi – n. 331-2017/C del 14 luglio 2017.

²⁵ V. ANDRIOLI, Commento al codice di procedura civile, Napoli, 1957, 327; V. DENTI, L'esecuzione forzata degli obblighi fare e di non fare, Napoli, 1966, 211.

giurisdizionale recante una condanna – e non solo la sentenza – potesse costituire valido titolo esecutivo.

Passaggio importante nell'evoluzione di questo tema si è registrato con la sentenza della Corte Costituzionale del 12 luglio 2002 n. 336 che – nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 612 c.p.c. – ne ha offerto, con una sentenza interpretativa di rigetto, un'interpretazione costituzionalmente orientata in riferimento agli artt. 3, 10, 24, 111 e 113 Cost. prescrivendo che detta norma debba essere intesa nel senso di consentire l'instaurazione del procedimento esecutivo per l'esecuzione coattiva degli obblighi di fare e non fare anche sulla base di un verbale di conciliazione giudiziale.

Successivamente, nel 2005, il legislatore, senza intervenire sull'art. 612 c.p.c., ha inteso recepire le indicazioni provenienti dalla Consulta modificando l'art. 474 c.p.c.: in particolare nel n. 1 del comma 2 si è stabilito che sono titoli esecutivi (non più soltanto le sentenze e i provvedimenti), ma anche “gli altri atti” ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva.

La questione, di molto ridimensionata per tutti i titoli di matrice giudiziale pur non costituenti propriamente una sentenza, è rimasta aperta per gli atti di natura stragiudiziale, in particolare – tra l'altro – per gli atti pubblici, sui quali ancora non si registra unanimità di vedute, anche se la maggioranza degli interpreti sono orientati ad ammettere anche l'atto pubblico quale titolo esecutivo idoneo a tali fini, in quanto sarebbe eccessivamente formalistica e contraria al principio di economia processuale la soluzione di costringere il creditore ad instaurare un processo di cognizione al solo scopo di ottenere un titolo esecutivo identico a quello di origine notarile.

In questo quadro s'inserisce la disposizione dell'art. 12 D.lgs. 28/2010, che ammette che l'accordo di mediazione possa costituire titolo esecutivo²⁶ quando esso sia omologato dal Tribunale ovvero, anche senza delibazione giudiziale, quando lo stesso sia stato attestato come conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico dagli avvocati.

Tale disposizione, in uno con quella di cui all'art. 5 del D.L. 12 settembre 2014 n. 132, convertito con legge 10 novembre 2014 n. 162 in materia di negoziazione assistita, costituisce una significativa apertura normativa ai titoli esecutivi di matrice stragiudiziale per gli obblighi di fare e non fare, che va tenuta ben presente nella valutazione dei potenziali vantaggi, anche economici, benché non facilmente monetizzabili, nel ricorso alla mediazione civile.

²⁶ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1957, 327; V. DENTI, *L'esecuzione forzata degli obblighi fare e di non fare*, Napoli, 1966, 211.

Potrebbe residuare l'ipotesi, peraltro di scarsa importanza pratica, che nel procedimento di mediazione non intervengano gli avvocati²⁷, nel qual caso l'accordo – al fine rivestire il formalismo idoneo per poter costituire titolo esecutivo – dovrebbe essere ripetuto in forma pubblica, sia pure con le perplessità sopra evidenziate da parte di alcuni interpreti in ordine alla possibilità che l'atto pubblico possa essere considerato idoneo titolo esecutivo per gli obblighi di fare o non fare.

3. I vantaggi fiscali. E veniamo ai vantaggi fiscali, senz'altro più immediatamente percepibili dalle parti e dagli avvocati e facilmente monetizzabili.

Al fine di incentivare l'accesso da parte dei cittadini al procedimento di mediazione, il legislatore ha introdotto all'articolo 17 del decreto legislativo n. 28 del 2010 una specifica disciplina fiscale di carattere agevolativo.

Tale disposizione stabilisce al comma 2, che *“Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura”*.

Inoltre, il successivo comma 3 stabilisce che *“il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente”*²⁸.

E, inoltre, l'art. 20 D.lgs. 28/2010 già riconosce un credito di imposta commisurato all'indennità corrisposta fino a euro 500,00²⁹, ridotto della metà in caso di insuccesso della mediazione, ma che dovrebbe estendersi all'intero importo dell'indennità anche nel caso di primo incontro negativo e alle spese di assistenza dell'avvocato in mediazione secondo il detto disegno di legge al dichiarato fine di evitare che le parti sopportino una duplicazione di costi per l'avvio di una procedura giudiziale; credito di imposta che potrà essere portato in diminuzione delle imposte sui redditi ovvero in compensazione con altre imposte dovute ai sensi dell'art. 17 del D.lgs. 241/1997.

Sempre nel disegno di legge delega AS 1662 è inoltre previsto:

- il rimborso parziale o totale del contributo unificato già corrisposto dalle parti, a seguito di una mediazione conclusa con successo relativa alla causa in corso;

²⁷ Sia per gli obblighi di pagamento che per quelli di fare o non fare, non distinguendo la norma a seconda del tipo di esecuzione forzata.

²⁸ Il limite di euro 50.000,00 dovrebbe essere portato a euro 100.000,00 secondo il disegno di legge delega AS 1662 sulla riforma della mediazione.

²⁹ Importo che dovrebbe essere portato a euro 600 nel medesimo disegno di legge delega.

- il riconoscimento del patrocinio a spese dello Stato per le spese di assistenza legale nella procedura di mediazione per gli aventi diritto³⁰;
- il rimborso, anche sotto forma di credito d'imposta, agli organismi di mediazione per le prestazioni svolte a favore dei soggetti che beneficiano del gratuito patrocinio.
- un'indennità calmierata sulla base del valore della lite per lo svolgimento del primo incontro effettivo che possa essere totalmente deducibile come credito d'imposta e quindi gratuito per le parti, al fine di produrre un doppio vantaggio: il primo incontro con il mediatore si svolge effettivamente a fronte di un'indennità calmierata e totalmente deducibile dalle parti come credito d'imposta; a seguito del primo incontro, le parti possono decidere se proseguire volontariamente con ulteriori incontri di mediazione.

Venendo, de iure condito, ai problemi applicativi posti dal regime fiscale di cui all'art. 17 D.lgs. 28/2010, anche alla luce della circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/E del 2014, che – in ragione della funzionalità alla operatività dell'istituto della mediazione – si estende anche ai verbali recanti trasferimenti di immobili o trasferimento o costituzione di diritti reali immobiliari di godimento, deve osservarsi che la non felice formulazione delle disposizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 17 D.lgs. 28/2010 crea non pochi problemi agli operatori che devono procedere all'autoliquidazione delle imposte, in particolare ai notai, nella stipula degli atti a valle del procedimento e dà luogo a comportamenti eterogenei da parte degli uffici locali dell'Agenzia delle Entrate.

L'art. 17 comma 2 D.lgs. 28/2010 non contiene alcun espresso riferimento alla imposta di registro, di cui invece si occupa soltanto il comma 3. Ed in più, tale comma 3 contiene una regolamentazione espressa solo con riferimento al verbale portante accordo (al verbale, cioè, di mediazione con esito positivo).

Ai sensi appunto del comma 3, il verbale di accordo è esente da imposta di registro fino ad un valore di € 50.000³¹, mentre l'imposta è dovuta per la parte eccedente. Il valore indicato di € 50.000 rappresenta quindi una franchigia di esenzione.

Il raccordo interpretativo fra i commi 2 e 3 dell'art. 17 potrebbe, in astratto, indurre a ritenere che in materia di imposta di registro valga solo la franchigia di cui al comma 3 e che la norma di esenzione totale di cui al comma 2 sia destinata ad agevolare le altre e diverse imposte e tributi. Così argomentando, si dovrebbe allora ritenere che solo i verbali testualmente menzionati nel comma 3 (i verbali di accordo) possano beneficiare di esenzione dall'imposta di registro (natural-

³⁰ Già previsto nel D.lgs. 28/2010 ma mai attuato.

³¹ In corso di estensione, come detto, a euro 100.000.

mente nei limiti della franchigia) mentre tutti gli altri verbali (negativi o di mero rinvio) qui non espressamente menzionati non beneficiano di alcuna esenzione e siano soggetti ad obbligo di registrazione (con corresponsione dell'imposta fissa in quanto atti di valore indeterminato).

In realtà, appare corretto intendere la menzione dell'imposta di registro al comma 3 quale una deroga all'esenzione totale esposta al comma 2, che esprime una regola di portata assolutamente generale e riguardante pertanto ogni tributo, compresa appunto l'imposta di registro (salvo quanto al riguardo specificato al comma 3).

Il comma 2 rappresenta allora la regola generale: gli atti e documenti della mediazione sono totalmente esenti da qualsiasi tributo compresa l'imposta di registro. Il comma 3 rappresenta l'eccezione a tale regola generale: solo i verbali di accordo, totalmente esenti da ogni altro tributo, invece, sono esenti da imposta di registro fino al valore stabilito di € 50.000,00.

Il legislatore mostra di aver inteso che l'accordo di mediazione, a differenza degli altri atti (pur documentali) della procedura, è nella stragrande maggioranza dei casi espressione di capacità contributiva delle parti ed idoneo a trasferire ricchezza: esattamente come qualsiasi altro accordo (contratto o negozio giuridico privato) formato in via ordinaria al di fuori della procedura di mediazione. Opportunamente ha inteso³², quindi, di non poter estendere senza limiti il meccanismo premiale della mediazione anche all'accordo di mediazione: a) per banali ragioni di cassa³³; b) per ragioni di equità fiscale e conformità ai principi costituzionali di eguaglianza ed equilibrio contributivo³⁴; c) di conseguenza, per evitare indesiderati comportamenti elusivi.

Così argomentando, è allora possibile confermare quanto sopra ricordato³⁵:

- tutti gli atti endoprocedimentali e i verbali non di accordo (negativi o di rinvio) sono esenti da imposta di registro e ogni altro tributo ai sensi del comma 2 dell'art. 17;
- i verbali di accordo (positivi) sono esenti da imposta di registro nei limiti della franchigia ai sensi del comma 3 dell'art. 17.

³² Così P. FORTI, L'accordo di mediazione, in *Il contributo del notariato alla degiurisdizionalizzazione. Mediazione, negoziazione assistita e arbitrato* (Parte I – Atti del Convegno tenutosi a Bari il 17 marzo 2017).

³³ Si evita il rischio di difetto di copertura finanziaria della norma.

³⁴ È vero che la mediazione va incentivata ma senza che lo squilibrio rispetto alla negoziazione ordinaria divenga eccessivo.

³⁵ E tale è l'orientamento prevalente nella prassi.

Si sottolinea, infine, che l'accordo è atto delle parti e non del mediatore. Il mediatore non è un pubblico ufficiale, non ha funzioni né amministrative né notarili né giudiziarie o equiparabili, e non è pertanto obbligato alla registrazione o al pagamento dell'imposta di registro; né in proprio né quale sostituto di imposta.

Il problema più delicato, e anche di portata fiscale più rilevante, attiene al perimetro dell'agevolazione allorché l'accordo sia destinato ad essere autenticato nelle sottoscrizioni ovvero trasfuso in atto pubblico ai fini della trascrizione in quanto portante il trasferimento o la costituzione di diritti reali su beni immobili³⁶.

A differenza, infatti, di quanto accade in materia di separazione e divorzio, anche ove i relativi accordi siano conclusi all'esito di un procedimento di negoziazione assistita, dove la norma agevolativa³⁷ esenta da qualsiasi imposta e tassa tutti gli atti e i provvedimenti relativi al procedimento di divorzio (e ora anche a quello di separazione), senza altra specificazione, e dunque non ha posto agli operatori (ai notai in particolare) alcun problema pratico anche laddove la sequenza procedimentale del trasferimento immobiliare concluso all'esito del procedimento si articoli in una scissione, logica e cronologica, fra l'obbligo a trasferire³⁸ e l'effettivo trasferimento contenuto nell'atto notarile esecutivo di quell'obbligo, l'Agenzia delle Entrate mostra segni di sostanziale chiusura ad estendere la portata agevolativa delle disposizioni in materia di mediazione anche agli atti notarili a valle del procedimento di mediazione esecutivi degli accordi di mediazione che siano strutturati in termini di obbligo a trasferire o a costituire diritti reali di godimento con atti successivi.

In tal senso³⁹ sembra esprimersi anche l'unico precedente di legittimità a tutt'oggi edito, contenuto nella sentenza della Corte di Cassazione 16 giugno 2020 n. 11617, secondo cui "omissis... l'applicazione del regime fiscale agevolato è limitata agli atti concernenti il procedimento di mediazione, considerato anche che il trattamento tributario agevolativo, avente natura eccezionale, è di stretta interpretazione ed insuscettibile di applicazione analogica. Nel caso in esame, le parti, dopo aver concluso l'accordo all'esito della procedura di mediazione, scelsero di stipulare separato e distinto atto notarile di compravendita immobiliare".

³⁶ Questione amplificata dall'introduzione dell'art. 2643 n. 12 *bis* c.c. da parte del decreto c.d. "del fare" in materia di trascrizione degli accordi di accertamento negoziale dell'usucapione.

³⁷ Art. 19, l. 6 marzo 1987, n. 74; successiva circolare esplicativa del Ministero delle Finanze n. 49/E del 16 marzo 2000 e risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 65/E del 16 luglio 2015.

³⁸ Contenuto nelle condizioni di separazione omologate o nella sentenza di divorzio congiunto.

³⁹ CNN Notizie del 26 giugno 2020.

Quindi, senza estendere il ragionamento alle possibili tecniche redazionali degli atti notarili a valle del procedimento di mediazione, allo stato pare possibile limitare la portata agevolativa dell'art. 17 D.lgs. 28/2010, oltre che al verbale redatto dal mediatore contenente l'accordo (in termini di allegazione ovvero di ricomprensione dell'accordo nel corpo del verbale), ai seguenti casi:

- al verbale redatto direttamente per atto notarile, cioè il c.d. atto unico notarile, con cui il notaio viene chiamato ad intervenire nella procedura di mediazione per autenticare o rogare il verbale di mediazione unitamente all'accordo seduta stante appena raggiunto, atto al quale parteciperanno in qualità di comparenti tutti i soggetti della mediazione (mediatore, parti e avvocati) in quanto la procedura è ancora in corso⁴⁰;

- all'atto di ripetizione in forma pubblica o autentica dell'accordo di mediazione, che non sia pertanto esecutivo di un obbligo a contrarre contenuto nell'accordo di mediazione, ma che – senza alcun carattere novativo – dia mera veste formale idonea all'accesso ai pubblici registri a un accordo di per sé produttivo di effetti immediati fra le parti⁴¹.

Rimangono aperte molte altre questioni applicative che inducono a sottolineare l'urgenza di un intervento chiarificatore dell'Agenzia delle Entrate, che potrebbero non interessare gli organi giudicanti civili chiamati a valutare i profili di mediabilità di una controversia, ma che appare doveroso segnalare per completezza:

- 1) se l'accordo beneficia della franchigia di euro 50.000,00 anche in ordine all'applicazione delle imposte ipotecarie e catastali, come sembrerebbe evincersi dal richiamo onnicomprensivo di cui al comma 2 dell'art. 17 ovvero se il riferimento alla sola imposta di registro debba fare escludere dal novero delle agevolazioni tali imposte⁴²;

- 2) se il valore soglia per la franchigia di euro 50.000,00 si riferisca al valore venale ovvero al c.d. valore tabellare risultante dall'applicazione dei coefficienti di legge, allorché ricorrano i presupposti soggettivi e oggettivi per l'applicazione del meccanismo denominato prezzo – valore di cui all'art. 1 comma 497 della Legge 23 dicembre 2005 n. 266;

⁴⁰ Sempre che tale tecnica redazionale si ritenga compatibile con il disposto dell'art. 11 comma 1 D.lgs. 28/2010 a tenore del quale “se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo”.

⁴¹ Salva, come molto spesso accade nella prassi, l'integrazione con le menzioni cc.dd. urbanistiche e catastali ai fini della validità del trasferimento immobiliare.

⁴² Si ricorda che l'Agenzia delle Entrate si è espressa per la soluzione affermativa con la risoluzione n. 235 del 2020 per la sola ipotesi dell'accordo di mediazione che accerta l'usucapione prevedendo l'esenzione dalle imposte ipotecaria e catastale.

3) se in caso di negozi plurimi contenuti nel medesimo accordo, la franchigia vada moltiplicata per il numero dei negozi contenuti nell'accordo o se vada ripartita proporzionalmente fra di essi;

4) se l'accordo di mediazione debba essere registrato nei venti giorni dalla sua conclusione e se, in caso di omessa autonoma registrazione ma di registrazione unitamente all'atto notarile oltre la detta data dei venti giorni, il notaio sia responsabile non solo per l'imposta principale trattandosi di un caso di enunciazione di atti non registrati⁴³ ma anche per la relativa sanzione pecuniaria di cui all'art. 69 D.P.R. 131/86.

4. I vantaggi del notaio-mediatore. Sia consentito, a margine, spendere qualche ulteriore riflessione sui possibili vantaggi della mediazione, questa volta connessi alla qualifica soggettiva del mediatore – notaio.

Le caratteristiche di terzietà, indipendenza e imparzialità proprie del notaio agevolano la conclusione dell'accordo all'esito del procedimento di mediazione in quanto le parti individuano nella figura del notaio un soggetto istituzionalmente *super partes* al quale è più facile esternare gli interessi reali sottesi alla controversia. Solo ove richiesto dalle parti e dagli avvocati, il notaio mediatore potrebbe – nel rispetto delle diverse posizioni e dei contrapposti interessi – anche dare consigli tecnici sulla formulazione dell'accordo.

Non è da trascurarsi che a seguito dell'annullamento – da parte della sentenza del TAR Lazio n. 14664/2014 – dell'articolo 14-*bis* del D.M. 180/2010 (Incompatibilità e conflitti di interesse), che prevedeva al comma 3 quanto segue: "Chi ha svolto l'incarico di mediatore non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti se non sono decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento. Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitano negli stessi locali.", sembra ora consentito al mediatore – notaio svolgere la propria attività professionale a valle dello stesso procedimento di mediazione in cui egli ha svolto il ruolo di mediatore.

A seguito dell'introduzione dell'art. 14 *bis* nel D.M. n. 180/2010, i notai che operavano quali mediatori nei vari organismi di mediazione non procedevano al termine della mediazione, conclusasi con l'accordo da trascrivere nei registri immobiliari⁴⁴, all'autenticazione di detto accordo o alla sua ripetizione in forma di atto pubblico notarile.

Il timore era che il ricevimento o l'autenticazione in forma notarile dell'accordo di mediazione subito dopo la conclusione della procedura di mediazione avrebbe (senz'altro) violato il comma 3 dell'art. 14 *bis*⁴⁵.

⁴³ Art. 22 D.P.R. 131/86

⁴⁴ Cfr. art. 11 co. 3 D.l.gs. n. 28/2010.

⁴⁵ Per quanto questa norma, sebbene formulata genericamente, sia stata pensata fondamentalmente per gli avvocati.

La sentenza del TAR Lazio n. 14664/2014 REG. RIC (n. 03989/2016 REG. PROV. COLL.), su ricorso di alcune associazioni forensi, ha annullato l'art. 6 – nella sua interezza – del D.M. Giustizia del 4 agosto 2014 n. 139, che ha inserito l'art. 14 *bis* nel D.M. Giustizia del 18 ottobre 2010 n. 180⁴⁶. L'impugnazione da parte dell'avvocatura mirava a far venir meno una disposizione che impediva agli avvocati di rappresentare o assistere le parti in procedure di mediazione dinanzi all'organismo di mediazione presso cui fossero iscritti. Nessun'altra categoria professionale è intervenuta nel giudizio, che è divenuto definitivo.

Dopo la pronuncia del TAR, quindi, i notai-mediatori si sono chiesti se l'annullamento dell'art. 6 del D.M. n. 139/2014 che ha introdotto il ripetuto art. 14 *bis*, potesse valere anche per loro e quindi considerare non più esistente la limitazione sopra indicata. Si tratta di comprendere, in altri termini, la portata della sentenza del TAR Lazio, per capire se la stessa possa spiegare effetti e avere quindi valore di giudicato, non soltanto tra le parti che hanno preso parte al processo o che, comunque, siano state poste in condizione di parteciparvi, ma anche *ultra partes*, e quindi anche per altri soggetti.

In particolare, in assenza di una specifica definizione normativa di giudicato amministrativo, al quale – come noto – si ritiene di applicare la disciplina valevole per il giudicato civile⁴⁷ che prevede la rilevanza solo *inter partes* del giudicato, ci si chiede se nel caso di specie possa ricorrere quella situazione che, eccezionalmente, consente di estendere gli effetti del giudicato amministrativo *ultra partes*.

Ci riferisce al principio recentemente ribadito dal Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle del 2019⁴⁸, in base alle quali l'estensione *ultra partes* del giudicato amministrativo ricorrerebbe a seguito dell'annullamento di un regolamento.

Secondo questa prospettiva, quindi, nel presupposto che la disposizione annullata abbia introdotto una norma di natura regolamentare, la stessa non potrebbe concepirsi come annullata solo per coloro che hanno promosso il giudizio.

Il regolamento di Adr Notariato S.r.l. ha recepito le indicazioni contenute nella sentenza del Tar Lazio 14664/2014 consentendo al mediatore notaio di stipulare l'atto a valle della procedura di mediazione.

Se si condividesse l'idea che l'annullamento del detto art. 14 *bis* consenta oggi al mediatore notaio di stipulare anche gli atti a valle del procedimento di

⁴⁶ Regolamento di attuazione del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

⁴⁷ Art. 2909 cod. civ.

⁴⁸ C. Stato, Ad. Plen., sent. 20 – 27 febbraio 2019, nn. 4 e 5, Pres. Patroni Griffi – Est. Giovagnoli; ma anche in dottrina, si veda ad esempio C. CALABRÒ, voce Giudicato amministrativo, in Enc. Giur. Treccani, vol. XVI, 6.

mediazione concluso con esito positivo, ciò comporterebbe per le parti una serie di vantaggi pratici non trascurabili, e in particolare:

a) l'istruttoria della pratica potrebbe avvenire durante lo svolgimento della procedura di mediazione per guadagnare il tempo occorrente per le necessarie attività di regolarizzazione⁴⁹;

b) non sarebbero necessari ulteriori interventi delle parti e si eviterebbe il rischio del riaccendersi dei conflitti;

c) la stipula dell'atto notarile contestualmente alla conclusione dell'accordo⁵⁰ attenuerebbe il rischio di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli a carico della parte invitata fra la conclusione dell'accordo e la sua trascrizione⁵¹.

Inoltre, la figura del notaio potrebbe essere di particolare utilità in ordine agli adempimenti fiscali connessi all'obbligo di registrazione dell'accordo di mediazione che, in quanto mera scrittura privata, è soggetto a registrazione nel termine di venti giorni dal verbale⁵², con obbligo a carico delle parti⁵³.

Le sanzioni per la tardività della registrazione del verbale contenente l'accordo ammontano, in caso di ritardo non superiore a 30 gg., a un importo che va dal 60 al 120 per cento dell'ammontare delle imposte dovute con un minimo di euro 200,00; in caso di ritardo superiore a tale termine (equiparato all'omissione) la sanzione è dal 120 al 240 per cento dell'imposta evasa⁵⁴.

Nella prassi si assiste molto spesso a ritardi o omissioni nella registrazione dell'accordo di mediazione.

In caso di mediazione affidata ai notai, ove gli stessi potessero stipulare anche gli atti a valle della procedura di mediazione, essi registrerebbero l'accordo di mediazione unitamente all'atto notarile (al quale l'accordo è allegato) nei venti giorni dalla formazione dell'accordo, senza obbligo autonomo di registrazione a carico delle parti.

Si aggiunga che molto spesso, nonostante il regime fiscale di favore di cui all'art. 17 D.lgs. 28/2010, la liquidazione dell'imposta di registro non è agevole, soprattutto – come si è visto – in caso di accordi di mediazione contenenti negozi plurimi o con aliquote fiscali diverse e, anche sotto questo profilo, può apprez-

⁴⁹ Ad esempio urbanistiche e catastali.

⁵⁰ Ove abbia ad oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali immobiliari.

⁵¹ Ciò in quanto l'istanza di mediazione non è trascrivibile ex artt. 2562 e 2653 c.c., pur non essendo impedita, nelle more del procedimento, la trascrivibilità della domanda giudiziale ex art. 5 comma 3 D.lgs. 28/2010.

⁵² Art. 13 comma 1 D.P.R. 131/1986.

⁵³ Non sono soggetti a tale obbligo né gli avvocati né l'organismo di mediazione.

⁵⁴ Art. 69 D.P.R. n. 131/86.

zarsi la figura del mediatore notaio, nei cui compiti istituzionali rientra quello dell'autoliquidazione dell'imposta, a cui è tenuto quale responsabile di imposta unitamente alle parti dell'accordo.

Da tali considerazioni emerge un quadro variegato che si spera possa contribuire a rendere chiaro come la combinazione di vantaggi economici e fiscali possa essere utilmente posta a fondamento della valutazione giudiziale in ordine ai presupposti di mediabilità della controversia del caso concreto al fine di orientare le parti verso un percorso conciliativo di qualità, che non sia solo un passaggio burocratico finalizzato all'assolvimento di una condizione di procedibilità ma che svolga un ruolo di reale composizione del conflitto sul piano individuale e di deflazione del carico del contenzioso civile su quello sistemico.

Le *performance* degli artt. 185 e 185**bis** c.p.c.: l'apporto delle buone prassi giudiziarie

SOMMARIO: 1. L'art. 185 *bis* c.p.c. nella prassi giudiziaria. Il nuovo giurista conciliatore. – 2. La Banca Dati Digitale Conciliativa (B.D.D.C.) – 3. I profili organizzativi e l'Ufficio per il processo. Dal giudice conciliatore “organizzato” all'UPP conciliativo. – 4. Lo screening degli indici di mediabilità nel PCT. – 5. Le leve conciliative. – 6. La prassi conciliativa dalla proposta alla definizione non contenziosa. – 7. La misurazione delle performance della conciliazione endoprocessuale. – 8. Conclusioni.

1. L'art. 185 *bis* c.p.c. nella prassi giudiziaria. Il nuovo giurista conciliatore. L'innesto nel codice di rito, ad opera dell'art. 77, comma 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98, dell'art. 185 *bis* c.p.c. – come pure la parallela armonizzazione del primo comma, primo periodo, dell'art. 420 c.p.c., già modificato dall'art. 31, l. 4 novembre 2010, n. 183 – in tema di proposta transattiva/conciliativa del giudice¹, ha codificato un istituto già largamente – seppur variamente – utilizzato nella prassi giudiziaria.

A sua volta, la struttura della norma, che colloca la formulazione della proposta in un arco temporale particolarmente ampio² in presenza di presupposti genera-

¹ La tracciata distinzione tra proposta transattiva e proposta conciliativa si spiega alla luce delle diverse opzioni percorribili in concreto dal magistrato, il quale potrebbe operare per provocare tra le parti una transazione, ossia un contratto con cui i litiganti pongono fine al contenzioso facendosi reciproche concessioni, ovvero una composizione sostanziale del conflitto, che può anche prescindere da reciproche concessioni, come pure dallo sbocco in una esternazione negoziale (ad es., rinuncia alla domanda, abbandono del giudizio, ecc.). Cfr. in argomento T. Caradonio, L'art. 185-*bis* c.p.c.: finalità ed esperienze a confronto, testo della relazione tenuta alla SSM, L'Aquila, 19 novembre 2016, in www.adrcommercialisti.it

² L'ambito di operatività della proposta transattiva del giudice, che l'art. 185 *bis* c.p.c. individua «alla prima udienza ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione», è stato prevalentemente interpretato in senso estensivo nella prassi applicativa.

In giurisprudenza di merito si è affermata l'assenza di sbarramenti rispetto alla facoltà del giudice di formulare, in ogni stato e grado del processo, una proposta conciliativa, dovendosi, semmai, interpretare la preclusione descritta nella locuzione “sino a quando è esaurita l'istruzione” come rivolta non

li discrezionalmente valutabili³, senza prevedere condizioni tassative, né requisiti specifici di forma e contenuto, è tale da restituire, ancora una volta, all'interprete il compito di declinare in concreto i moduli della conciliazione endoprocessuale.

Non deve, dunque, meravigliare che, anche dopo la codificazione dell'istituto, un ruolo essenziale di sintesi delle concrete condizioni applicative, finalizzate ad un suo effettivo e proficuo utilizzo, sia svolto dalla prassi, che si nutre dell'esperienza quotidiana degli operatori giudiziari.

In tale contesto, non è nuova la consapevolezza – benchè, inizialmente, raggiunta per lo più con metodo empirico – delle notevoli potenzialità della conciliazione endoprocessuale promossa dal magistrato, mentre viene finalmente superato, per volontà del legislatore, ogni dubbio di contrasto con il principio di imparzialità/terzietà del giudice e il divieto di anticipazione del giudizio⁴.

già ad impedire l'esercizio della facoltà conciliativa, bensì unicamente l'operatività del meccanismo "sanzionatorio" di cui all'art. 91 c.p.c. e dunque la condanna al pagamento delle spese processuali maturate dopo la proposta. Cfr. Trib. Roma, 23 settembre 2013, nonché Trib. Fermo, 21 novembre 2013. In dottrina cfr. T. Caradonio, *L'art. 185 bis c.p.c., finalità ed esperienze a confronto*, cit.

Tanto in giurisprudenza, quanto in dottrina, si è poi evidenziato (v. Trib. Milano, 14 novembre 2013, nonché Trib. Roma, 23 settembre 2013, precedenti entrambi citati da L. RAZETE, *Giudice e conciliatore*. L'esperienza del nuovo articolo 185 *bis* c.p.c., in *Questione Giustizia*, n. 1, 2015, 138 ss.) che, in molti casi, risponde al comune interesse delle parti la formulazione da parte del giudice di una proposta conciliativa anche dopo l'esaurimento della fase istruttoria, in funzione del migliore perseguimento dei propri interessi sostanziali, viepiù alla luce dell'inapplicabilità al contenzioso più risalente dell'istituto della mediazione preventiva: si pensi alle ipotesi, non infrequenti, in cui le parti possano aver intravisto esiti probatori incerti su fatti dirimenti per le rispettive tesi difensive, ovvero abbiano in corso un contenzioso più ampio di quello sottoposto alla cognizione del giudice, ovvero, ancora, abbiano visto mutare nelle more del giudizio i propri interessi sostanziali, destinati a rimare in parte insoddisfatti da una definizione contenziosa ancorata ai principi della domanda e delle preclusioni allegative/probatorie.

In prospettiva de iure condendo, la questione potrebbe essere definitivamente risolta dalla modifica normativa prevista nel d.d.l. Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, approvato dal Senato il 21 settembre 2021, che espressamente estende l'arco temporale normativamente indicato: «fino al momento in cui (il giudice) trattiene la causa in decisione».

³ Gli indicatori di cui il giudice deve tener conto sono normativamente agganciati «alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di pronta e facile soluzione in diritto».

⁴ La netta eterogeneità tra proposta conciliativa e soluzione decisoria è sottolineata dal tenore testuale dell'art. 185 *bis* c.p.c., laddove espressamente precisa che la proposta non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice, e sembra destinata ad essere ulteriormente accentuata nella prospettiva tratteggiata dal d.d.l. 21 settembre 2021, Delega al Governo per l'efficacia del processo civile, che, come detto sub nota 1, prevede un ulteriore ampliamento dell'arco temporale entro il quale formulare la proposta, così lasciando intendere che nemmeno la completezza del quadro probatorio è di ostacolo all'apertura di una fase conciliativa. In dottrina è stato in proposito osservato che «deve ritenersi ragio-

Il principale e più prezioso innesco virtuoso, insito nella conciliazione, è stimabile nel contenimento dei tempi e dei costi processuali rispetto alla via decisoria, ottenibile, peraltro, senza sacrificio della qualità della giurisdizione: una rapida composizione transattiva, che ponga fine ad un giudizio pendente, è anzi valutabile quale indicatore qualitativo dell'efficienza della risposta giudiziaria, in ragione dell'autorevolezza della proposta proveniente dal magistrato, della possibilità di contemperare ragioni giuridiche ed equitative, dell'ideale trasferimento della soluzione dal piano tecnico della controversia a quello sostanziale del conflitto, e, non da ultimo, dell'impiego di categorie di "predittività mite" in un contesto dialogico.

Le immediate potenzialità dello strumento conciliativo sono state, però, controbilanciate da alcune iniziali difficoltà applicative, che ne hanno limitato la diffusione.

Innanzitutto, non può sottacersi la strutturale carenza di formazione specialistica non solo dei magistrati, ma, in generale, degli operatori del diritto in materia di tecniche di media-conciliazione, difficilmente colmabile con l'accesso a percorsi di auto-formazione, per l'indisponibilità di raccolte organizzate e consultabili di precedenti conciliativi.

Le esperienze virtuose, pure localmente adottate da singoli uffici giudiziari, sono rimaste in un primo tempo circoscritte al contesto territoriale di riferimento, senza divenire immediatamente patrimonio comune della giurisdizione.

Non da ultimo, un radicato – ed ormai, invero, anacronistico – pregiudizio culturale, secondo cui la definizione conciliativa esprimerebbe minor peso e pregio di quella contenziosa, ha posto le basi per una scarsa valorizzazione delle conciliazioni nell'ambito del lavoro giudiziario⁵, nella persistente indispo-

nevolmente superato il timore della cd 'anticipazione del giudizio', che pure alcuni in dottrina affermano essere insito in siffatta tipologia di attività giudiziale. Si tratta piuttosto di un'attività che rappresenta l'evoluzione di quel coacervo di ordinanze – emesse molto di frequente nei Tribunali – con le quali il Giudice, decidendo di rimettere al merito l'esame di una questione preliminare o pregiudiziale o scrutinando le prove (perché superate dalla non contestazione di alcuni fatti o dalla valutazione di documenti ritenuti, su piano probatorio, prevalenti), già ha segnato una specifica direzione per il processo, 'proiettandolo' verso un esito finale divenuto così agevolmente prevedibile". Cfr. L. FAZIO, L'efficacia della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del distretto della Corte d'appello di Bari, in C. Pilia (a cura di), Quaderni di conciliazione, n. 10, Cagliari, 2019, 83 ss.

⁵ Sul punto novità significative verrebbero introdotte dal d.d.l. Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, approvato dal Senato il 21 settembre 2021, che si propone di valorizzare e incentivare la mediazione demandata dal giudice; promuovere una collaborazione tra uffici giudiziari, università, avvocatura, organismi di mediazione, enti e associazioni professionali che consegua stabilmente la formazione degli operatori, il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziari che demandano le parti in mediazione; l'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati e la valorizzazione

nibilità di sistemi di monitoraggio statistico dettagliato delle definizioni non contenziose.

Nel tempo, tuttavia, le esperienze virtuose hanno saputo circolare, facendo maturare la consapevolezza che l'attività conciliativa è parte dell'attività giudiziaria ad ogni effetto ed accrescendo il senso di responsabilità del nuovo giurista conciliatore, ben conscio del fatto che, se di attività giudiziaria si tratta, va allora parimenti condotta con metodo giuridico.

Ciò vuol dire, innanzi tutto, accostarsi allo studio di una controversia meditando soluzioni non solo prettamente decisorie, ma anche, ove possibile, conciliative; rivedere il tradizionale approccio contenzioso, accedendo a percorsi formativi, la cui offerta si va sempre più adeguando, in grado di fornire ai giuristi nuove abilità e linguaggi, spendibili nelle tecniche di media-conciliazione; abituarsi a consultare le banche dati di documenti conciliativi come si farebbe con le raccolte di sentenze, per l'analisi di eventuali precedenti pertinenti al caso che si sta esaminando e l'estrapolazione di soluzioni riproponibili in casi analoghi; contribuire all'arricchimento della base dati dei precedenti conciliativi, così da poter contare su raccolte sempre più strutturate e tendenzialmente esaustive.

2. La Banca Dati Digitale Conciliativa (B.D.D.C.). La B.D.D.C. è nata nel 2011, nell'ambito del Protocollo *Best Practice Conciliativa*⁶, come raccolta dei verbali di conciliazione, sino a quel momento disponibili esclusivamente in raccolta cartacea, presso l'articolazione di Modugno (ex sez. distaccate di Modugno, Bitonto ed Acquaviva)

Il Progetto è stato poi esteso, a partire dal 2015, all'intero Distretto di Corte d'Appello di Bari, con: *a)* l'ampliamento della raccolta dei verbali di conciliazione a quelli contenuti nel registro cartaceo del Tribunale di Bari; *b)* la raccolta delle più significative ordinanze ex art. 185 *bis* c.p.c. emesse presso gli Uffici giudiziari di Bari, Trani e Foggia; *c)* la raccolta di provvedimenti giudiziari in tema di c.d. "*mediazione delegata*"⁷.

della formazione e dei contenziosi definiti a seguito di mediazione o accordi conciliativi a fini di valutazione della carriera.

⁶ Il Progetto "Ufficio del processo, ragionevole durata e Buona prassi conciliativa B.D.D.C.", già censito al n. 2526 nella prima manualistica delle pratiche di organizzazione più diffuse negli uffici giudiziari italiani (delibera CSM 7 luglio 2016, pag 24 del Manuale ricognitivo, sub Macroarea 3, Organizzazione del Processo Civile), è transitata, quale modello virtuoso esportabile fra gli uffici, nel successivo aggiornamento compiuto con la delibera CSM 18 giugno 2018 (sub Macroarea 3-Modello 20, pag. 74).

⁷ All'interno di ciascuna area tematica, i documenti sono accuratamente classificati al fine di favorire una navigazione intuitiva tramite collegamenti ipertestuali ed una ricerca il più possibile mirata del materiale disponibile in relazione alle particolari esigenze dell'utente. I verbali e le ordinanze

Nel 2019, alle tre citate sezioni tematiche si è aggiunta una quarta sezione, dedicata al giudice del lavoro, che ospita proposte conciliative e verbali di conciliazione relativi a giudizi di primo a secondo grado.



sono ripartiti, con criteri omogenei di classificazione, per macro-oggetto (es. Comunione, Contratto), e, all'interno di ciascuna materia di interesse, ulteriormente per micro-oggetto (es. Infiltrazioni, Appalto); le ordinanze ex art. 185 *bis* c.p.c. sono anche distinte per ufficio giudiziario emittente (Tribunale Bari, Tribunale Trani, Tribunale Foggia, ecc.), onde fornire un quadro rappresentativo delle prassi e degli orientamenti presso i diversi uffici aderenti al Progetto.

I singoli files, così catalogati, sono graficamente inseriti in una tabella, ogni colonna della quale reca in intestazione il macro-oggetto ed al suo interno il titolo del documento, che riproduce dettagliatamente il micro-oggetto e, ove previsto, l'origine, in modo da orientare ulteriormente l'utente nella ricerca del materiale di interesse. I documenti conciliativi, pur se epurati da ogni dato identificativo, mantengono una perfetta intelligibilità, garantita dalla sostituzione dei nomi delle parti con nomi di fantasia e dalla leggibilità delle premesse contenenti i necessari riferimenti allo sviluppo processuale della controversia composta bonariamente.

Parallelamente, la Banca dati, di pari passo con il Protocollo *Best Practice Conciliativa*, si è diffusa presso un numero sempre crescente di uffici giudiziari, di primo e secondo grado, appartenenti a Distretti di diverse dimensioni e collocazioni geografiche (in particolare, uffici di primo grado: Matera, Taranto, Brindisi, Salerno, Nocera Inferiore, Vallo della Lucania, Castrovillari, Catanzaro, Cosenza, Crotone, Lamezia Terme, Paola, Potenza, Lagonegro, Napoli; uffici di secondo grado: Salerno, Napoli, Potenza, L'Aquila, Ancona).

È stata, quindi, creata una sezione divulgativa, contenente le Linee Guida, i Vademecum ed i Protocolli di adesione siglati nei vari uffici giudiziari, pensata proprio per agevolare la transizione tra uffici dei vari segmenti attuativi della Buona prassi, anche attraverso la creazione di link di collegamento alla Banca dati.

La raccolta digitale dei precedenti conciliativi, tradotta in un prodotto informatico di agevole consultazione, è ad oggi, liberamente consultabile nell'area "Buone prassi" del sito web della Corte d'Appello di Bari⁸, e, attraverso semplici link di collegamento, sui portali degli altri uffici giudiziari aderenti al Progetto.

Essa viene costantemente implementata grazie ad un periodico "censimento" dei precedenti conciliativi degli uffici; i documenti di interesse vengono segnalati dai magistrati, attraverso le *mailing list* delle strutture territoriali della formazione decentrata e/o nel contesto delle riunioni di sezione ex art. 47 quater O.G.; la raccolta, la selezione e la preparazione dei documenti da caricare *on line* viene, di norma, curata da appositi gruppi di lavoro, che si avvalgono anche delle risorse dell'Ufficio per il processo (*in particolare i c.d. "stagisti" e tirocinanti*) e delle dotazioni di carattere tecnologico (*P.C.T., consolle del magistrato, banca dati digitale dei precedenti dell'ufficio*).

L'accesso ai precedenti giurisprudenziali conciliativi, opportunamente classificati per materia e per oggetto, agevola gli operatori del diritto nella conoscenza e nell'elaborazione di possibili leve conciliative ripetibili – perché, appunto, desumibili dai materiali oggetto di ordinata classificazione – e criteri redazionali dei verbali e delle proposte; permette, inoltre, un'efficace e capillare circolazione delle prassi giudiziarie in tema di media-conciliazione, da cui trarre spunto per la soluzione di conflitti simili o in materie analoghe, nei medesimi contesti territoriali o in contesti territoriali diversi.

La fruizione rapida e unitaria di diversi schemi negoziali transattivi riveste un'utilità formativa diffusa e trasversale in materia di media-conciliazione, contribuendo al rafforzamento delle professionalità e specializzazioni non soltanto dei magistrati togati ed onorari, ma anche degli avvocati, dei professionisti iscritti

⁸ URL http://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx

all'albo dei consulenti tecnici⁹, dei tirocinanti, degli studenti e dei cultori di materie giuridiche; gli stessi operatori del settore ADR possono giovare della conoscenza e del confronto con i modelli conciliativi in uso presso gli uffici giudiziari nei vari ambiti territoriali.

In ultima analisi, la fruizione dei contenuti della raccolta digitale agevola la diffusione della cultura conciliativa come patrimonio comune di linguaggi, saperi e tecniche, con auspicabili sinergie apportatrici di ricadute positive in termini di coerenza, certezza e prevedibilità per l'utenza dei percorsi conciliativi proposti ed esperiti nelle diverse sedi istituzionali a ciò deputate¹⁰.

3. I profili organizzativi e l'Ufficio per il processo. Dal giudice conciliatore "organizzato" all'U.P.P. conciliativo. L'esperienza maturata in questi anni negli uffici giudiziari ha ben presto fatto comprendere che la conciliazione non funziona come un'attività estemporanea, ma presuppone un'organizzazione, alla stessa stregua dell'attività di gestione di un ruolo e di programmazione del lavoro decisorio¹¹.

Le competenze organizzative necessarie alla sistematizzazione della metodica conciliativa nell'attività giudiziaria possono essere acquisite grazie alla formazione che, anche a livello territoriale, favorisce un proficuo scambio di esperienze tra giudici impegnati in realtà geografiche ed in contesti economici assai diversi, nonché un confronto tra questi e le più alte istituzioni formative – le Università, i centri di ricerca – impegnate nella costruzione del patrimonio di abilità professionali delle nuove generazioni di giuristi e di recente chiamate ad interagire nella gestione dei tirocini formativi presso gli uffici giudiziari.

Lo studio comparato dei precedenti conciliativi, condotto con quel rigore scientifico che consente di ricavare un catalogo di «agenti facilitatori di accordi», se da un lato permette al singolo giudice di utilizzare la conciliazione come metodo organizzativo finalizzato a più celeri opzioni definitive, nell'ottica sia dello

⁹ Per un approfondimento sul ruolo conciliativo del CTU, cfr. M. DELIA, L'attività del CTU nella mediazione, in Aa. Vv., Il consulente tecnico giudiziario, Milano, 2018, 63 ss.

¹⁰ Cfr. M. DELIA, La Conciliazione fra Organizzazione, Formazione e Tecnologia, in C. PILA (a cura di), Quaderni di conciliazione, n. 10, Cagliari, 2019, 35 ss: "Diffondere con successo il nuovo che avanza fra i metodi che promuovono soluzioni negoziate endoprocessuali (ordinanze 185-bis, mediazione, negoziazione assistita, arbitrato delegato) significa poter conformare, infatti, il linguaggio dei vari protagonisti della lite alle tecniche del diritto collaborativo. Si è così intravista l'importanza di una metodica formativa rinnovata che, superando le barriere, non solo geografiche fra uffici ma anche di categoria fra i vari professionisti del diritto (giudici togati, onorari, mediatori, avvocati, stagisti, consulenti tecnici di ufficio e di parte), potesse favorire maggiori consapevolezze e dinamismo culturale nell'area della mediazione".

¹¹ Cfr. ancora M. DELIA, La Conciliazione fra Organizzazione, Formazione e Tecnologia, cit.

smaltimento dell'arretrato, sia del contenimento della durata media dei processi, dall'altro si propone come metodo informatore di un nuovo processo di lavoro in staff, che, con il contributo di dirigenti, magistrati togati, giudici onorari e tirocinanti, ciascuno nell'ambito delle sue prerogative, trasferisce la conciliazione dall'orizzonte gestorio del singolo ruolo a quello della programmazione del lavoro giudiziario di intere sezioni o uffici; e la rende ancora esportabile attraverso la circolazione e diffusione di prassi virtuose, cristallizzate in Protocolli organizzativi, Linee guida e Vademecum, da un ufficio all'altro, in un'ottica di collaborazione e condivisione¹².

L'informatica giudiziaria, con i registri e gli applicativi del PCT, appresta un ausilio fondamentale alla progettazione organizzativa, consentendo, a monte, uno *screening* mirato delle pendenze, funzionale alla predisposizione di "schede" delle cause suddivise per indici di mediabilità, accompagnate dalla redazione di bozze di proposte conciliative, e, a valle, una ricognizione attendibile e comparabile della diffusione dell'attività conciliativa e dei relativi esiti deflativi¹³.

Svariate applicazioni pratiche hanno ormai dimostrato la positiva integrazione del metodo conciliativo nell'organizzazione del lavoro giudiziario; esso si è rivelato adattabile alle specificità degli uffici giudiziari e declinabile nella prassi attraverso opzioni organizzative flessibili, di diverso livello e complessità, che vanno dalla semplice collaborazione all'interno delle sezioni e dei gruppi di lavoro sino all'istituzione di un vero e proprio ufficio per il processo conciliativo¹⁴, orientato, con la collaborazione degli stagisti/tirocinanti e dei giudici onorari¹⁵, al prelievo anticipato delle cause da avviare, secondo criteri prestabiliti, ad un percorso di definizione bonaria, prodromico alla deflazione delle

¹² Cfr. M. DELIA, L'ufficio del Processo: la Bddc tra conoscibilità delle decisioni e conciliazione, in L. VIOLA (a cura di) *Giustizia Predittiva e Interpretazione della Legge con modelli matematici*, Atti del Convegno presso Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, Milano, 2019.

¹³ In argomento v. M. DELIA, La qualità della giurisdizione civile fra evoluzione virtuosa dei professionisti di giustizia, organizzazione ed informatica – La Best Practice Conciliativa Barese, in A. CIRIELLO (a cura di), *Organizzando la giustizia* – Atti del convegno di Capri dell'ottobre 2016, Milano, 2017, 422 ss.

¹⁴ Sul punto non appare superfluo ricordare come la modalità organizzativa adottata dagli uffici giudiziari possa essere stata sin qui condizionata dalle risorse in concreto disponibili, di fatto non omogenee sul territorio nazionale, e che l'adesione ad un modello più strutturato, attraverso la costituzione di un Ufficio per il processo conciliativo, potrebbe essere senz'altro agevolata dal consistente apporto di risorse umane garantito nell'ambito del PNRR, con rilevanti opportunità di potenziamento del lavoro in staff e di massimizzazione dei risultati.

¹⁵ È utile rammentare che il tentativo di conciliazione è stato annoverato tra le attività delegabili ai giudici onorari dall'art. 10, D.lgs. 13 luglio 2017, n. 116.

pendenze e dell'arretrato¹⁶.

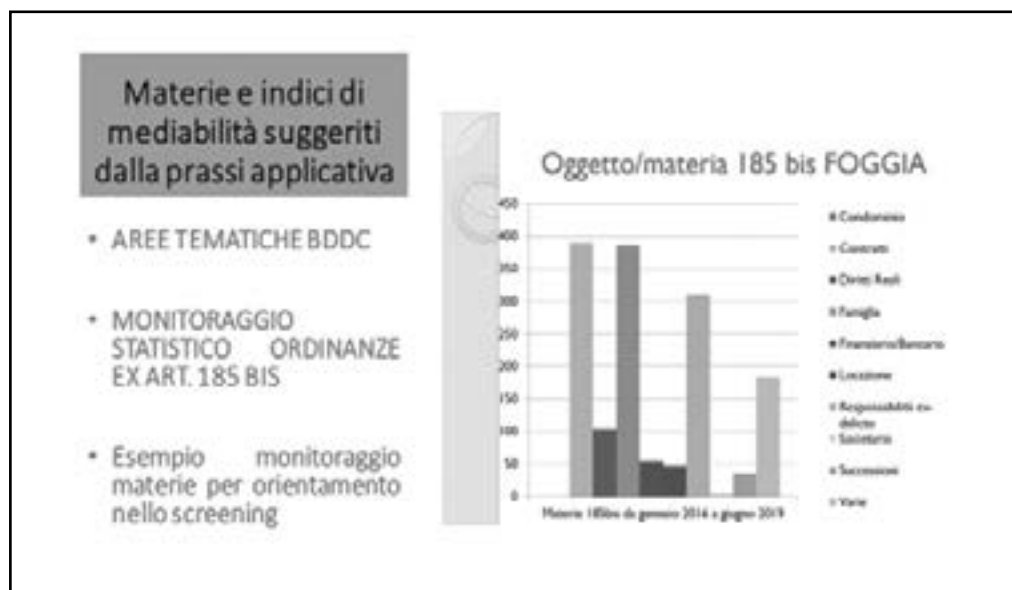
4. **Lo screening degli indici di mediabilità nel PCT.** La prassi giudiziaria suggerisce come uno *screening* ragionato attraverso strumenti informatici, sulla base di criteri scientifici validati dall'esperienza, consenta di estrapolare alcuni indici predittivi della mediabilità delle cause (c.d. leve conciliative).

Le principali tipologie di selezioni utili possono essere operate in ambiente SICID o *Consolle del magistrato*, con applicazione dei seguenti filtri di ricerca:

a) per *oggetto*, individuando le *materie* che presentino indici di mediabilità.

L'impiego di un siffatto filtro è scientificamente supportato dalle rilevazioni statistiche eseguite in seno al monitoraggio sull'attività conciliativa endoprocesuale, che rappresentano graficamente le aree ed i settori particolarmente permeabili alla media-conciliazione perché caratterizzati da un rilevante impiego delle proposte transattive da parte dei giudici (cui può essere accostato, ove lo si desideri, anche il tasso di definizione non contenziosa, su cui v. *infra*).

L'osservazione dei dati, invero assai eloquenti in determinati settori (su tutti: contratti, responsabilità extracontrattuale, famiglia), suggerisce evidentemente di adottare veri e propri moduli organizzativi per la gestione delle tipologie di contenzioso in cui l'approccio conciliativo presenta peculiari capacità di impiego e di incidenza.



¹⁶ Cfr. M. DELIA, L'ufficio del Processo e la BDDC, in A. CIRIELLO (a cura di), Il processo telematico – civile, penale, amministrativo, tributario, contabile, Milano, 2019, 401 ss.

potenzialmente agevolativi di una soluzione conciliativa (ad es., *b. 1*) particolari incombenti istruttori, quali *CTU o ATP già espletati; dichiarate decadenze dai mezzi di prova; b. 2*) altre scansioni processuali che presuppongono una delibazione del *fumus: istanze ex artt. 648, 649 o 186 quater c.p.c.; istanze ex art. 283 c.p.c.; istanze cautelari; ordinanze ammissive di mezzi istruttori*). Sono, queste, vere e proprie “leve conciliative”, su cui si tornerà *infra*.

c) per *data di iscrizione a ruolo* o per *fase processuale in corso rispetto alle scansioni calendarizzate* (ad es., *istruttoria orale lunga o complessa dall'esito incerto; giudizi sospesi o interrotti e poi riassunti*), evidenziando pendenze ed arretrato per cui si prospetti utile disporre un «prelievo», finalizzato ad un'anticipata comparizione delle parti per il tentativo di bonario componimento, specie se non svolto nelle fasi antecedenti del processo.

Nella pratica, quindi, ciascun giudice (o gruppo di lavoro) può, con relativa semplicità, effettuare una selezione delle cause secondo indici di mediabilità, attraverso la consultazione “mirata” dei registri e degli applicativi informatici del PCT.

Le sintesi ritraibili dall'esperienza concreta forniscono indicatori qualificati idonei a stilare un catalogo, invero solo esemplificativo, di “leve conciliative”, che possono essere rintracciate con un'interrogazione accurata dei sistemi informatici volta ad evidenziare:

- *a) cause seriali*, in presenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati o, viceversa, contrasti sopiti da un orientamento sopravvenuto;
- *b) particolari snodi istruttori impattanti sulla prognosi dell'esito della controversia*, quali l'acquisizione di dati tecnici dagli ausiliari del giudice (nelle diverse forme dell'a.t.p., dell'a.t.p. conciliativo o semplicemente della consulenza tecnica d'ufficio) e/o la delibazione e delimitazione del *thema probandum* (nelle varie ipotesi di non ammissione dei mezzi istruttori, decadenza dall'espletamento degli stessi, revoca o modifica in corso di causa di provvedimenti istruttori, ecc.);
- *c) particolari snodi processuali caratterizzati da una delibazione anticipata del “fumus” o del thema decidendum*, quali le pronunce giurisdizionali sulle istanze ex artt. 648 e 649 c.p.c.; art. 789 c.p.c.; art. 1137 c.c.; provvedimenti di mutamento del rito che implicino decadenze; ordinanze istruttorie; ordinanze c.d. “filtro” in appello.

In ognuno di questi passaggi può proficuamente innestarsi una parentesi conciliativa, che il giudice può governare formulando, se già detiene gli elementi indispensabili o utili, una proposta conciliativa, oppure sollecitando le parti a scambiarsi proposte transattive e ad avviare tra loro un dialogo, prima di un'opportuna sintesi, che potrà giovare del contributo dei protagonisti della lite e di un

primo “sondaggio” delle concessioni che sono disposti a farsi reciprocamente¹⁷, e potrà sfociare in una proposta del giudice o nell'invio delle parti in mediazione per la prosecuzione del percorso conciliativo intrapreso.

5. Le “leve conciliative”. Tra le svariate combinazioni legate alle evoluzioni del processo, specie se non prevedibili dalla parte che decide di instaurare una controversia o di resistervi, si nascondono numerosi spunti per cogliere indici di mediabilità.

Senza pretesa di esaustività, le principali ipotesi censite nella prassi possono così riassumersi:

a) Novità nel contraddittorio: a. 1.) istanze di riassunzione o prosecuzione del giudizio, che sottendono mutamenti o avvicendamenti delle persone fisiche

¹⁷La prassi conciliativa integrata si articola attraverso una scomposizione del tentativo di conciliazione in varie sessioni, che iniziano con una breve discussione sui nodi salienti della controversia nel contraddittorio tra le parti in udienza, proseguono con uno scambio di proposte/offerte transattive e controproposte fuori udienza e culminano in un'udienza di verifica delle possibilità di conciliazione alla presenza delle parti, dei loro procuratori e del giudice (cui potrebbe sostituirsi, secondo lo schema della c.d. mediazione facoltativa, un incontro presso un organismo preposto alla mediazione/conciliazione), finalizzato all'esame delle ipotesi transattive articolate ed all'eventuale formulazione di nuove proposte, che del percorso seguito dalle parti costituiscano, in qualche modo, la sintesi, ad opera di un soggetto terzo imparziale (giudice o mediatore). In argomento v. M. DELIA, Il senso della giustizia ed il valore della conciliazione, in *Questione Giustizia*, 8 novembre 2015, in www.questionegiustizia.it; Id., Il giudice e le nuove combinazioni endoprocessuali nei moduli della mediazione. Gli artt. 185 e 185 bis c.p.c., in *La nuova procedura civile*, 6 febbraio 2015, in www.lanuovaproceduracivile.com. Cfr. altresì L. FAZIO, L'efficacia della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del distretto della Corte d'appello di Bari, cit., per una disamina degli effetti virtuosi ritraibili dalla prassi conciliativa integrata: “Innanzitutto, la scansione compulsa le parti affinché queste articolino effettivamente le proposte, evitando di chiedere rinvii inutili ed anzi sfruttando la ‘pausa processuale’ che questa comporta. Con tale sistema, poi, la proposta viene ‘anticipata’ al Giudice, analogamente a quanto avviene con la sua formulazione in udienza, senza aspettare la sua celebrazione, e per questa ragione la sua successiva comunicazione alla controparte non costituisce violazione dell'art. 48 del codice deontologico forense. Si tratta invero di una comunicazione inoltrata dalle parti, per il tramite dei rispettivi difensori, al magistrato al fine di rendere note le proprie intenzioni e mostrare il proprio comportamento processuale, evidentemente anche ai fini di cui all'art. 116, comma 2, c.p.c. A ciò va aggiunto che questo “iter” riavvicina le parti al Giudice, il quale potrà monitorare le loro effettive intenzioni e non rendersi “strumento esterno” dell'attività conciliativa, come in passato molto spesso avveniva, con un'attività di direzione dell'udienza limitata alla concessione di rinvii, spesso ingiustificatamente reiterati. All'esito di questa “corrispondenza integrata”, la successiva udienza può costituire un punto nevralgico del processo, sempre che il Giudice, verificata l'effettiva ‘temperatura del contraddittorio’, in uno allo stadio del processo, ritenga opportuno ‘dire la sua’ sulle proposte reciprocamente formulate e articolare, a sua volta, una proposta maggiormente ponderata, ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c.”.

parti del processo e, sovente, dei difensori che le assistono, il decorso del tempo, il cambiamento delle condizioni soggettive e/o oggettive dei contendenti e del loro assetto di «interessi» reciproci; *a. 2.) ampliamenti o delimitazioni del thema decidendum dipendenti dalla condotta processuale delle parti*, astrattamente idonei a “spostare” gli equilibri del processo: si pensi alla proposizione di domande riconvenzionali, eccezioni in rito o preliminari di merito (prescrizione, compensazione, ecc.); rinunce ad alcune delle domande inizialmente proposte; riconoscimento parziale delle avverse pretese, ecc.

b) Novità in rito o in punto di diritto sostanziale: b. 1.) sopravvenienza di preclusioni imposte da eventuali provvedimenti di mutamento del rito ovvero da non tempestive e/o non conformi articolazioni di domande e/o richieste di prova, comportanti una semplificazione/delimitazione del *thema probandum*, tale da disvelare una prognosi definitoria, traducibile in una più equa formula conciliativa; *b. 2.)* esistenza di questioni in diritto semplici o presidiate da orientamenti giurisprudenziali consolidati (ad es. contenzioso seriale; liquidazione del danno con sistema Tabellare); *b. 3.)* questioni interessate, in corso di causa, da mutamenti di indirizzo giurisprudenziale di legittimità, da pronunce della Corte Costituzionale ovvero da novità legislative che prefigurino repentinamente come inevitabile uno sbocco definitorio altrimenti non pronosticabile.

A tale catalogo generale può poi essere affiancato un *focus* degli indici di mediabilità per materia, calibrato sulle scansioni processuali tipiche di ogni rito, che individua il momento dimostratosi nella prassi più propizio per indirizzare la controversia in direzione conciliativa:

- nelle *cause in materia di Separazione e divorzio*: in esito alla comparizione presidenziale; nel corso delle attività istruttorie; nell'ambito delle istanze di modifica delle condizioni;

- nelle *Impugnative di delibera condominiale*: al momento dell'esame di eventuali istanze di sospensione (art. 1137 c.c.), laddove è necessario deliberare il *fumus*, a fronte di questioni spesso di natura documentale, risolvibili in diritto ed allo stato degli atti;

- nel settore *Finanziario/Bancario*: all'esito dell'esame, da parte del giudice o del suo ausiliario, dei profili strettamente “tecnici” delle clausole contrattuali;

- nelle *cause di Divisione o scioglimento della comunione*: nell'udienza dedicata, ex art. 789 c.p.c., alla comparizione delle parti ed alla discussione del piano di riparto;

- nel settore delle *Esecuzioni*, e segnatamente: nelle opposizioni ex art. 615, co. 2, c.p.c. e nelle opposizioni agli atti esecutivi, ove definibili sulla scorta di sole prove documentali; nelle opposizioni a precetto, ove i motivi di opposizione riguardino questioni da far valere nel giudizio ove si è formato il titolo giudiziario.

Non va poi dimenticato, nell'ottica di un uso appropriato delle "leve conciliative", che anche situazioni "ad elevata conflittualità" possono essere permeabili alla media-conciliazione, se il giudice riesce a valorizzare e far comprendere, nel dialogo con le parti, le dinamiche incentivanti l'abbandono della dinamica contenziosa.

E così, possono suggerire l'opportunità di una definizione transattiva:

- in materia di *Condominio e diritti reali*, l'appartenenza degli individui ad un unico gruppo o contesto territoriale, che rende la convivenza e la condivisione di spazi necessarie e non evitabili;

- in materia di *Divisioni e successioni, Separazioni e divorzi*, il coinvolgimento nella contesa di soggetti imparentati, che beneficerebbero del mantenimento o della riparazione dei rapporti familiari;

- in materia di *Locazione, affitto, comodato e di Lavoro*, l'esistenza di rapporti di durata, in relazione ai quali può prevalere l'interesse delle parti alla prosecuzione o, viceversa, alla definitiva interruzione, dietro ristoro economico;

- in materia di *Responsabilità medico-sanitaria e Sinistri stradali*, la centralità dei dati tecnici, sovente conoscibili solo all'esito di accertamenti esperiti in giudizio, e la presenza di Compagnie assicuratrici, inclini a valutare accomodamenti economici e non portatrici di coinvolgimento diretto – anche emotivo – in eventi traumatici.

Neppure può essere sottaciuta l'ottima *performance* che la metodica conciliativa riesce a sortire nei procedimenti collegiali: la propensione delle parti a presenziare personalmente ed il contesto dialogico, proprio dell'udienza collegiale, in cui il Presidente, coadiuvato dal relatore, si trova nelle migliori condizioni per cogliere la presenza di "leve conciliative" e tratteggiare l'alea del giudizio, consentono una proficua applicazione della conciliazione endoprocedurale in controversie agrarie, volontaria giurisdizione –nell'ambito di diritti disponibili –, procedimenti cautelari e riti speciali (ad es., in materia di compensi professionali).

Anche nei giudizi di appello, diversamente da quanto si potrebbe ipotizzare, è possibile – e, talora, auspicabile – aprire una parentesi conciliativa.

Uno snodo cruciale per la conciliazione in secondo grado è sicuramente costituito dall'udienza di trattazione dell'inibitoria ex artt. 283-431 c.p.c.; non soltanto perché, anche in questo caso, è il contesto della deliberazione del *fumus* di accoglibilità dell'impugnazione, ma anche perché si tratta di una fase antecedente alla provvisoria attuazione degli effetti della sentenza impugnata, che, una volta consolidatisi, sono difficilmente reversibili, per la minore propensione delle parti ad effettuare spontanee restituzioni.

Un altro snodo centrale in secondo grado è l'udienza filtro, essendo il collegio chiamato a valutare in senso prognostico la ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione e l'appellante soggetto al rischio di un immediato ag-

gravio dei costi processuali, evitabili addivenendo ad una conciliazione (si pensi al versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato ex art. 13, comma 1 *quater*; d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, introdotto dall'art. 1, comma 17, l. 24 dicembre 2012, n. 228).

Peculiari "leve conciliative" dei procedimenti di appello si rinvencono nella struttura del rito, caratterizzato dall'effetto devolutivo, che spesso si traduce in una netta delimitazione *thema decidendum* rispetto al primo grado (ad es., i motivi di gravame possono restare circoscritti a specifiche questioni, come il *quantum* liquidato, o la valutazione e l'idoneità di specifici incumbenti istruttori, quali testimonianze, CTU, ecc.)

L'osservazione delle esperienze concrete induce a delineare, come occasioni favorevoli alla deviazione della controversia sul binario transattivo, tutte quelle situazioni in cui possa prefigurarsi la necessità di una riapertura dell'istruttoria o di una sua rinnovazione, per la peculiare alea di possibile ribaltamento degli esiti di primo grado, ovvero in cui si manifesti una sproporzione tra modico valore della questione controversa e prevedibile incidenza dei costi del processo nei gradi successivi al primo.

In definitiva, dunque, la prassi ha dimostrato la compatibilità della proposta transattiva o conciliativa del giudice con quasi tutte le tipologie di riti e di giudizi, potendo essa utilmente innestarsi: nei giudizi di appello; nei procedimenti sommari di cognizione (art. 702 *bis* e ss. c.p.c.); nel rito del lavoro (art. 420 c.p.c.); nei procedimenti in materia di famiglia, con trasformazione di separazione e divorzio da contenzioso a consensuale; nei riti camerali.

6. La prassi conciliativa dalla proposta alla definizione non contenziosa. Il giudice, laddove intraveda indici di mediabilità della controversia, può esprimere la sua proposta transattiva/conciliativa con varie formule e modalità.

Le proposte più semplici possono essere espone in udienza e riportate a verbale, mentre quelle maggiormente complesse possono essere emesse a seguito dello scioglimento di una riserva o di un passaggio in camera di consiglio.

La norma non prevede espressamente che la proposta debba essere motivata, stante la sua natura non decisoria; tuttavia, l'esperienza induce a ritenere consigliabile quantomeno l'esposizione sintetica di alcune fondamentali direttrici, per orientare le parti nella riflessione sul contenuto della proposta, nonché sull'opportunità e convenienza di farla propria ovvero di svilupparla autonomamente¹⁸ e per consentire, se del caso, l'espressione di un rifiuto consapevole e giustificato.

¹⁸ Cfr. Trib. Roma, 4 novembre 2013.

Ancora, la proposta può essere il frutto dell'elaborazione del giudice che ha ascoltato le parti nel corso di un tentativo di conciliazione o ha acquisito conoscenza del contenuto di un precedente scambio di proposte transattive tra le parti (art. 185 c.p.c.; la prassi della c.d. «conciliazione integrata», su cui v. nota 11).

In taluni casi, la proposta conciliativa si presta ad essere integrata con la c.d. mediazione delegata, ben potendo il giudice pronunciare una “proposta con riserva di mediazione”, con la quale formula la proposta e fissa altra udienza per sentire le parti, riservando in quella sede di prescrivere il procedimento di mediazione, ovvero una “proposta con mediazione”, con la quale formula la proposta e contestualmente prescrive il procedimento di mediazione per la prosecuzione del percorso conciliativo¹⁹.

Se la proposta del giudice viene accettata, il giudizio viene immediatamente definito con modalità non contenziosa, sebbene la specifica formula definitoria possa variare da caso a caso, disvelando numerose variabili dipendenti dai riti e dalle concrete situazioni processuali in cui la conciliazione interviene.

La soluzione più immediata è quella del recepimento della proposta e del conseguente accordo raggiunto dalle parti in un verbale di conciliazione (art. 88, disp. att., c.p.c.), che costituisce titolo esecutivo ex art. 185 c.p.c., richiede la sottoscrizione delle parti o dei rispettivi difensori muniti di procura speciale²⁰ ed impone una formula definitoria di estinzione del giudizio per intervenuta conciliazione.

Tuttavia, nella prassi si registrano con notevole frequenza soluzioni alternative, che vanno dall'estinzione per rinuncia agli atti del giudizio ex artt. 306 e ss. c.p.c. (ad es., quando le parti intendano richiedere un ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale) all'emissione di una sentenza in rito di cessazione della materia del contendere (ad es., nel giudizio di appello, laddove sia necessario “riformare” la sentenza di primo grado, facendo venir meno determinate statuizioni), passando per provvedimenti giudiziari della più varia natura (ad es., trasformazione della separazione da contenziosa a consensuale).

La soluzione maggiormente utilizzata, specialmente nel rito civile contenzioso, è, tuttavia, senza dubbio, l'abbandono del giudizio, attraverso la protratta

¹⁹ Cfr. G. BUFFONE, La mediazione delegata e il tentativo di conciliazione: perché, come e quando, testo della relazione tenuta alla SSM, 8 aprile 2014, Scandicci (FI), in www.mondoadr.it

²⁰ Nel corso della recente emergenza Covid-19, la severa limitazione degli accessi agli uffici giudiziari e dei contatti tra le persone imposta dalle misure emergenziali ha costituito una notevole criticità per lo svolgimento dell'attività conciliativa endoprocessuale, tradizionalmente incentrata sulla presenza fisica delle parti o dei rispettivi procuratori speciali (anche per la sola sottoscrizione in presenza di un verbale di conciliazione).

È poi intervenuta la modifica, ad opera della l. 25 giugno 2020, n. 70, dell'art. 88 disp. att. c.p.c., onde consentire la redazione telematica del verbale di conciliazione senza autografa sottoscrizione.

diserzione bilaterale delle udienze ex artt. 181-309 c.p.c., che sfocia in una cancellazione della causa dal ruolo con estinzione del processo.

La varietà degli eventi definitori associabili in concreto all'adesione delle parti alla proposta transattiva del giudice pone immediatamente l'ulteriore questione della tracciabilità della conciliazione endoprocessuale.

Ognuna delle tipologie di definizione non contenziosa sopra descritta ed autonomamente censita nei sistemi del PCT deve essere ricondotta, tramite un collegamento informaticamente visibile, all'attività conciliativa che ne costituisce l'antecedente logico e causale²¹.

La disponibilità di un preciso ed attendibile tracciamento delle proposte conciliative e delle conseguenti definizioni è alla base della validazione del valore organizzativo della prassi conciliativa come metodo di lavoro del singolo giudice e, ormai, anche dell'ufficio giudiziario nel suo complesso²².

7. La misurazione delle performance della conciliazione endoprocessuale. L'adozione di innovativi modelli virtuosi di gestione del contenzioso giudiziario, basati su una programmazione del lavoro che si avvalga, in modo sistematico ed organizzato, anche dell'impiego delle abilità conciliative è supportata da un monitoraggio informatico costante, che si propone e si rivela effettivamente in grado di: *a)* misurare l'efficacia del metodo, seguendo le controversie selezionate dal primo snodo concilia-

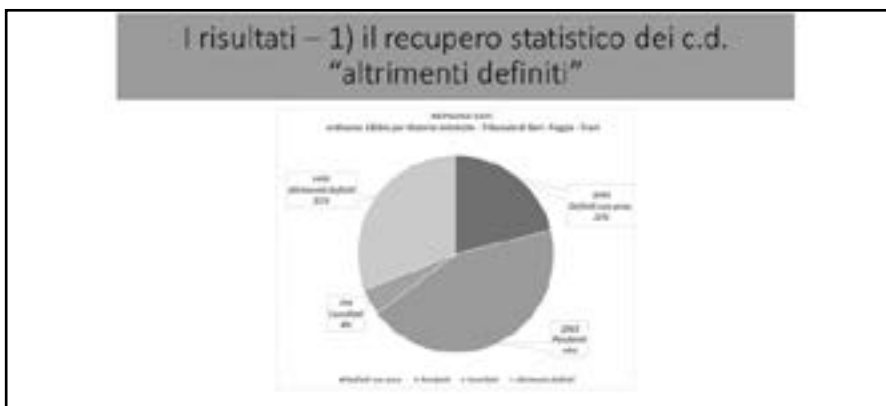
²¹ Non appare superfluo precisare che per la conciliazione endoprocessuale innescata dall'art. 185 *bis* c.p.c. non è stato previsto un censimento ufficiale centralizzato per il tracciamento sistematico dei flussi deflativi, a differenza di quanto stabilito per le procedure di mediazione obbligatoria, coeivamente introdotte e sottoposte per legge ad apposito e mirato monitoraggio statistico.

²² Cfr. L. RAZETE, Giudice e conciliatore. L'esperienza del nuovo articolo 185 *bis* c.p.c., cit., che ha definito "Ardua una progettualità dell'incidenza sui procedimenti definiti nell'ambito dei programmi di gestione dell'arretrato civile ex art. 37, d.l. 98/2001, convertito nella legge 111/2011, delle proposte conciliative – affidate finora all'iniziativa individuale del singolo magistrato senza una precisa metodologia e rilevazione statistica – specie nel rapporto percentuale tra numero delle proposte ed esito positivi (in base agli attuali format ex art. 37 gli esiti positivi delle proposte conciliative ex art. 185-*bis* cpc si collocano tra i procedimenti 'altrimenti definiti' cioè non definiti con sentenza ma senza una loro autonoma evidenza statistica che consentirebbe di misurare il tasso della litigiosità sul territorio)". La rilevazione statistica della quota complessiva di definizioni ascrivibile alla conciliazione endoprocessuale (non limitata, cioè, alle definizioni associate alla sottoscrizione di un verbale di conciliazione), per la sua idoneità a rappresentare in modo attendibile e tendenzialmente esaustivo i flussi conciliativi, si rivela, quindi, particolarmente utile per l'esaustiva rappresentazione del lavoro giudiziario in sede di redazione dei programmi di gestione dei procedimenti civili ex art. 37, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111, nella misura in cui consente al dirigente di tenere conto, ai fini della produttività sostenibile e del carico esigibile, di tutte le definizioni, anche diverse dalla sentenza, e dell'attività conciliativa (come richiesto dal CSM a partire dalla Circolare n. prot. 22890 del 9 dicembre 2016).

Il tracciamento digitale della conciliazione endoprocessuale è reso possibile dall'aggregazione del dato riepilogativo delle proposte formulate ed annotate con quello concernente gli eventi di definizione non contenziosa²³ e consente, così, di visualizzare i flussi deflativi riconducibili alle proposte ex art. 185 *bis* c.p.c., indipendentemente dalle eterogenee formule definitorie e dalla loro associazione con un atto tipico come il verbale di conciliazione²⁴.

²⁴ Per i dettagli sia consentito rinviare a V. Spagnoletti, L'uso dell'informatica come strumento deflativo: l'esperienza della rilevazione delle conciliazioni, in A. CIRIELLO (a cura di), *Il processo telematico – civile, penale, amministrativo, tributario, contabile*, Milano, 2019, 379 ss.

In tal modo, il monitoraggio riesce a recuperare la quota complessiva delle definizioni non contenziose scaturite dalla conciliazione endoprocessuale, insensibile alle rilevazioni statistiche tradizionali, incentrate sul censimento dei soli verbali di conciliazione giudiziale (ad es., nel caso rappresentato in fig. sottostante, solo nel 4% delle controversie definite con modalità non contenziosa dopo la proposta transattiva del giudice è stato siglato un verbale di conciliazione giudiziale; il 31% dei giudizi risulta censito nei sistemi come “definito altrimenti”).



Emerge con chiarezza l'associazione tra impiego strutturale del metodo conciliativo e valore deflativo delle proposte ex art. 185 *bis* c.p.c.; l'incidenza è desumibile dall'entità delle definizioni non contenziose ed evidenzia un'elevata probabilità di successo della proposta del giudice (ad es., nel caso raffigurato in fig. sottostante, 63%).



Si evidenzia altresì che la conciliazione endoprocessuale dispiega i suoi effetti deflativi sia sull'arretrato patologico, sia su quello fisiologico, perché successi conciliativi si registrano anche in settori di contenzioso assai risalente (ad es., in fig. sottostante, che rappresenta la scomposizione dei definiti con modalità non contenziosa al 2019 per epoca di rispettiva iscrizione a ruolo, si nota la presenza di definizioni sia nella forbice 2002/2014, sia in quella 2015/2017).



8. Conclusioni. L'analisi dei risultati del monitoraggio induce ad apprezzare la generale capacità di incidenza della conciliazione endoprocessuale in vista di una tendenziale riduzione della durata media dei procedimenti, con effetti al contempo deflativi del c.d. arretrato patologico e preventivi rispetto alla formazione di arretrato che da fisiologico diventi patologico²⁵.

Presso gli uffici che siano particolarmente gravati di arretrato patologico e da elevati tassi di sopravvenienze, è ben noto il rischio che le controversie meno datate, in attesa della prioritaria definizione di quelle più datate, possano comunque oltrepassare il limite temporale oltre il quale la durata del processo si presume irragionevole.

²⁵ Per una disamina di dettaglio dei dati statistici evidenziati dai monitoraggi, sia consentito rinviare a V. SPAGNOLETTI, La rilevazione statistica della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del monitoraggio informatico presso il distretto di Corte d'Appello di Bari, in C. PILIA (a cura di), Quaderni di conciliazione, n. 10, Cagliari, 2019, 105 ss:

Se, però, in siffatto contesto, un nucleo razionalmente individuato di arretrato ancora fisiologico, verosimilmente permeabile ad una soluzione transattiva, viene incanalato lungo un percorso conciliativo, si dischiude la possibilità di una definizione anticipata, compatibile con la definizione contenziosa delle cause più datate.

Quanto a queste ultime, va, d'altro canto, rammentato che in forza dell'art. 2, comma 2 *quinques*, l. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. Legge Pinto), come sostituito dall'art. 55, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, non è riconosciuto alcun indennizzo nel caso in cui la domanda venga accolta in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa che sia stata rifiutata.

Il che significa che un tentativo di conciliazione «ragionato», che sfocia in una proposta transattiva del giudice, quand'anche non sortisca immediato effetto definitorio non contenzioso, non comporta comunque negative ripercussioni in termini di durata «irragionevole» del processo ed anzi appare finanche opportuna in chiave macroeconomica, nei processi la cui durata abbia superato il termine ragionevole²⁶.

Né può essere sottovalutato che l'effetto deflativo della conciliazione endo-processuale non resta circoscritto ai singoli procedimenti giudiziari interessati, ma prelude ad una deflazione di più ampio respiro e di carattere «preventivo» e «trasversale», che, sebbene difficilmente «misurabile», si estende dagli uffici di primo grado a quelli di grado superiore.

Di per sé la stessa pendenza del processo, con il connesso rischio di esasperazione nel tempo del conflitto sostanziale sottostante, è suscettibile di generare una serie non predeterminabile di sub-procedimenti e seguiti²⁷, che la soluzione conciliativa consente, invece, di prevenire, evitando che il contenzioso si autoalimenti ed appesantisca ulteriormente il sistema giustizia.

È poi evidente come una conciliazione raggiunta in un processo pendente in un determinato grado di giudizio si ripercuota positivamente sugli altri gradi, atteso che una definizione non contenziosa non è seguita da impugnazioni, che costituiscono «flussi in ingresso» presso i gradi superiori; senza contare che un accordo transattivo, avendo di norma attuazione spontanea, non genera procedure esecutive.

²⁶ Cfr. M. VACCARI, L'art. 185-bis: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale, in www.ilcaso.it, 2014.

²⁷ Cfr. L. RAZETE, Giudice e conciliatore. L'esperienza del nuovo articolo 185 bis c.p.c. cit., che a tale proposito rammenta: misure cautelari ed anticipatorie in corso di causa; reclami al Collegio ex art. 669 terdecies c.p.c.; procedimenti esecutivi e relative opposizioni ex artt. 615 e 617 c.p.c., con le relative fasi cautelari connesse alle istanze di sospensione; liquidazioni di compensi ad ausiliari e difensori di parti non abbienti ammesse al patrocinio a spese dello Stato e connesse fasi di opposizione ex art. 170, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115.

Del complessivo recupero di efficienza, con risparmio di risorse, beneficiano anche le cancellerie, per le quali l'archiviazione di un fascicolo conciliato o estinto comporta meno adempimenti rispetto alla gestione di un fascicolo definito con un provvedimento contenzioso²⁸.

Né minori utilità devono attendersi per le controversie non mediabili, che, grazie alla provvidenziale liberazione di risorse decisorie – comunque non illimitate –, potranno essere trattate e definite in tempi verosimilmente più contenuti, a conferma della pervasività e diffusione degli effetti virtuosi del metodo conciliativo in prospettiva di sistema.

²⁸ Si pensi, esemplificativamente, agli adempimenti connessi alla pubblicazione, comunicazione alle parti ed invio all'Agenzia delle Entrate dei provvedimenti, nonché agli adempimenti connessi alla trasmissione degli atti al giudice di grado superiore in caso di impugnazione, ecc.

Parte III

Le leve conciliative nelle controversie da responsabilità sanitaria¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ventaglio delle questioni da trattare. – 3. Il tentativo di conciliazione stragiudiziale: *pro* e *contro*. – 4. La scelta tra ATP conciliativa e media-conciliazione: l'art. 8 della legge Gelli-Bianco e le questioni controverse.

1. Premessa. È opportuno, a mo' di premessa di carattere metodologico, chiarire che il fulcro di questo laboratorio è quello di evidenziare non già i casi in cui risulti utile o fruttuoso scegliere un percorso diverso da quello della sentenza per dirimere una controversia in materia sanitaria – perché l'art. 8 della l. legge 8 marzo 2017, n. 24², pone come condizione di procedibilità della domanda risarcitoria, in materia di responsabilità medica, la proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c. in chiave conciliativa, salva la possibilità di esperire il procedimento di mediazione di cui all'art. 5, comma 1 *bis*, D.lgs. 28/2010 – ma mettere in evidenza presupposti e circostanze che possono orientare l'istante verso l'uno ovvero l'altro percorso.

Tale approccio al tema trova giustificazione nella presa d'atto che il legislatore ha compiuto in vece di chiunque, quindi, anche delle parti e del giudice, il compito di valutare *ex ante* la fruttuosità di percorsi conciliativi, strutturando il procedimento col quale si esercita l'azione per il risarcimento del danno da responsabilità sanitaria³ come un procedimento bifasico, modellato sulla falsa

¹ Lo scritto ripropone, con l'aggiunta di poche essenziali indicazioni bibliografiche, il contenuto e la struttura propri del laboratorio, incluse le modalità del suo svolgimento; ne rispecchia, dunque, i caratteri, offrendo un taglio molto pratico e casistico, focalizzato sulla individuazione di ipotetiche leve conciliative nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria, individuate tenendo a mente i più recenti indirizzi della giurisprudenza di legittimità.

² Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie.

³ L'ambito di applicazione della condizione di procedibilità è piuttosto controverso: 1) è pacifico che non si applica all'azione civile per danni esercitata nell'ambito di un giudizio penale (M. ADORNO, Il nuovo 'filtro' dell'art. 696 *bis* c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria, in I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria, a cura di A.D. DE SANTIS, Roma,

riga dell'art. 445 *bis* c.p.c., il quale pure impone la previa consulenza nelle controversie (previdenziali) in materia d'invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno d'invalidità⁴, pur distinguendosene sensibilmente⁵.

Non può non sottolinearsi che la scelta del legislatore è certamente sui generis, e lo è doppiamente: perché è volta non ad evitare il giudizio tout court, bensì a decongestionare il contenzioso di cognizione⁶, e perché tenta, in maniera rivelatasi posticcia o comunque non riuscita⁷, di tenere insieme l'accertamento tecni-

2017, 108; G. BUFFONE, Un ruolo centrale per la consulenza tecnica preventiva, in Guida al dir., 2017, 15, 79; M. ZUMPARO, Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria, in Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno, a cura di M. Bove, Torino, 2017, 435); 2) ne sono esonerate le controversie che non riguardano il risarcimento del danno, quali le azioni di regresso volte a porre il risarcimento del danno a carico del medico o della struttura sanitaria responsabili di aver agito nei confronti del paziente con dolo o colpa grave, quali l'azione di rivalsa della struttura sanitaria e l'azione di responsabilità amministrativa (art. 9), l'azione di rivalsa dell'impresa di assicurazione (art. 12, comma 3), l'azione di regresso del Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria (art. 14, comma 2, lett. d)): così M. ADORNO, op.loc.cit.; M. ZULBERTI, La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/2017, in Riv. arbitrato 2018, 113; M. BOVE, Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica. Relazione in occasione dell'Incontro La nuova responsabilità civile e medica: aspetti sostanziali e processuali struttura formazione decentrata – Corte di Cassazione, Roma 9 maggio 2018; 3) non si applica se le parti abbiano optato per l'arbitrato (U. COREA, I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura, in www.judicium.it 2017, § 2. 1); 3) non è pacifico se trovi applicazione solo nel caso di azione risarcitoria originaria con esclusione delle domande riconvenzionali e delle eccezioni: cfr. sul punto si rinvia alle osservazioni di M. ADORNO, Il nuovo 'filtro', ult.loc.cit..

⁴ G. OLIVIERI, Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria (legge 8 marzo 2017, n. 24), in www.judicium.it.

⁵ Cfr. in tal senso condivisibilmente M. BOVE, Il tentativo obbligatorio, cit.; contra F. COSSIGNANI, L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445-*bis* c.p.c., in Riv. dir. proc. 2013, 629 ss..

⁶ C. PERAGO, I moduli processuali tecnico-valutativi in tema di responsabilità medico-sanitaria, in Aa. Vv., in Profili attuali di diritto processuale civile, Gli speciali del Foro italiano, 2021, in corso di pubblicazione; F. CUOMO, ULLOA, voce Consulenza tecnica preventiva, ai fini della composizione della lite, in Dig. disc. priv. Sez. civ., agg. 2007, Torino, 273 ss., spec. 276; A. PANZAROLA, Art. 696 *bis*, in Commentario alle riforme del processo civile, a cura di A. BRIGUGLIO e B. CAPPONI, Padova, 2017, 253 ss.; A. A. ROMANO, Il nuovo art. 696 *bis* tra mediation ed anticipazione della prova, in Corr. giur. 2006, 409; G. RATTI, Sulle condizioni di procedibilità dell'azione risarcitoria per responsabilità sanitaria, in Riv. proc.civ., 2020, 1, 219..

⁷ V. ANANELLI, Funzionamento della consulenza tecnica preventiva nelle controversie in materia medico-sanitaria, in Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo), coordinato da C. Consolo, Torino, 2018, 70.

co preventivo con funzione conciliativa, che comunque è un procedimento giudiziario seppure non cognitivo, con il tentativo di mediazione, il quale è tutt'altro che equivalente, possedendo tutti i caratteri della giustizia privata⁸. Considerato che l'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria sostanzialmente coincide con quello della consulenza tecnica preventiva, sebbene l'art. 8, comma 1, l. 24/17 preveda l'obbligo del previo espletamento della consulenza tecnica preventiva «per le azioni relative alle controversie di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria», mentre l'art. 5, comma 1 *bis*, D.lgs. 28/10, individua le controversie di «risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria»⁹, muoversi in direzione dell'ATP conciliativa o della media conciliazione è il risultato di una scelta legata a valutazioni strategiche¹⁰.

Ovviamente non è il caso di esprimere giudizi in ordine al se la scelta normativa sia la migliore tra quelle possibili – in particolare, per quanto riguarda l'utilità di seguire un percorso alternativo a quello della sentenza per dirimere una controversia risarcitoria in materia sanitaria – perché parrebbe eccentrico manifestare riserve di tale contenuto in un contesto, in primo luogo, volto a promuovere la soluzione stragiudiziale dei conflitti, ma, soprattutto, a spiccata impronta applicativa quale quello all'interno del quale si colloca questo laboratorio – è sufficiente registrare, allo scopo di ribadirlo: a) che la volontà del legislatore in materia di controversie risarcitorie per responsabilità sanitaria è stata quella di alleggerire, nei termini che verranno più specificamente esaminati, il contenzioso giudiziario; b) che ciò è avvenuto per perseguire una duplice finalità: i) quella che caratterizza ed accomuna i più recenti interventi di deflazione del processo, troppo noti per essere richiamati; ii) quella di arginare il ricorso alla medicina difensiva. Va ricordato che la legge Gelli – Bianco come già l'intervento normativo precedente (legge Balduzzi) sono stati giustificati proprio in chiave di reazione a quella che era parsa una stagione di accanimento giudiziario: stagione succedutasi alla precedente in cui si lamentava il fatto che il medico godesse di immunità. Che l'arrocco nella medicina difensiva sia stata una conseguenza del moltiplicarsi del contenzioso in materia sanitaria e che davvero il dilagare delle controversie giudiziali sanitarie possa considerarsi indice di un accanimento nei confronti degli esercenti la professione sanitaria, in verità, non è mai stato dimostrato ed è

⁸ G. RAITI, Sulle condizioni di procedibilità, cit., 219.

⁹ D. DALFINO, Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova, in *Questione giustizia* 2018, §13.

¹⁰ O. DESIATO, L'assolvimento della condizione di procedibilità della domanda nelle azioni di responsabilità medica e sanitaria (...un'alternatività tutta da verificare), in Aa. Vv., I moduli processuali tecnico-valutativi in tema di responsabilità medico-sanitaria, cit.

anzi frequentemente contestato, vero è che la legge Gelli Bianco è animata da un approccio di dichiarato contrasto alla medicina difensiva¹¹.

2. Ventaglio delle questioni da trattare. Fatta questa breve deviazione, è opportuno tornare alle questioni più specificamente oggetto di questo laboratorio, puntualizzando che verranno affrontate con un ragionamento connotato da propositività temperata: temperata dalla consapevolezza che non sempre sono ravvisabili leve conciliative che consentano di evitare il ricorso alla sentenza e, prima ancora, che sono oscuri i criteri per orientarsi a favore dell'ATP conciliativa o della media-conciliazione, anche perché essi risentono – questo sì che è un profilo che va toccato – come anticipato, del tenore letterale dell'art. 8, il quale non rappresenta un esempio di buona tecnica normativa¹²: perché è ambiguo circa i rapporti tra ATP conciliativa e media – conciliazione^{13 14} e, già a monte, circa il momento in cui il ricorrente ha tra le sue prerogative quella di scegliere tra due alternative e quello oltrepassato il quale consuma tale facoltà ottativa¹⁵.

¹¹ C. GRANELLI, La medicina difensiva, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, a cura di G. IUDICA, Milano, 2019, 117 ss..

¹² G. RAITI, *Sulle condizioni di procedibilità*, cit., 219.

¹³ V. AMIRANTE, *Le condizioni di procedibilità ex art. 8 della legge 24/2017 nella prospettiva del Tribunale di Roma*, in www.judicium.it.

¹⁴ *Sulle ambiguità dell'art. 8 della l. n. 24/2017 cfr. M. BOVE, Il tentativo obbligatorio di conciliazione*, cit.

¹⁵ Proprio in relazione di ciò una parte della dottrina relega il ricorso alla mediazione nella sola fase che precede il giudizio di merito, mentre dubita che ad essa possa farsi rinvio nel momento in cui, ai sensi dell'ultimo periodo del richiamato comma 2, nella prima udienza del giudizio di merito non risulti avverata la condizione di procedibilità e il giudice fissi termine, appunto, «per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva»: M. ZUMPARO, *Profili processuali*, cit., 484; M. RAGNI, *La nuova condizione di procedibilità ex art. 696-bis c.p.c. delle controversie di responsabilità medico-sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 276.

Si consideri anche la posizione di chi ritiene che l'apertura verso la mediazione richiederebbe un'attenta valutazione rimessa al giudicante, «con una sorta di “leave to”, da concedersi una volta verificata la compatibilità della lite con una conciliazione atecnica e l'idoneità dell'organismo selezionato: C. CONSOLO, *Profili procedurali delle controversie in materia di responsabilità medico-sanitaria (Art. 8 Legge Gelli)*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, a cura di G. IUDICA, Milano, 2019 373.

Ha suscitato critiche in dottrina la decisione del Tribunale di Ascoli Piceno, 18 aprile 2017: il giudice, rinviando le parti ad un nuovo tentativo di mediazione resosi necessario per l'intervenuta proposizione di domanda riconvenzionale, «invitava» il mediatore a nominare «un professionista iscritto all'Albo dei C.T.U. del Tribunale, con spese di pagamento del CTU già poste in via solidale a carico di entrambe le parti» formulando dettagliatamente i quesiti che il mediatore medesimo dovesse porgli.

Merita di essere osservato, peraltro, che se da parte del giudice vi fosse, come a taluno è parso, sempre l'obbligo di disporre l'ATP conciliativa, ove in tal senso si orienti la scelta della parte danneggiata, anche quando il ricorso all'*expertise* del perito non sia necessaria in relazione al contenuto specifico della domanda risarcitoria, intendendo il giudice spogliato della facoltà di valutare se sussistano i presupposti per accogliere il ricorso di ATP conciliativa – giacché il legislatore ha presunto senza possibilità di prova contraria che ogni domanda risarcitoria che trovi origine in una responsabilità sanitaria implichi il ricorso alla consulenza tecnica – il rischio sarebbe quello di uno spreco di attività¹⁶ (cfr. *infra*).

Né il rischio ventilato è del tutto superabile considerando il fatto che l'art. 8 prevede anche l'alternativo percorso della mediazione. I lavori parlamentari dimostrano che l'inserimento della media-conciliazione è avvenuto tardivamente, solo nell'ultima versione del testo approvata dal Senato, perché il dibattito parlamentare precedente risultava contrassegnato dal pacifico convincimento che fosse opportuno sopprimere esplicitamente la materia della responsabilità medica e sanitaria dal novero delle controversie per le quali valesse l'obbligo del tentativo pregiudiziale di mediazione¹⁷. Ciò spiegherebbe, ma ovviamente non giustificerebbe, il mancato coordinamento delle disposizioni di cui si compone la norma. E, comunque, non può negarsi che la costruzione dell'art. 8 risenta dell'iniziale impostazione, perché esso è interamente incentrato sulla disciplina dell'ATP conciliativa e sulle conseguenze che ne derivano in ordine alla eventuale prosecuzione del giudizio ove l'ATP non sfoci in una soluzione conciliativa. La norma non disciplina i rapporti tra processo e media-conciliazione, ma solo i rapporti tra processo e consulenza tecnica preventiva¹⁸. Nell'ordine naturale delle

Al giudice è stato rimproverato di avere dimenticato il fatto che l'«ausiliario del giudice» è tenuto a prestare le sue funzioni nell'ambito del processo di tutela giurisdizionale, non essendo concepibile una triangolazione che sottragga al controllo diretto dell'autorità giurisdizionale quanto accada su sua disposizione (ed a suo pur eventuale, futuro) ausilio, in altra sede procedimentale e di aver dato luogo ad un inedito rapporto col mediatore, che anziché essere ispirato alla canonica reciproca estraneità funzionale fra i due organi, si è convertito nell'ambigua (e non regolamentata) sottoposizione del mediatore ai desiderata dell'organo giudiziario «plasticamente espressa dalla formula dell'«invito» a disporre ciò che il giudice richiede, nella (non casuale) assenza di alcuna sanzione positivamente data per il caso di inottemperanza all'«invito»».

¹⁶ C. CONSOLO, *Profili procedurali e processuali*, cit. 372 ss.

¹⁷ Per conoscere nel dettaglio l'evolversi dei lavori parlamentari cfr. G. RATTI, *Sulle condizioni di procedibilità*, cit., che ad essi dedicati l'intero § 2. del suo saggio

¹⁸ Parla di tolleranza nei confronti della media-conciliazione D. LONGO, *La consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi in materia di responsabilità medica e sanitaria*, in *Riv.dir.proc.civ.*, 2019, 6, 1471.

cose pensato dal legislatore sta che il paziente danneggiato innanzitutto presenti ricorso ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c., quindi, tenti un percorso che, sulla base dell'esito della perizia, conduca al superamento della lite per mezzo della fissazione autonoma della regola di condotta del rapporto, insomma pervenga ad un accordo per mezzo del quale si eviti il processo¹⁹. Egli potrebbe anche battere la strada della media-conciliazione, ma non è indubbio che questa via non sia quella preferita dal legislatore.

Le osservazioni che possono farsi in merito alla scelta normativa sono che: a) sussiste una presunzione semplice di opportunità del ricorso a strumenti conciliativi, avendo il legislatore già svolto, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, una prognosi favorevole quanto alla loro efficacia nelle controversie di responsabilità sanitaria; b) a prescindere dalla tecnica normativa utilizzata, la formulazione attuale, per quanto disomogenea e disequilibrata a favore dell'ATP conciliativa, mette la parte istante dinanzi ad un'alternativa tendenzialmente equivalente sotto il profilo del soddisfacimento della condizione di procedibilità della domanda; c) tra le condizioni di procedibilità della domanda risarcitoria non è prevista – di più: è espressamente esclusa – la negoziazione assistita

3. Il tentativo di conciliazione stragiudiziale: pro e contro. Tanto fin qui premesso, la questione che ci occupa non verrà affrontata esclusivamente sotto il profilo del soddisfacimento della condizione di procedibilità della domanda risarcitoria, giacché è pacifico che le parti possono comunque scegliere una conciliazione libera non finalizzata al processo, fermo restando che nell'ipotesi di insuccesso di tale percorso stragiudiziale, ove la parte asseritamente danneggiata perseveri nella volontà di ottenere la condanna risarcitoria, questa volta in via giudiziale, si troverà di fronte all'art. 8 della legge Gelli Bianco e dovrà esercitare un'opzione tra ATP conciliativa e mediazione al fine di soddisfare la condizione di procedibilità dell'azione²⁰.

Il che impone di interrogarsi – al fine di soddisfare il compito assegnato – in ordine al se vi siano dei vantaggi, derivanti dalla scelta delle parti che si sono mosse inizialmente in sede stragiudiziale, che possano essere conservati ove la conciliazione stragiudiziale non dia gli esiti sperati.

Il riferimento è all'eventuale svolgimento in sede stragiudiziale di una consulenza che non abbia favorito l'accordo, ma i cui esiti abbiano sciolto le riserve della parte che si assume danneggiata, inducendola a muoversi in direzione della tutela giudiziaria risarcitoria dei suoi diritti lesi.

¹⁹ M. BOVE, Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica, cit.

²⁰ M. BOVE, Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica, cit.

A tal fine si considerino due ipotesi: i) la consulenza svolta in sede conciliativa è stata sfavorevole alla parte asseritamente danneggiata; ii) la consulenza le è stata favorevole.

In tale ultima ipotesi, ove la parte danneggiata volesse comunque promuovere un'azione risarcitoria, le converrebbe ricorrere all'ATP conciliativa, confidando in un esito diverso della consulenza. Scegliere la via della mediazione obbligatoria non le sarebbe di alcuna utilità, non avendo dalla sua alcuna leva conciliativa in cui confidare per un esito positivo della mediazione, salvo quello derivante dal fatto che l'esito infruttuoso della mediazione le consentirebbe di introdurre un giudizio a cognizione piena. Questione questa sulla quale si tornerà.

Aver ottenuto una consulenza favorevole potrebbe rappresentare una ragione per optare, al fine di soddisfare la condizione di procedibilità dell'azione, per la media-conciliazione, avendo nel suo carnet una leva conciliativa da spendere nel tentativo di mediazione, che le consentirebbe, peraltro, ove il tentativo di mediazione non riesca, di valutare con maggiore ponderazione la scelta del rito – sommario od ordinario – cui sottoporre l'eventuale successivo giudizio.

A monte di questo ragionamento e dei suoi esiti vi è una constatazione: l'inutilizzabilità nel processo della consulenza svoltasi nel corso della mediazione stragiudiziale, almeno alla stregua di una consulenza.

Va ricordato che il mediatore ha la possibilità di ricorrere – se in tal senso si orienti la concorde volontà delle parti, alle quali è rimessa anche non solo la indicazione delle caratteristiche dell'esperto da designare, scegliendolo tra gli iscritti negli albi dei Tribunali, ma anche la formulazione del quesito da sottoporre al medesimo tramite i rispettivi legali – ad una perizia/consulenza tecnica, allo scopo di evitare che la composizione della controversia non vada in porto per un contrasto tra le parti su questioni di ordine tecnico.

Il problema nasce dal fatto, però, che la natura di ADR privata, ispirata al comportamento collaborativo fra le parti, fa della mediazione una sede nella quale si è voluta assicurare la più assoluta riservatezza rispetto a tutto quanto vi accada, onde evitare che la trasmigrazione del conflitto dalla sede collaborativo-consensualistica della media-conciliazione a quello contenzioso e conflittuale del processo inibisca le parti in ordine alla esposizione delle posizioni personali e delle condizioni di accettazione di un ipotetico accordo (si vedano gli art. 9-10 D.lgs. n. 28/2010).

Poche pronunce di merito hanno, però, ritenuto che la relazione redatta dal consulente tecnico nel corso del procedimento di mediazione stragiudiziale, chiusosi senza accordo, possa essere prodotta da una delle parti nel successivo

giudizio di merito. Per il Tribunale di Roma²¹, «la relazione ... può essere prodotta ... senza violare le regole sulla riservatezza, in virtù di un equilibrato contemporaneo fra la ... esigenza di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono nel corso ed all'interno di tale procedimento. Ne consegue che il Giudice potrà utilizzare tale relazione come prova atipica valutabile secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze e rilievi delle parti più che per fondare la sentenza per trarne argomenti ed elementi utili di formazione del suo giudizio», in considerazione del fatto che «nessuna norma del decreto legislativo n. 28/2010 fa divieto dell'utilizzo nella causa della relazione dell'esperto, fermo restando il generale obbligo di riservatezza».

Il Tribunale di Parma²² si è spinto oltre, ritenendo utilizzabile come prova atipica la relazione del consulente incaricato delle perizia dall'organismo di mediazione, anche in contumacia di una delle parti, valorizzando il fatto che il perito era stato incaricato da un soggetto terzo, imparziale, estraneo alla lite quale il mediatore

Secondo il Tribunale di Roma²³ «la mediazione può essere validamente svolta anche senza la presenza della parte convocata» ed in merito alla «utilizzabilità della perizia svolta in mediazione» precisa «la possibilità che la relazione, ove l'accordo in mediazione non sia stato raggiunto, possa essere validamente prodotta nella causa da una delle parti, è ammessa sia nel caso in cui le parti abbiano preventivamente, all'atto della richiesta al mediatore di una nomina di un esperto, acconsentito a tale utilizzo (che sarà in questo caso *tout court*), e sia in caso di silenzio delle parti su questo punto, ma alle condizioni, per gli effetti e con i limiti che la giurisprudenza ha elaborato al riguardo». Il Giudice prosegue specificando che «non vi sono valide ragioni per escludere la possibilità che anche in assenza (per mancanza di adesione e partecipazione) della parte convocata, possa essere disposta una consulenza da parte del mediatore richiestone dal solo istante presente», poiché «la mancata presenza della parte convocata non può di per sè costituire impedimento all'espletamento di un'attività espressamente prevista come fattibile in mediazione» (quando la parte convenuta è stata regolarmente convocata ed il contraddittorio garantito).

Anche in questa occasione il giudice attribuisce rilievo alla differenza tra consulenza di parte e consulenza affidata dal mediatore ad un professionista iscritto nell'albo dei CTU del tribunale, e sebbene la consulenza sia stata affidata nella

²¹ Cfr. Trib. Roma, 17 marzo 2014.

²² Cfr. Trib. Parma, 13 marzo 2015.

²³ Cfr. Trib. Roma, 9 aprile 2015.

contumacia di una delle parti, la consulenza viene considerata una leva conciliativa, perché può essere utilizzata per riattivare il dialogo con la parte assente, allo scopo di verificare se il nuovo scenario possa facilitare un accordo.

Il Tribunale di Roma²⁴, propone alle parti di svolgere una mediazione volontaria, suggerendo di richiedere, in quella sede, una consulenza tecnica, perché «anche nel caso di mancato accordo, la consulenza in mediazione ed in particolare la relazione dell'esperto elaborata e depositata in quel procedimento non è un atto privo di utilità successive, potendo essere prodotto ed utilizzato nella causa che segue alle condizioni, nei limiti e per gli effetti che la giurisprudenza ha elaborato».

Questa parentesi sull'utilizzabilità in giudizio della consulenza espletata in sede di tentativo di composizione stragiudiziale della controversia deve fare i conti, poi, come anticipato, con l'art. 8 della legge Gelli Bianco e in particolare con la funzione e con le condizioni per l'ATP conciliativa, le quali inducono ad escludere che la consulenza espletata in sede stragiudiziale possa essere utilizzata nelle controversie sanitarie – la giurisprudenza richiamata riguarda, infatti, controversie di altra natura; in aggiunta deve misurarsi con la tipicità dei procedimenti di acquisizione delle prove²⁵.

²⁴ Cfr. Trib. Roma, 16 luglio 2015.

²⁵ Sul punto è sufficiente richiamare la recente decisione Cass. 30 settembre 2021, n. 265939. La questione affrontata riguardava l'acquisizione da parte della Corte territoriale, in sede di decisione, come elemento di valutazione, i "contenuti" di un'altra sentenza pronunciata pochi mesi prima (avente ad oggetto, asserita mente, "la tematica, derivante dal medesimo contratto", oggetto di causa, e ne ha tratto argomenti di prova "in considerazione della sostanziale identità e sovrapponibilità delle controversie". Per la Corte regolatrice «simile condotta si pone – all'evidenza – in contrasto con il disposto dell'art. 115 c.p.c., a mente del quale, "salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita". Il che significa che il potere del giudice di ordinare ex officio l'acquisizione di prove al giudizio – comportando una deroga al principio dispositivo in senso processuale (o di disponibilità delle prove), giacché introduce nel processo civile prove non fornite dalle parti – non ha affatto carattere generale e discrezionale, ma deve essere inteso in senso rigoroso e ricorre soltanto – come sottolinea l'esordio della norma – nei casi espressamente previsti dal codice di rito civile o da altre fonti normative (come ad esempio nei casi previsti, rispetto a giudizi di impugnazione, dall'art. 437 c.p.c., comma 2, per l'appello nelle controversie in materia di lavoro o dalla L. Fall., art. 18, comma 10, per il giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento). Nessuna norma nel caso di specie legittimava il collegio dell'impugnazione ad acquisire agli atti del giudizio la propria precedente decisione (per di più in camera di consiglio, introducendo così nel materiale istruttorio fatti non vagliati né controllati dalle parti), dato che il principio secondo cui la conoscenza dei propri precedenti costituisce un dovere istituzionale della Corte di Cassazione, nell'adempimento della funzione nomofilattica di cui all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (Cass., S.U., n. 26482/2007), non si applica alla Corte d'appello.

Ciò spiega la ragione per la quale si è rivelato opportuno anticipare che l'esito favorevole di una consulenza espletata in sede di tentativo stragiudiziale di composizione della lite può costituire una leva conciliativa da utilizzare per avviare il tentativo di mediazione e che quanto detto circa l'utilizzabilità in giudizio della CTU possa semmai produrre ulteriori effetti nel giudizio di merito che si svolgerà, ove anche il tentativo di mediazione obbligatorio, fallisca.

La parte asseritamente danneggiata che opti per la mediazione stragiudiziale deve avere, dunque, una duplice consapevolezza: a) che difficilmente una controversia sanitaria non ha *bisogno* di passare attraverso il vaglio di una perizia medico-legale; b) che la perizia medico-legale favorevole ha una ridotta utilizzabilità nell'eventuale giudizio di responsabilità.

Allora, può concludersi questa prima parte del ragionamento con la seguente osservazione: il ricorso alla mediazione stragiudiziale presenta maggiori chance conciliative ove la questione dibattuta non implichi l'accertamento di problemi tecnici, cioè in quelle controversie in cui sia stato accertato l'*an debeatur* e si controverta del *quantum*.

Ad esempio:

i) è stata già accertata la responsabilità sanitaria e non vi è scontro tra le parti in ordine alla percentuale di invalidità, ma solo sui criteri da adottare per liquidare il danno; le parti hanno raggiunto un accordo sulla liquidazione del danno non patrimoniale e siano contrasto quanto al diritto alla eventuale personalizzazione del danno²⁶;

Una simile legittimazione non può neppure essere trovata nel principio, più volte affermato da questa Corte, secondo cui il giudice civile, in mancanza di uno specifico divieto, può liberamente utilizzare le prove, anche atipiche, raccolte in un diverso giudizio tra le stesse o tra altre parti, ivi compresa la sentenza adottata da un diverso giudice, e trarre da esse, senza esserne vincolato, elementi di giudizio, purché fornisca un'adeguata motivazione del loro utilizzo, procedendo a una diretta e autonoma valutazione delle stesse e dando conto di avere esaminato le censure proposte dalle parti (si vedano in questo senso, ex multis, Cass. n. 20719/2018, Cass. 25067/2018). Questo principio, infatti, involge l'ammissibilità all'interno del processo civile di simili prove, ma non la disponibilità delle stesse, che, "salvi i casi previsti dalla legge", devono comunque essere introdotte nel giudizio ad iniziativa di parte e nel rispetto delle regole generali sull'acquisizione del materiale istruttori.

²⁶ Cfr. Cass. 10 novembre 2020, n. 25164, quanto alla personalizzazione del danno non patrimoniale e all'autonomia del danno morale, secondo cui la "personalizzazione" del risarcimento del danno alla salute consiste in una variazione in aumento (ovvero, in astratta ipotesi, anche in diminuzione) del valore standard del risarcimento, per tenere conto delle specificità del caso concreto; la L. n. 124 del 2017 – che ha modificato gli artt. 138 e 139 Codice delle assicurazioni private – discorre espressamente di incidenza rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali. Questi ultimi devono consistere, secondo il più recente insegnamento di questo giudice di legittimità, in circostanze

ii) si controverte solo della prescrizione del credito risarcitorio: è stata accertata la responsabilità sanitaria in ordine alla morte di un soggetto e si controverte del diritto dei congiunti della vittima ad ottenere il risarcimento del danno, oltre che *iure hereditatis*, *iure proprio*²⁷;

iii) si dibatte della prescrizione del credito risarcitorio per danni derivanti da trasfusione di sangue infetto²⁸.

eccezionali e specifiche, sicchè non può essere accordata alcuna variazione in aumento del risarcimento standard previsto dalle “tabelle” per tenere conto di pregiudizi che qualunque vittima che abbia patito le medesime lesioni deve sopportare, secondo l’*id quod plerumque accidit*, trattandosi di conseguenze già considerate nella liquidazione tabellare del danno (cfr. Cass. n. 7513/2018, Cass. n. 10912/2018, Cass. n. 23469/2018, Cass. n. 27482/2018 e, da ultimo, Cass. n. 28988/2019) trova definitiva conferma normativa, come già da tempo affermato da questa Corte, il principio della autonomia del danno morale rispetto al danno biologico, atteso che il sintagma “danno morale” 1) non è suscettibile di accertamento medico-legale; 2) si sostanzia nella rappresentazione di uno stato d’animo di sofferenza interiore, che prescinde del tutto (pur potendole influenzare) dalle vicende dinamico-relazionali della vita del danneggiato.

²⁷ Cass. 26 luglio 2021, n. 21404, in tema di responsabilità extracontrattuale per perdita del rapporto parentale. La responsabilità della struttura sanitaria per i danni da perdita del rapporto parentale, invocati “*iure proprio*” dai congiunti di un paziente deceduto, è qualificabile come extracontrattuale, dal momento che, da un lato, il rapporto contrattuale intercorre unicamente col paziente, e dall’altro i parenti non rientrano nella categoria dei “terzi protetti dal contratto”, potendo postularsi l’efficacia protettiva verso terzi del contratto concluso tra il nosocomio ed il paziente esclusivamente ove l’interesse, del quale tali terzi siano portatori, risulti anch’esso strettamente connesso a quello già regolato sul piano della programmazione negoziale.

²⁸ Per Cass. 7 maggio 2021, n. 12182, la manifestazione dell’intenzione di ottenere comunque il risarcimento del danno, contenuta nella richiesta di informazioni circa la proposta domanda di indennizzo previsto dalla legge, costituisce atto di interruzione della prescrizione, in quanto idoneo a costituire in mora il debitore della prestazione risarcitoria; cfr. anche Cass. 28 giugno 2019, n. 17421, secondo cui il termine inizia a prescriversi dal momento in cui il danneggiato, con la diligenza esigibile non da lui, ma dall’uomo medio, possa avvedersi sia di essere malato, sia che la causa della malattia fu la condotta illecita di un terzo, nel rispetto di tre regole: a) quando la persona contagiata da emotrasfusione presenti la domanda amministrativa di concessione dell’indennizzo previsto dalla L. 25 febbraio 1992, n. 210, dimostra per ciò solo di essere consapevole sia della sua malattia, sia della causa di essa; b) una volta dimostrata dalla vittima la data di presentazione della domanda amministrativa di concessione dell’indennizzo ex lege n. 210 del 1992, è ribaltato sulla parte che si oppone alla domanda di risarcimento l’onere di provare che il danneggiato avesse acquisito la consapevolezza dell’esistenza del contagio, e della sua derivazione causale dalla trasfusione, già prima dell’inoltro della suddetta domanda”, prova che “potrà essere fornita con ogni mezzo, ivi comprese le presunzioni semplici, alle condizioni e nei limiti stabiliti dagli artt. 2727 e 2729 c.c.; c) la prova presuntiva della previa conoscenza o conoscibilità, in capo alla vittima, della malattia e delle sue cause, non può mai ridursi ad una mera congettura od illazione. La prova presuntiva, infatti, è una deduzione logica; si deve fondare su fatti certi; si deve dedurre da questi sulla base di massime d’esperienza o dell’*id quod plerumque accidit*.

4. La scelta tra ATP conciliativa e media-conciliazione: l'art. 8 della legge Gelli-Bianco e le questioni controverse. La scelta della conciliazione stragiudiziale non è condizionata in alcun modo, né sotto il profilo soggettivo né sotto quello oggettivo. Sia l'asserito danneggiato sia l'asserito danneggiante possono avere interesse ad una composizione stragiudiziale della lite e non vi sono limitazioni neppure sotto il profilo oggettivo, perché le controversie possono derivare non solo dalla ricorrenza di una responsabilità sanitaria, ma anche dall'esercizio di azioni di regresso o di rivalsa, rispettivamente esercitabili dalla struttura sanitaria verso l'esercente la professione sanitaria e dall'assicurazione verso il proprio assicurato.

Pur dando atto dello spettro assai ampio di possibilità di ricorso alla composizione stragiudiziale della controversia, ci si soffermerà solo su quelle controversie cui si confà l'applicazione dell'art. 8 della l. Gelli – Bianco: azioni risarcitorie derivanti da responsabilità sanitaria.

È arrivato il momento di affrontare la seconda parte di cui idealmente si compone questo intervento: vantaggi e svantaggi che derivano dalla scelta dell'ATP conciliativa in luogo della mediazione obbligatoria.

Occorre muovere dalla premessa che le modalità attraverso la quale può realizzarsi la finalità conciliativa comune ad entrambi gli strumenti sono diverse. La mediazione si caratterizza per un intervento tipicamente facilitativo del mediatore il quale favorisce l'elaborazione di una soluzione condivisa da parte dei soggetti coinvolti e ciò anche quando tale agevolazione si realizzi con la formulazione di proposte di soluzione, peraltro non vincolanti per le parti. La consulenza preventiva è invece uno strumento propriamente valutativo che si fonda sull'esame del perito, sulla autorevolezza di quest'ultimo e soprattutto sulla efficacia istruttoria che (in caso di mancata conciliazione) la sua relazione tecnica potrà spiegare nel successivo giudizio. Pur potendo far leva sulle capacità comunicative e negoziali dell'esperto, la ricerca dell'accordo è affidata essenzialmente ad un meccanismo prognostico, grazie al quale le parti possono conoscere anticipatamente il risultato dell'esame tecnico, formulare sulla base di queste previsioni sull'esito della causa e stimare, quindi, in modo più consapevole l'opportunità e la convenienza di una soluzione conciliativa. La funzione anfibia della consulenza tecnica preventiva, probatoria e conciliativa, ha indotto la dottrina a definire il consulente tecnico preventivo come un dottor Jekyll, dalla doppia anima, quella di un *peritus iudex* (o *peritus arbiter*), da una parte, e quella del moderno conciliatore, dall'altra²⁹.

²⁹ Cfr., in tal senso, C. PERAGO, I moduli processuali tecnico-valutativi, ult.loc.cit. O. DESIATO, L'assolvimento della condizione di procedibilità, ult.loc.cit. Sulle difficoltà riscontrate dai medici legali alle prese con il tentativo di conciliazione cfr. E. Padoja, Le problematiche dell'ATP Conciliativa ex art.

Assai interessante circa il ruolo conciliativo del consulente tecnico è risultata la recente decisione del Tribunale di Verona, 8 agosto 2021, il quale ha respinto la domanda di liquidazione del compenso per l'attività espletata nel procedimento di ATP, ritenendo che l'accoglimento della stessa fosse subordinato alla verifica dell'avvenuto assolvimento di tutte le attività ricomprese nell'incarico loro affidato. Rilevava, quindi, che i due CTU non avevano espletato il tentativo di conciliazione, che costituiva la parte più qualificante del procedimento di accertamento tecnico preventivo obbligatorio disciplinato dagli artt. 8 e 15 della l. 24/2017; infatti, nella loro relazione avevano riferito che "in osservanza di quanto stabilito dal Giudice e con esplicito riferimento all'art. 696 *bis* c.p.c. si informa che non è avvenuto tentativo di conciliazione tra Parte ricorrente e Parti resistenti, in quanto queste ultime non hanno aderito all'invito di conciliare". Il Giudice concludeva che i ctu si erano limitati ad invitare le parti a conciliare evitando così di fatto di assolvere ad una parte, per nulla secondaria, del loro incarico che invece implicava necessariamente non tanto che essi espletassero, in prima persona, un tentativo di conciliazione, anche qualora non ne avessero ravvisato i presupposti, ma che almeno procedessero a tale valutazione di segno negativo e ne riferissero nella loro relazione al fine di fornire al giudice della eventuale fase di merito, elementi utili ad una sua autonoma valutazione sul punto. Negava loro quindi il compenso per l'attività conciliativa omessa.

Proprio per rispettare l'impegno preso di muoversi entro una cornice di tipo propositivo e pratico non verranno affrontate le peculiarità e l'anfibologia dello strumento dell'ATP conciliativa, voluto come strumento istruttorio ma in funzione conciliativo-deflattiva, ed emancipato dal requisito dell'urgenza, cioè dai requisiti del *fumus* e del *periculum*³⁰.

Sarà sufficiente segnalare l'essenziale e cioè che le parti di una controversia, avendo la possibilità di conoscere preventivamente l'esito della questione circa l'esistenza e la quantificazione del credito, potrebbero essere incentivate a trovare una soluzione condivisa, evitando la causa di merito, il cui esito sarebbe incerto. La deflazione del contenzioso, dunque, mira a procurare una conciliazione delle parti in conflitto tra loro attraverso una soluzione concordata per mezzo di una transazione, di una rinuncia unilaterale a portare avanti le proprie ragioni nel successivo giudizio di merito, ovvero attraverso il riconoscimento integrale e spontaneo del proprio obbligo risarcitorio³¹.

696-*bis* c.p.c. viste dal CTU medico legale, in Ri.da.re.it.

³⁰ Vi si diffonde C. PERAGO, I moduli processuali tecnico-valutativi, ult.loc.cit.

³¹ Così C. PERAGO, I moduli processuali tecnico-valutativi, ult.loc.cit.

L'ATP conciliativa si chiede con ricorso che dovrà indicare, oltre al nominativo della parte nei cui confronti si intende proporre l'accertamento, anche il contenuto della proponenda domanda di merito, al fine di individuare il giudice competente e per determinare l'ambito della consulenza tecnica preventiva e del correlato tentativo di conciliazione.

Successivamente alla regolare instaurazione del contraddittorio, si pone la questione dei poteri del giudice.

Nonostante il discordo parere di una parte della dottrina – la questione è stata oggetto di discussione nel corso del laboratorio – deve ritenersi che al giudice spetti decidere se dar luogo o meno alla consulenza preventiva. L'istanza potrà essere rigettata nel caso in cui le domande di merito risultino palesemente inammissibili ovvero manifestamente infondate e nel caso in cui l'esperimento della consulenza implichi un dispendio di costi e di tempo non utile alla soluzione conciliativa della controversia o del giudizio di merito successivo³².

³² Si riportano alcune argomentazioni del Trib. Roma, 29 dicembre 2020: «Al riguardo va ribadito, in ordine alle consulenze tecniche preventive di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., che compito del consulente tecnico è solo quello di percepire, verificare, descrivere e talora valutare da un punto di vista 'economico' i fatti controversi tra le parti, essendo rimesso al giudice decidere questioni di diritto e stabilire la rilevanza giuridica di tali fatti e dichiarare se essi integrino la fattispecie di un diritto soggettivo; quindi non si può dar corso alla richiesta di una tale consulenza, nel caso in cui vi siano appunto fra le parti questioni non meramente tecniche.

In tal senso, pur non ignorando altro orientamento, la giurisprudenza, condivisa dall'Ufficio, è venuta affermando l'inammissibilità del ricorso ex art. 696 *bis* c.p.c. quando la decisione della causa di merito implichi la soluzione di questioni giuridiche complesse o l'accertamento di fatti che esulino dall'ambito delle indagini di mera natura tecnica, come p.es. nel caso della compatibilità della domanda prospettata con i vizi lamentati (cfr. Trib. Pavia, 14 luglio 2008; Trib. Milano, 23 gennaio 2007: «Il ricorso a norma dell'art. 696 *bis* c.p.c. presuppone che la controversia fra le parti abbia come unico punto di dissenso ciò che, in sede di giudizio di merito, costituirà oggetto di consulenza tecnica, acquisita la quale appare assai probabile che esse si concilieranno, non residuando -con valutazione da compiersi in concreto ex ante- altre questioni controverse. Solo in tal modo è possibile scongiurare l'instaurazione di procedimenti ante causam volti ad ottenere consulenze tecniche esplorative, non precedute – come accadrebbe invece nel giudizio di merito – dalla positiva valutazione del giudice circa la necessità dell'indagine peritale ai fini della decisione»).

Dunque, quand'anche per mera ipotesi si pervenisse all'accertamento dei vizi lamentati, asseritamente incidenti sulla 'consistenza e sul corretto funzionamento dell'imbarcazione, è di tutta evidenza che il mero dato tecnico non consentirebbe di ritenere risolvibile la controversia, in quanto si tratterebbe comunque di procedere all'accertamento dei presupposti legittimanti l'accoglimento della (genericamente) prospettata domanda di merito, anche a voler prescindere dalla questione della competenza del Tribunale ordinario rispetto a quello sulle misure di prevenzione.

Del resto è intuitivo che al Ctù non potrebbe certo essere devoluta la competenza per risolvere anche le questioni giuridiche, in fatto e in diritto, sottese ad una eventuale composizione della lite. Inoltre una definizione più larga del recinto delle condizioni di accesso alla consulenza tecnica

Deve ammettersi, invece, l'ATP anche nel caso in cui la questione controversa non sia solo di tipo tecnico, ma la componente tecnica si intersechi con altre questioni di fatto o di diritto, con il solo limite del bando delle CTU meramente esplorative³³.

preventiva non muterebbe il giudizio finale circa la non esperibilità, nella presente sede, della consulenza tecnica preventiva; infatti l'art. 696 *bis* c.p.c. richiede, quantomeno, che l'accertamento sia astrattamente idoneo ad "agevolare la composizione della lite facendo chiarezza su un preciso e delimitato punto di dissenso tra le parti" (cfr. Trib. Bologna, 9 aprile 2010). In questo procedimento, per giustificare l'invocato accertamento tecnico, tale punto di dissenso dovrebbe essere individuato unicamente nel semplice accertamento dell'esistenza dei vizi e delle cause, senza che vi debba essere alcun contrasto fra le parti circa l'an, trattandosi -quest'ultimo- di profilo che involge la risoluzione di questioni prettamente giuridiche, demandate, come tali, al giudice del merito».

Nello stesso senso cfr. Trib. Verona, 14 giugno 2021, in *Ri.da.re.it*, con nota redazionale dal titolo L'ATP non si applica alle controversie in cui si lamenta solo la lesione del diritto all'autodeterminazione. Il ricorso per Atp, ex artt. 696-*bis* c.p.c. e 8 L. 24/2017 era volto a far accertare e quantificare il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione che il ricorrente assumeva di aver subito in relazione all'intervento di neurochirurgia spinale al quale era stato sottoposto presso l'azienda ospedaliera convenuta. Cfr. anche Trib. Treviso, 3 agosto 2021, in *Ri.da.re.it*, secondo cui il ricorso ex art. 696-*bis* c.p.c. è destinato a dirimere l'unica o le uniche questioni tecniche controverse tra le parti, quando tutti gli altri elementi costitutivi della posizione di diritto soggettivo vantata da una parte nei confronti dell'altra siano pacifici.

In dottrina si vedano G. TRISORIO LIUZZI, La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali, in *Giust.proc.civ.*, 2017, 649 ss., il quale in ragione della condizione di procedibilità assegnata all'ATP esclude che il giudice possa rigettare il ricorso ex art. 669 *bis* c.p.c. ove la controversia non richieda la soluzione di questioni tecniche; C. PERAGO, I moduli processuali tecnico-valutativi, *ult.loc.cit.*; L. BALESTRA, Ammissibilità dell'accertamento tecnico preventivo tra teoria e prassi, in *Ri.da.re.it*.

³³ Mette conto richiamare che in astratto alla CTU sono applicabili i seguenti principi: la nomina del CTU rientra nel potere discrezionale del giudice di merito (Cass. 13 ottobre 2015, n. 20496); il giudice può nominare un CTU anche senza alcuna richiesta delle parti (Cass. 21 aprile 2010, n. 9461); la richiesta formulata dalla parte di nomina di un CTU non costituisce una richiesta istruttoria in senso tecnico, ma una mera sollecitazione rivolta al giudice perché questi, avvalendosi dei suoi poteri discrezionali, provveda al riguardo (Cass. 21 aprile 2010, n. 9461); la richiesta di CTU formulata dalla parte non può mai considerarsi tardiva né generica, poiché è sempre il giudice che, avvalendosi dei suoi poteri, delimita l'ambito dell'indagine da affidare al CTU (Cass. 15 aprile 2002, n. 5422); la CTU non può essere utilizzata al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa. alla ricerca di elementi, fatto circostanze non provati (Cass. 15 dicembre 2017, n. 30218); occorre distinguere la CTU deducibile da quella CTU percipiente. La prima è quella meramente valutativa (ovviamente in senso tecnico e non giuridico) di fatti già allegati dalle parti ed accertati; in questo senso l'attività del perito si r. limita a fornire al giudice un proprio parere scientifico e quindi ad offrire uno strumento di lettura dei fatti che, in sua assenza, il giudice non avrebbe. Tale

È vero che, una volta espletata l'ATP ha l'efficacia probatoria di una consulenza tecnica d'ufficio espletata *pendente iudicio* senza il *bisogno* di rinnovazione, ma il giudice è libero di assumere ulteriori prove sul medesimo oggetto della consulenza tecnica preventiva, di convocare il consulente d'ufficio per eventuali chiarimenti o di disporre un supplemento all'indagine o la rinnovazione della stessa, secondo le norme stabilite per la consulenza tecnica d'ufficio in corso di causa, senza limitazioni³⁴: il tentativo è, infatti, collocato in una fase processuale, ma tale fase è preventiva e alternativa rispetto al processo, strumentale allo stesso, eppure autonoma.

L'eventuale contumacia non ostacola l'ammissibilità dell'accertamento tecnico preventivo, altrimenti si rimetterebbe al solo convenuto la possibilità di vanificare l'iniziativa del ricorrente, facendo non solo venir meno gli effetti anticipatori e semplificativi previsti dall'istituto, ma anche la facoltà di procedere nelle forme degli art. 702 *bis* ss. c.p.c.³⁵.

La prima considerazione da fare è la seguente:

la parte danneggiata opterà per l'ATP conciliativa ove sia mossa dall'intento di procurarsi in tempi rapidi il materiale istruttorio da spendere efficacemente nel

tipo di CTU deduce il fatto e quindi è mezzo di indagine e accertamento in quanto valutazione difatti già acclarati. Non è fonte di prova e, quindi, non va incontro alle preclusioni istruttorie. La consulenza, però, può essere anche modo di ricerca e di acquisizione della prova; in essa possono saldarsi gli elementi acquisitivi con quelli valutativi oppure essa può esaurirsi negli elementi di percezione, là dove siano necessari saperi tecnici e specialistici. In questo secondo caso al CTU è conferito l'incarico di accertare fatti non altrimenti accertabili, se non con l'impiego di tecniche o conoscenze particolari e la consulenza cessa di essere strumento di valutazione di fatti già acclarati, assumendo essa stessa il ruolo di mezzo di prova. Ne consegue che la CTU, al pari degli altri mezzi di prove costituendi, è tendenzialmente soggetta alle preclusioni di cui all'art. 268 c.p.c.; a fronte di una richiesta di CTU percipiente si riduce la discrezionalità del giudice che non potrebbe disattendere l'istanza e al tempo stesso rigettare la domanda per difetto di prova (Cass. 30 giugno 2011, n. 14402).

³⁴ Cfr., però, C. CONSOLO, *Profili procedurali*, cit., 377, il quale, pur considerando non preclusa dall'art. 8 al giudice tale possibilità, previo mutamento del rito, la ritiene distonica rispetto all'impegnativo accertamento tecnico epistemico da cui viene fatta dipendere la conciliazione anticipata della lite, sicché si possono esigere specifiche e puntuali motivazioni circa le incertezze carenze dell'elaborato peritale che ne impongono la rinnovazione.

³⁵ O. DESIATO, *L'assolvimento della condizione di procedibilità*, ult.loc.cit.; C. PERAGO, *I moduli processuali tecnico-valutativi*, ult.loc.cit., supporta tale conclusione valorizzando l'inciso «ove possibile» – contenuto nella norma – il quale implica la possibilità che il consulente tenti comunque la conciliazione.

Di contrario avviso, invece, fondato sulla riferibilità della possibilità evocata dalla norma alla ricorrenza di un contrasto risolvibile tra le parti: L. D'ANGELO, *Consulenza tecnica preventiva conciliativa e contumacia*, in *Corr. merito*, 2012, 144 ss.; R. PLENTEDA, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in www.altalex.com.

futuro giudizio sommario. In caso di mancato accordo, la parte danneggiata in caso di esito favorevole dell'istruttoria preventiva avrebbe interesse a far partire il successivo processo su una base, quella appunto fornita dalla CTU ormai espletata, visto il disposto di cui al quinto comma dell'art. 696-*bis* c.p.c., in virtù del quale, se la conciliazione non riesce, «ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito».

Il che avviene quando la questione controversa sia meramente tecnica, ad esempio, si debba accertare:

- a. se il medico si sia o meno attenuto alle linee guida e alla buone pratiche clinico-assistenziale (ad esempio nel caso degli esami diagnostici cui sottoporre la gestante al fine di accertare che non fossero presenti danni al feto) o se al contrario si sia attenuto alle stesse, quando la situazione concreta gli suggeriva di discostarsene (ad esempio, una gestante giovane, non primipara che però assumeva una terapia farmacologica per la cura di una patologia psichiatrica)³⁶;
- b. se il danno neonatale da ipossia sia stato determinato dal ritardo nella esecuzione del parto cesareo;
- c. se la mancata prescrizione di un trattamento antibiotico a seguito di intervento odontostomatologico sia stata causa della stipsi derivatane;
- d. se la morte di un giovane paziente per aneurisma sia stata determinata o accelerata dal rifiuto del medico di base di visitarlo a domicilio o se anche una tempestiva visita domiciliare e la sottoposizione del paziente ad esami diagnostici, anche mirati, sarebbero state in grado di diagnosticare per tempo l'aneurisma e di intervenire chirurgicamente;
- e. se la morte di un bambino, che da giorni accusava nausea e vomito, senza che il pediatra che lo aveva visitato più volte lo sottoponesse ad esami diagnostici, sarebbe stata scongiurata dalla tempestiva diagnosi;
- f. se le apparecchiature tecniche nella disponibilità della struttura sanitaria erano tali da consentire la diagnosi di malformazione fetale e se il ginecologo che aveva in cura la partoriente, consapevole dell'indisponibilità di strumenti più efficienti, era responsabile di non averla indirizzata verso un altro nosocomio;
- g. se, in un paziente dalla salute già compromessa, l'intervento sanitario abbia aggravato la patologia preesistente e in che misura (ad esempio intervento di vitrectomia su un occhio che aveva già una ridotta capacità visiva, cui era conseguita la cecità: danno differenziale);

³⁶ Cfr. M. GORGONI, Linee guida e buone pratiche: riflessi sulla colpevolezza e danno, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, a cura di G. Iudica, Milano, 2018, 29 ss.

- h. se in presenza di un paziente dalla salute già compromessa, se l'intervento sanitario abbia aggravato la patologia preesistente ed in che misura³⁷.

Il vantaggio di ricorrere all'ATP conciliativa scema nel caso in cui la questione tecnica sia solo una componente della controversia: sono queste le ipotesi nelle quali si discute tanto dell'*an* quanto del *quantum debetatur*.

- a. Danno da emotrasfusione. Morte del soggetto asseritamente danneggiato. Si discute della ricorrenza dei presupposti per affermare la responsabilità della struttura sanitaria, del centro trasfusionale, del medico e del danno conseguente e quanto al danno non patrimoniale derivatone: se danno terminale *iure successionis*, danno da premorienza ovvero danno da perdita del rapporto parentale.
- b. Si discute della ricorrenza della responsabilità sanitaria e dei presupposti per la *compensatio lucri cum damno*: danno subito dal neonato in occasione del parto. La controversia verte sulle spese per l'assistenza vita natural durante, nell'ipotesi in cui l'Inps abbia erogato l'indennità di accompagnamento³⁸.

³⁷ Cass. 11 novembre 2019, n. 28986, ha affrontato la questione delle menomazioni preesistenti e concorrenti col il maggior danno causato dall'illecito, precisando quanto segue:

4) saranno "coesistenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti non mutano per il fatto che si presentino sole od associate ad altre menomazioni, anche se afferenti i medesimi organi; saranno, invece, "concorrenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti sono meno gravi se isolate, e più gravi se associate ad altre menomazioni, anche se afferenti ad organi diversi;

5) le menomazioni coesistenti sono di norma irrilevanti ai fini della liquidazione; nè può valere in ambito di responsabilità civile la regola sorta nell'ambito dell'infortunistica sul lavoro, che abbassa il risarcimento sempre e comunque per i portatori di patologie pregresse;

6) le menomazioni concorrenti vanno di norma tenute in considerazione:

a) stimando in punti percentuali l'invalidità complessiva dell'individuo (risultante, cioè, dalla menomazione preesistente più quella causata dall'illecito), e convertendola in denaro;

b) stimando in punti percentuali l'invalidità teoricamente preesistente all'illecito, e convertendola in denaro; lo stato di validità anteriore al sinistro dovrà essere però considerato pari al 100% in tutti quei casi in cui le patologie pregresse di cui il danneggiato era portatore non gli impedivano di condurre una vita normale;

c) sottraendo l'importo (b) dall'importo (a).

7) resta imprescindibile il potere-dovere del giudice di ricorrere all'equità correttiva ove l'applicazione rigida del calcolo che precede conduca, per effetto della progressività delle tabelle, a risultati manifestamente iniqui per eccesso o per difetto.

³⁸ Cass., S.U., 22 maggio 2018, n. 12567, a mente della quale «Dall'ammontare del danno subito da un neonato in fattispecie di colpa medica, e consistente nelle spese da sostenere vita natural durante per l'assistenza personale, deve sottrarsi il valore capitalizzato della indennità di accompagnamento che la vittima abbia comunque ottenuto dall'ente pubblico, in conseguenza di quel fatto, essendo tale indennità rivolta a fronteggiare ed a compensare direttamente il medesimo pregiudizio».

- c. Accertato l'*an*, si discute del diritto ad ottenere il risarcimento del danno da lesione del rapporto parentale e dei criteri di liquidazione dello stesso, se in applicazione delle tabelle di Milano o di quelle di Roma³⁹.

Se non vi siano questioni tecniche da risolvere, sarà lo stesso giudice a ritenere inammissibile l'ATP, pur richiesta dalla parte danneggiata.

Il problema è che cosa accade nell'ipotesi in cui il giudice non accolga la richiesta di ATP. Preferibile è la soluzione che ritiene che il ricorso abbia soddisfatto comunque la condizione di procedibilità e che sia il giudice della cognizione a valutare, in concreto, tenuto conto della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento assunto dalle parti anche nella fase pregiudiziale, se ricorrano o no i presupposti per tentare la composizione amichevole innanzi all'organismo di mediazione. Una soluzione diversa sarebbe troppo rigida e frustrerebbe le finalità conciliative di tutto il sistema, tenuto conto che la mediazione rappresenta una strada alternativa per l'integrazione della condizione di procedibilità che sarebbe irragionevole far valere solo prima della pendenza della lite, e non anche quando invece il giudice prendesse atto che la controversia non dipende, neanche in parte, da questioni tecniche.

Indipendentemente dalla possibilità che il giudice d'ufficio disponga la mediazione, in assenza dei presupposti per l'ATP conciliativa, nel caso in cui non vi siano questioni tecniche da risolvere la parte danneggiata dovrebbe optare per la mediazione. Al netto delle ipotesi in cui la mediazione venga scelta per considerazioni di carattere meramente economico, giacché il procedimento di mediazione potrebbe rivelarsi particolarmente oneroso in caso di nomina di esperti tecnici o in caso di rifiuto della proposta conciliativa già svolta nella fase pregiudiziale.

Ovviamente, i ragionamenti appena svolti sono stati condotti in astratto e per grandi linee, giacché va precisato che la scelta di come soddisfare la condizione di procedibilità della domanda è solipsistica e che proprio in considerazione di tale sua caratteristica rischia di incagliarsi, giacché la scelta del ricorso all'uno piuttosto che all'altro dei due mezzi dovrebbe farsi sulla scorta della conoscenza della posizione difensiva di tutte le parti coinvolte dalla vicenda di responsabilità, incluse le assicurazioni, parti necessarie in sede conciliativa.

zio patrimoniale causato dall'illecito, consistente nella necessità di dover retribuire un collaboratore o assistente per le esigenze della vita quotidiana del minore reso disabile per negligenza al parto».

³⁹ Cass. 21 aprile 2021, n. 10579, Il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul sistema che preveda l'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti – tra le quali sono indefettibili l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza – con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga una liquidazione non fondata sulla tabella.

La parte danneggiata potrebbe essere indotta ad attivare la mediazione, ritenendo controverso solo il *quantum debeatur*, ma certa la responsabilità del danneggiante; quest'ultima, invece, o la sua assicurazione, potrebbero ritenere controversa la ricorrenza di una responsabilità e quindi necessario il ricorso ad una consulenza tecnica. Entrambe le parti potrebbero non sentirsi sufficientemente garantite dalla mediazione che potrebbero far naufragare nella consapevolezza che la consulenza tecnica svolta in sede di mediazione nel giudizio eventuale non sarebbe equiparata ad una consulenza tecnica.

La parte danneggiata potrebbe, pur consapevole della connotazione tecnica della questione controversa, optare per la mediazione, basandosi sulla consapevolezza che la controparte non abbia alcuna intenzione di raggiungere un accordo, al solo scopo di soddisfare la condizione di procedibilità.

Nello stesso senso potrebbe orientarsi la parte che abbia la consapevolezza della scarsa probabilità di accoglimento della sua richiesta, in considerazione della situazione di fatto o dei consolidati orientamenti giurisprudenziali. Si pensi alla parte che chieda di essere risarcita del danno da lesione della propria autodeterminazione procreativa, a causa dell'omessa o errata diagnosi del medico, quando è consapevole di non aver mai palesato la sua volontà di sottoporsi ai normali test diagnostici in gravidanza allo scopo di valutare se portarla avanti oppure interromperla.

L'opzione non va dunque esercitata in astratto, ma tenendo conto delle specificità del caso concreto.

Un'altra questione controversa emersa, nel corso del dibattito, è stata quella relativa alla partecipazione delle compagnie assicurative alla procedura conciliativa.

La risposta positiva che ne è emersa è stata giustificata con argomentazioni condivisibili dalla decisione del Tribunale di Venezia, 18 gennaio 2018, che si riporta. La vicenda traeva origine dalla richieste dei genitori di un giovane che assumevano la ricorrenza di responsabilità sanitaria per danni a seguito di un intervento chirurgico di allungamento e correzione di femore e tibia, di promozione di un procedimento di ATP, promosso ai sensi degli artt. 696 *bis* c.p.c. e 8 l. 24/2017 (c.d. legge Gelli-Bianco), nei confronti della struttura sanitaria ove l'intervento era stato eseguito, delle aziende sanitarie interessate e della compagnia di assicurazione di una di queste. La compagnia di assicurazione della azienda sanitaria eccepiva invece il proprio difetto di legittimazione passiva.

Secondo un primo orientamento, quello maggioritario, l'individuazione delle parti chiamate a partecipare al procedimento di ATP dipende dal tipo di azione di merito che il danneggiato intende promuovere. Pertanto se essa si dovesse fondare sull'art. 7 il giudizio dovrebbe essere promosso nei confronti della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria o di entrambi. Se l'azione risarcitoria avesse carattere diretto, come consente il nuovo art. 12, legittimata passiva sarebbe anche la compagnia assicuratrice dell'una o dell'altro.

A tale indirizzo se ne contrappone un altro che mette l'accento sulla necessità della partecipazione delle compagnie assicuratrici del nosocomio o dell'esercente la professione sanitaria in dipendenza tanto dalla funzione conciliativa dell'istituto quanto dal dato normativo, il quale puntualizza che tali soggetti sono parti del procedimento e onerate della proposta conciliativa⁴⁰.

Non solo: la possibilità di coinvolgere già nell'ATP le compagnie di assicurazione consente, secondo il tribunale, di meglio realizzare la finalità conciliativa che caratterizza l'istituto e che vale a contraddistinguerlo, sotto tale profilo, dalla mediazione, che pure può essere esperita in alternativa all'ATP, ai sensi del comma 2 dell'art. 8, ma nella quale le compagnie di assicurazione di rado vengono coinvolte, ed è nell'interesse della parte asseritamente danneggiata, in considerazione della disciplina in tema di spese, di cui al comma 4 dell'art. 8.

Un'ultima veloce precisazione riguarda il ricorso all'art. 96, comma 3, c.p.c. per sanzionare la mancata partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva. L'art. 8 della l. n. 24/2017 prescrive che «in caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione». La condanna *ex art.* 96, comma 3, c.p.c., secondo la più recente giurisprudenza di questa Corte, «deve giungere all'esito di un accertamento che il giudicante è chiamato a compiere caso per caso, anche tenendo conto della fase in cui si trova il giudizio e del comportamento complessivo della parte soccombente, onde verificare se essa abbia esercitato le sue prerogative processuali in modo abusivo, cioè senza tener conto degli interessi confliggenti in gioco, sacrificandoli ingiustificatamente o sproporzionatamente in relazione all'utilità effettivamente conseguibile. Detto abuso del processo non richiede che il giudice indaghi, nel senso che normalmente si attribuisce a tale espressione, la eventuale riprovevolezza del comportamento del soggetto agente, ma non lo esonera dalla necessità di ricavare detta riprovevolezza in termini oggettivi dagli atti del processo perché la colpa o il dolo rilevanti sono quelli che si manifestano proprio attraverso il compimento dei suddetti atti processuali o attraverso l'adozione di certe condotte processuali e non sono percepibili separatamente da essi. Deve escludersi, pertanto, che il giudizio sulla antiigiuridicità della condotta processuale possa farsi derivare automaticamente dal rigetto della domanda o dalla inammissibilità o dall'infondatezza della impugnazione. L'esercizio delle prerogative processuali, costituendo esplicazione del diritto costituzionalmente garantito del diritto di

⁴⁰ C. CONSOLO, *Profili procedurali*, cit., 374.

azione e di difesa, merita la sanzione di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c. quando il suo concreto atteggiarsi, nonostante il rispetto in senso stretto della legge processuale, a seguito di una indefettibile valutazione secondo correttezza, si connoti in concreto in termini di antigiuridicità. Pur potendo attingere elementi di valutazione dall'assunzione di comportamenti processuali sleali, il giudice deve tener conto che il comportamento scorretto non coincide con quello processualmente non leale, essendo la correttezza un parametro di valutazione esclusivamente giuridico ed *ex ante* imposto all'agente».

Ne consegue che quella di cui all'ultimo comma dell'art. 8 della Gelli – Bianco non è una ipotesi che richieda l'accertamento di un abuso del processo, al quale è preordinato l'art. 96, comma 3, c.p.c.⁴¹; la valutazione di antigiuridicità del comportamento è stata già operata a monte dal legislatore, sicché il giudice non può, ma è tenuto ad applicare la sanzione ivi prevista, ove sia accertata la condotta *non iure*, restando nella sua disponibilità (solo) la determinazione in via equitativa del *quantum*⁴².

⁴¹ Cfr. in senso contrario M. BOVE, La nuova responsabilità, loc.cit.

⁴² C. CONSOLO, Profili procedurali, cit. 374.

Laboratorio sulle liti di famiglia: tecniche di composizione nella negoziazione assistita, nella mediazione e nel processo.

“tutte le famiglie felici si assomigliano fra loro, ogni famiglia infelice è infelice a suo modo”
Lev Tolstoj

SOMMARIO: 1. Gli strumenti di ADR in materia familiare. – 2. (*Segue*). Mediazione, negoziazione assistita, conciliazione. – 3. (*Segue*). Il processo di mediazione familiare: le sue fasi e le sue caratteristiche: tecniche e strategie. – 4. La negoziazione assistita: il percorso negoziale: il ruolo del giudice – 5. (*Segue*). Il rapporto tra mediazione e processo: coesistenza e criticità. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Gli strumenti di ADR in materia familiare. Ho intrapreso il percorso di formazione alla mediazione nel convincimento della necessità di dover conoscere ed imparare strumenti di risoluzione del conflitto, soprattutto di quello familiare, alternativi alla lite.

Provenendo da studi di carattere giuridico e svolgendo l'attività di avvocato, prevalentemente nell'ambito del diritto di famiglia, ho molto presto avvertito la necessità di approfondire strumenti più efficaci ed utili a dare risposte soddisfattive alle esigenze delle famiglie, di tutte le famiglie, di quelli acquisiti nel percorso di studi giuridici consapevole, comunque, che in entrambi gli ambiti, sia in quello giuridico che in quello mediativo, la relazione umana, la dimensione relazionale e conflittuale costituisce, sia pur con linguaggi diversi, la base comune per chi opera avendo come punto di riferimento imprescindibile la comunicazione umana intesa come agire umano¹.

La peculiarità della materia familiare ed il tema del giudizio come luogo di risoluzione del problema, non di decisione², impone uno spazio di elaborazione

¹ E. RESTA Giudicare, conciliare, mediare – in “Il coraggio di mediare” (a cura di) F. SCAPARRO – Milano, 2005.

² L. GIANFORMAGGIO – Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio – pp. 477 “Un caso si decide proprio perché quasi mai si hanno gli elementi e le condizioni sufficienti per risolverlo e quindi accade che nella realtà processuale un problema venga affrontato e talora risolto da chi ha gli strumenti sostanziali – la competenza nel senso del sapere – idonei per farlo; un caso viene deciso da chi ha i requisiti formali – la competenza nel senso del potere – richiesti – per farlo”.

della conflittualità, ossia un luogo nel quale, pur attraverso un armonico alternarsi di scontro e di incontro si persegue l'obiettivo primario della conservazione delle relazioni familiari³.

Nessun percorso in ambito familiare può prescindere dal fatto che *bisogna* “risolvere” i problemi, non “deciderli” nel senso detto, e questo non può essere fatto, in primo luogo se non attraverso la restituzione alle parti stesse della capacità di decidere sulla loro vita.

Perché allora gli strumenti di *ADR*?⁴.

Innanzitutto perché “considerano” in maniera pregnante ed approfondita il “contesto” nel quale le persone si muovono.

Il “contesto” inteso come l'insieme delle relazioni che nei loro aspetti più diversi e disparati consentono a ciascuno di agire e di operare interagendo con altri sulla base di un processo comunicativo e relazionale secondo un processo di causalità circolare fondata su processi di azione e retroazione⁵.

In quanto tali sono una risorsa applicabile a tutti i contesti familiari, intesi come sistemi privilegiati relazionali per l'individuo, considerato come modello di sistema che segue non solo le leggi dei sistemi naturali biologici, affettivi e cognitivi ma anche le norme giuridiche positive che regolano la stessa famiglia e non solo le famiglie legittime ma anche le convivenze, le famiglie già separate e/o divorziate così come quelle ricostituite ed allargate.

Questo perché gli strumenti di *ADR* “cercano soluzioni all'interno del contesto” non basandosi su regole precostituite o su codici comportamentali astratti ma tentando di costruire un “confronto efficace” rispettoso esclusivamente della regola della reciprocità, del mettersi nei panni dell'altro, della considerazione del punto di vista dell'altro, della volontà di raggiungere un accordo che serenamente e costruttivamente regolamenti la vita futura considerando quella che è stata la vita passata e quella che è la vita presente.

Viene, così, superata la rigidità del sistema legale tradizionale considerato come contesto di regole generali non sempre capace di porsi come aiuto suffi-

³ Si va sviluppando sempre più un filone di ricerca che vede il conflitto come un elemento generativo, un elemento creativo, una risorsa all'interno della costruzione di una serie di relazioni che non possono prescindere dal valorizzare e contenere la diversità. D. NOVARA, *L'alfabetizzazione al conflitto come educazione alla pace* in F. SCAPARRO (a cura), op. cit.

⁴ Alcuni preferiscono parlare di *ADR* al plurale riferendosi contemporaneamente alle procedure di *ADR* privata, ossia quelle che rimangono nella disponibilità contrattuale delle parti e quelle di *ADR* pubblica o endoprocessuale vale a dire tecniche e modi risolutivi alternativi, incorporati in istituzioni giudiziarie pubbliche e da queste amministrate G. DE PAOLO, L. D'URSO, D. GOLANN, *Manuale del mediatore professionista*, Milano 2010.

⁵ V. CIGOLI – *Psicologia della separazione e del divorzio* – Bologna 1998 – p. 30.

ciente per la famiglia in vista di una “necessaria riorganizzazione delle relazioni personali”, e questo sia dopo la separazione o il divorzio sia come proposta complessiva di regolazione del conflitto familiare anche fuori le ipotesi della separazione e del divorzio, trattandosi di “procedimenti autonomi” tra loro non necessariamente interagenti⁶.

In particolare, per quanto concerne la mediazione si tratta di una procedura certamente non sostitutiva del sistema legale ma che, seppure attivabile in tempi paralleli con quelli giudiziari, dall'eventuale contestualità con il processo giudiziale non può non trarre un forte condizionamento posto che della lite giudiziale non condivide né il linguaggio, né le altre regole sue proprie.

La negoziazione assistita, diversamente, tratta di un percorso interamente alternativo al processo giudiziale il quale, solo perchè sottoposto al vaglio del Pubblico Ministero, su impulso di quest'ultimo, prevede l'eventuale comparizione degli interessati dinanzi al Presidente del Tribunale.

Sia il processo mediativo che quello negoziale, poi, ponendo l'attenzione costante alle parti ed alla loro storia, sono tra loro accomunati dal fatto che superano la rigidità delle regole del sistema giuridico ponendosi concretamente il problema di raggiungere accordi soddisfattivi degli interessi di tutte le parti in gioco e soprattutto accordi durevoli nel tempo fuori dalla regola “perdente-vincente” seguendo, diversamente, l'obiettivo “vincente-vincente” e in questo modo “riescono a costruire per i coniugi/genitori uno spazio” dove conservare le condizioni indispensabili per poter gestire le situazioni conflittuali ed in particolare la separazione ed il divorzio come un cambiamento della propria famiglia, dove effettuare il passaggio dalla coppia coniugale all'unità genitoriale⁷.

Da qui l'esigenza di dare impulso alla creazione di un luogo nel quale è possibile “dare voce alle esigenze dei figli” che potranno contare su due genitori che lavorano alla prosecuzione di un progetto genitoriale condiviso nell'ottica di “processi veloci” e “responsabilizzanti” posti in essere attivando tutte le risorse presenti nella famiglia con il rifiuto di qualsivoglia delega.

Nella mediazione le parti sono in gioco personalmente ed il mediatore è un terzo assolutamente neutrale, con una formazione specifica favorita dalla natura stessa della mediazione, dai principi che la sostengono e dalle metodologie che la contraddistinguono, che, nel rispetto del segreto professionale ed in piena au-

⁶ G. ARMONE, P. PORRECA, La mediazione tra processo e conflitto, in “Il Foro Italiano”, aprile 2010.

⁷ R. GIOMMI – La mediazione nei conflitti familiari – Firenze 2006 – La tecnica della mediazione permette di avere strumenti adeguati per la risoluzione delle dispute e dei conflitti rispetto all'aumento della complessità delle regole e dei punti di vista, e può essere ben rappresentata dalla frase si vince solo se vincono tutti.

tonomia dall'ambito giudiziario, nel fondamentale riconoscimento e rispetto delle competenze altrui, sulla base del principio della libertà negoziale e dell'autodeterminazione, "prende in carico" le parti⁸.

Nella mediazione al mediatore è affidato esclusivamente il compito di condurre il processo e dettarne le regole lasciando in ogni caso alle parti la più ampia libertà di cercare la soluzione al loro problema.

Parimenti nella negoziazione gli avvocati assistono ed accompagnano le parti in un percorso di ricerca di soluzioni condivise su ogni singolo punto del loro conflitto attingendo alle medesime tecniche.

Tanto nelle mediazioni quanto nelle negoziazioni assistite si "dedica uno spazio ed un tempo alla comunicazione ed all'ascolto". Un ascolto qualificato, empatico dove ai partner è data la possibilità di poter elaborare il proprio conflitto in "un'ottica ricostruttiva e ripartiva".

Un luogo che accoglie le emozioni e la sofferenza delle parti configgenti e dove si lavora tra l'adattamento e l'elaborazione della fase del ciclo vitale nella quale la famiglia stessa si trova.

In entrambi i casi si "lavora sul futuro", valorizzando il presente ed il passato, via via ampliando il campo dell'osservazione a tutta la rete relazionale di ogni singolo componente della famiglia trattandosi sempre di "uno strumento flessibile ed una ginnastica mentale", ovvero di un modo per imparare a gestire le situazioni difficili cercando, però, di "integrare le differenze senza trasformarle in rotture", costruendo passo dopo passo la strada verso l'accordo attraverso l'acquisizione del punto di vista dell'altro nel convincimento che il conflitto rappresenta un modo di stare in relazione, sia pur in forza di una comunicazione patologica, che di per sé non funziona ma che proprio per questo va comunque gestita e non repressa.

Attraverso mediazione e negoziazione si "valorizzano le tecniche del colloquio" attraverso la pratica della parafrasi, del riassunto, della puntualizzazione e della strutturazione delle domande ed attraverso l'acquisizione di "un linguaggio", neutro, accogliente e comprensivo.

Sono percorsi che "non operano per cancellare e distruggere" ma attraverso i quali la rappresentazione del conflitto permette alle parti di ricostruire e comprendere ogni momento del dramma familiare lasciando ad essi lo spazio ed il tempo utili all'elaborazione.

Da ultimo, sia la mediazione che la negoziazione vengono apprese come tecniche ma in realtà rappresentano anche "un modo di pensare" la vita e le

⁸ E. RESTA – op. cit – "crescente il ricorso anche non obbligatorio a soluzioni alternative delle controversie, riconoscendo indirettamente il ruolo non esclusivo della giurisdizione" p. 43.

relazioni, ed è questo, forse, l'aspetto più significativo: un modo per poter dare una risposta significativa all'aumento della conflittualità attraverso un minor numero di regole finalizzate a dare ordine e consentire un confronto più corretto e costruttivo, riducendo i costi psicologici ed economici scaturenti dalla crescente conflittualità del contesto familiare, attivando ed amplificando le risorse che sono presenti in tutti i conflitti familiari e che necessitano solo di un luogo "favorevole", di proposte chiare e di un clima di fiducia per trovare la loro composizione⁹.

2. (Segue). Mediazione, negoziazione assistita, conciliazione. I sistemi di *ADR*, quindi, per quanto detto devono svolgere un ruolo diverso e complementare a quello giudiziale, anche se è indispensabile che il processo giurisdizionale trovi i suoi punti di efficienza e di efficacia nella risposta di giustizia sollecitata in ambito familiare, presupposto, questo, assolutamente necessario per far sì che funzionino bene anche la conciliazione "giudiziale" e la mediazione "giudiziale" posto che, altrimenti, si rischierebbe di avere, paradossalmente, sia delle "cattive" conciliazioni accettate dalle parti più deboli a condizioni inique, sia delle inutili mediazioni che non arriverebbero mai all'accordo.

Bisogna, quindi, tendere ad "una concezione della giustizia civile intesa in senso ampio, soprattutto in ambito familiare, come servizio pubblico che si estenda fino a considerare che la composizione del conflitto affidabile non solo agli organi della giurisdizione statale ma anche, ed in presenza dell'effettiva volontà delle parti, ad istituzioni diverse con rinuncia all'applicazione di canoni di decisioni oggettive e predeterminate"¹⁰.

Da qui la necessità di una definizione dei singoli istituti che ne caratterizzi appieno la specifica natura.

In quest'ottica per "conciliazione" si può intendere il procedimento volto al raggiungimento di una soluzione alla presenza di un terzo imparziale.

I luoghi naturali previsti nel codice di rito sono quelli della prima udienza di comparizione personale, ossia l'udienza presidenziale, la prima udienza camerale ai sensi dell'art. 737 c.p.c. l'udienza di comparizione di tutte quelle fattispecie avente ad oggetto la famiglia come ad esempio per l'ipotesi prevista al 316 *bis* cc.

⁹ R. GIOMMI, *La mediazione nei conflitti familiari* – op. cit.

¹⁰ R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione*, in "Foro Italiano", aprile 2010 – Ancora più spinta è la prospettiva di chi ritiene che la diffusione dei metodi di *ADR*, nella molteplicità delle forme in cui essi si manifestano, conduca ad una combinazione tra processo giurisdizionale ed accordi diretti alla composizione della lite, ed auspica che il processo si apra alle convenzioni delle parti, nonché alla negoziazione degli interessi.

Il giudice a cui viene affidata la funzione conciliativa è quello del fascicolo che partecipa e condiziona il formarsi della volontà delle parti e che, ovviamente, opera non come un mediatore in senso tecnico ma bensì come portatore di una soluzione “equa” attraverso una “proposta” che tenga conto degli elementi evidenziati nella richiamata normativa e che potrà essere applicata a tutte le questioni che abbiano le caratteristiche previste: “natura del giudizio, valore della controversia ed esistenza di questioni di facile e pronta soluzione”¹¹, com’è nell’esperienza virtuosa di molti tribunali di merito, si vedano quelli di Milano, Firenze e Bari.

Con il termine “mediazione”, invece, deve intendersi un diverso processo attraverso il quale le parti giungono ad un accordo che soddisfa le loro esigenze in ordine al quale il terzo è totalmente neutro, un mero facilitatore della comunicazione, ed in quanto tale non entra nel processo formativo della loro volontà.

La mediazione si caratterizzerà, poi, come mediazione “giudiziale” nella misura in cui sia il giudice ad invitare le parti ad andare ad un terzo esperto, stante l’impossibilità, per le caratteristiche proprie del processo mediativo, che il primo (giudice) possa mai rivestire la qualità di mediatore.

Va superata, quindi, dal punto di vista sistematico la confusione che può generarsi tra i due Istituti, ribadendosi una volta di più che la vera differenziazione, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, che caratterizza le due procedure è quella legata alla funzione del soggetto operante l’intervento ed all’influenza che lo stesso ha nella formazione dell’accordo: il conciliatore entra nella formazione della volontà delle parti; il mediatore vi entra solo nella misura in cui le parti gliene facciano congiuntamente richiesta altrimenti deve rimanere in una posizione di estrema neutralità, ossia “questo e quello” e non “né l’uno né l’altro” come è nel caso del giudice-conciliatore¹².

Altra cosa rispetto a quanto detto è la negoziazione in senso stretto, introdotta con la L. n. 162 del 2014, per la quale si intendono tutte quelle modalità poste in essere direttamente dalle parti e senza la presenza di un terzo, an-

¹¹ Art. 185 *bis* c.p.c. – Proposta di conciliazione del giudice – Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l’istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio al valore della controversia e all’esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ritorsione o astensione del giudice.

¹² E. RESTA, Giudicare, conciliare, mediare – op. cit. pp. 49 e 50 – il mediatore deve essere questo e quello...solo così realizza la sua identità come differenza dal giudice, ma si realizza la sua differenza, come identità, rispetto alle parti. Mentre le parti litigano e non vedono che il loro punto di vista, ognuna in maniera simmetrica e opposta rispetto all’altra, il mediatore può vederle differenze comuni ai confliggenti e ripartire di qui operando perché le parti riprendano la loro comunicazione.

corchè assistite da almeno un avvocato per parte, al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio e di modifica dei medesimi procedimenti applicando e condividendo da parte dei diretti interessati e dei loro avvocati regole comportamentali condivise affinché il percorso di negoziazione possa ottenere i risultati sperati¹³.

3. (Segue). Il processo di mediazione familiare: le sue fasi e le sue caratteristiche: tecniche e strategie. La mediazione fa il suo ingresso ufficiale nel codice civile con la L. 54/2006 allorchè con l'art. 1 il legislatore interviene nel Capo V, titolo VI ridisegnando la materia relativa ai rapporti tra i figli ed i genitori nelle cause di separazione e divorzio e, in particolare, inserisce gli artt. dal 155 *bis* al 155 *sexies* e con quest'ultimo stabilisce che "qualora ne ravvisi l'opportunità il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli".

Con successivo D.lgs. 28.12.2013 n. 154 viene introdotto il Capo II del Titolo IX sulla responsabilità genitoriale ed i diritti e doveri del figlio ed all'art. 337 *octies*, comma 2, viene introdotta la previsione della possibilità per il giudice "sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 337 *ter* per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli." Protagonisti del processo mediativo per quanto detto, sono il mediatore ed i coniugi.

Il ruolo del mediatore è quello di portare i membri della coppia, coniugata o no, a porre le basi di un accordo durevole e mutuamente accettabile, tenendo conto degli interessi e dei *bisogni* di ciascun componente della famiglia e particolarmente di quello dei figli, in uno spirito di corresponsabilità e di uguaglianza¹⁴.

Per raggiungere questo scopo il mediatore aiuta i coniugi a cercare le soluzioni possibili ad i loro problemi mantenendosi imparziale e neutrale posto che la sua autorità, contrariamente a quella del giudice, non deriva da un apparato legislativo, istituzionalizzato e socialmente riconosciuto, ma si basa, invece, sul-

¹³ Art. 6 L. 10 novembre 2014 n. 162.

¹⁴ R. FISHER, W. URY, B. PATTON, *L'arte del negoziato*, Milano 2005 – "La mediazione si occupa degli interessi poiché il problema fondamentale di un negoziato non sta nelle posizioni contrapposte ma nel conflitto tra *bisogni*, desideri, preoccupazioni e paure di ciascuna parte. Sono infatti gli interessi che motivano la gente e sono ciò che induce a decidere.

la capacità di far leva sulle motivazioni e sugli interessi personali delle parti in conflitto.¹⁵

A tale scopo il mediatore, controllando lo svolgersi del processo di contrattazione globale,

favorisce l'elaborazione di un modo nuovo e più costruttivo di pensare al conflitto come processo di crisi e di trasformazione; sviluppa una conoscenza di tutti gli aspetti funzionali e disfunzionali della famiglia in crisi; costruisce una competenza sulla conflittualità tra coniugi che dovrà essere utilizzata in senso positivo nella separazione e nel divorzio; permette l'acquisizione della capacità di sostenere e promuovere le risorse individuali e le competenze genitoriali all'interno della relazione in crisi.

Il processo mediativo si svolge nell'arco max. di 8/10 incontri tra i coniugi ed il terzo mediatore per arrivare alla stesura di un accordo scritto soddisfacente per entrambe le parti che tocchi tutti i punti messi in discussione.

Gli incontri si svolgono, di norma, attraverso le seguenti fasi:

- Raccolta dei dati.

Il mediatore raccoglie tutti i dati relativi alla lite, alla visione che le due parti hanno del loro conflitto, mette insieme tutte le informazioni che le parti hanno, perché i dati possano essere condivisi, verificati e scambiati. Questa fase ha lo scopo di rafforzare le parti coinvolte nella lite che hanno minori conoscenze, accertandosi che le parti facciano uso delle medesime informazioni.

- Definizione del problema.

Il mediatore utilizzando le informazioni raccolte aiuta le parti in lite a definire congiuntamente i singoli problemi in modo tale che non ci si focalizzi sulla risoluzione di un problema definito da una sola parte atteso che di norma le parti tendono a sminuire la propria responsabilità ed a spostare la fatica della risoluzione sull'altra parte.

- Ideazione delle opzioni.

Il mediatore aiuta le parti ad elaborare tutte le possibili soluzioni alternative per risolvere il problema¹⁶.

¹⁵ È il modello di mediazione più noto quello pensato da J. H. HAYNES il cui obiettivo è il raggiungimento del miglior risultato possibile per entrambe le parti. Accanto ad esso si sono sviluppati numerosi altri modelli, tra i tanti mediazione strutturata ideata da O. J. COOGLER; mediazione terapeutica di H. IRVING che si caratterizzano prevalentemente per la scelta tra la maggiore considerazione degli aspetti pragmatici, decisionali dell'evento conflittuale e la sottolineatura dei livelli emotivi e relazionali legati alla vicenda stessa. In sintesi il pensare la mediazione come spazio più programmatico – contrattuale piuttosto che come ambito maggiormente caratterizzato da una funzione elaborativa. Cfr F. CANEVELLI, M. LUCOLI, *La mediazione familiare*, Torino 2008.

¹⁶ La tecnica del brainstorming come capacità delle parti di creare il maggior numero possibile di

- Ridefinizione del problema.

In questa fase il mediatore aiuta le parti a ridefinire il problema partendo dai propri interessi e non dalle posizioni dichiarate all'inizio ed una volta che le posizioni sono state traslate in interessi, le stesse sono pronte per scegliere le opzioni che sembrano più vantaggiose e meno costose sulla base di interessi e non di posizioni.

- Contrattazione.

Il mediatore aiuta le parti a negoziare sulla scelta delle soluzioni indicate in modo tale che l'accordo risulti accettabile da tutte le parti coinvolte.

- Stesura dell'accordo.

Il mediatore redige alla fine del processo di negoziazione un accordo che deve contenere: tutte le informazioni relative ai dati anagrafici dei partecipanti e al fatto; la definizione del problema; le opzioni scelte e le ragioni che hanno portato all'accordo¹⁷.

Va da ultimo evidenziato come al di là di quanto sin qui detto esiste comunque un'area di non negoziabilità data da tutte quelle ipotesi nelle quali esiste un rapporto caratterizzato dal fatto che, pur a distanza di molto tempo dall'inizio del conflitto, i partner continuano a combattere tra loro nella speranza, che si possa raggiungere dall'esterno e, quindi, attraverso una decisione, una soluzione di pacificazione.

Analogamente quelle situazioni in cui si configura un rapporto "patologico" caratterizzato da abuso, violenza e sopraffazione. Si tratta di ipotesi che troveranno la loro soluzione solo in ambito giudiziale¹⁸.

4. La negoziazione assistita: il percorso negoziale ed il ruolo del giudice.

La negoziazione assistita dagli avvocati in materia di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione e divorzio in applicazione della legge n. 162/2014 rappresenta uno strumento per la soluzione delle controversie familiari, in questo senso completamente alternativo rispetto a quello giurisdizionale.

Gli avvocati, coniugando esperienza professionale e conoscenza di specifiche tecniche di negoziazione, sono chiamati a svolgere – attraverso un'effettiva e trasparente interazione con le parti – un ruolo centrale nella soluzione della crisi

opzioni risolutive di una determinata controversia è la tecnica più efficace per generare alternative. Rappresenta una fase centrale del procedimento e la valutazione delle singole opzioni non ha luogo sino a che ciascuna idea non è stata discussa.

¹⁷ J. M. HAYNES, I. BUZZI, *Introduzione alla mediazione familiare*, Milano, 1996

¹⁸ Cfr. Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011 di cui alla L. 27.06. 2013 n. 77.

familiare, raggiungendo un accordo dotato degli stessi effetti dei provvedimenti giudiziali.

Il procedimento di negoziazione assistita si caratterizza per la presenza di una pluralità di protagonisti.

Innanzitutto le parti. I coniugi concordano e sottoscrivono le regole da seguire nel procedimento impegnandosi ad ispirare i propri comportamenti a buona fede e lealtà¹⁹, si confrontano e negoziano nell'ambito del procedimento al fine di raggiungere un accordo, formulano e sottoscrivono l'accordo raggiunto durante il percorso negoziale.

Gli avvocati tentano di conciliare i coniugi²⁰, li informano dell'obbligo di comportarsi con buona fede e lealtà all'interno del *setting* negoziale e di tenere riservate le informazioni ricevute atteso che le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto²¹.

Sempre gli avvocati, inoltre, informano i coniugi in ordine all'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori avendo cura di non appiattare il tema della genitorialità sulla dimensione quantitativa dei segmenti temporali da trascorrere con i figli e sulla possibilità di esperire la mediazione familiare²² illustrando le caratteristiche del percorso e valorizzandone le finalità.

Si adoperano, ancora, per portare a termine una negoziazione realmente informata e ciò al fine di disegnare l'assetto complessivo più coerente con le contingenze del caso concreto verificando e dichiarando che l'accordo non è contrario alle norme imperative ed all'ordine pubblico e certificano l'autografia delle firme dei sottoscrittori (art. 5, comma 2).

Infine trasmettono, entro il termine di dieci giorni dalla conclusione, l'accordo alla Procura della Repubblica territorialmente competente per il rilascio del nulla osta e/o dell'autorizzazione.

¹⁹ L. 10 novembre 2014 n. 162 art. 6, 2 – Sottoscrizione della convenzione nella quale devono essere indicate tutte le modalità organizzative del procedimento: tempi, luoghi e modalità ispirati ai criteri della reciprocità e dell'accoglienza del punto di vista dell'altro secondo buona fede e lealtà.

²⁰ L. 10 novembre 2014 n. 162 art. 6, 3 – Tentativo di conciliazione.

²¹ L. 10 novembre 2014 n. 162 art. 9 – Obbligo dei difensori e tutela della riservatezza nel senso che le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite durante il procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto.

²² L. 10 novembre 2014 n. 162 art. 6,3 – obbligo di informazione circa la possibilità di esperire la mediazione familiare che evidenzia la differenza tra i due procedimenti: negoziato diretto e mediazione con presenza del terzo.

Trasmettono copia dell'accordo e dell'autorizzazione e/o del nulla osta, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione, all'Ufficiale dello Stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto copia autentica dello stesso e rimettono, da ultimo, copia dell'accordo raggiunto ed autorizzato al Consiglio dell'Ordine circondariale del luogo dell'accordo, ovvero al Consiglio dell'Ordine presso cui è iscritto uno degli avvocati, rilasciando alle parti copia conforme dell'accordo di cui restano depositari.

Il Pubblico Ministero assicura il nulla osta nel caso di accordo in mancanza di figli minori, dopo averne verificato la regolarità formale (art. 6, comma 2); rilascia l'autorizzazione nel caso di un accordo in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti dopo aver verificato che l'accordo risponde all'interesse dei figli (art. 6, comma 2), trasmette al Presidente del Tribunale l'accordo che non risponde all'interesse dei figli (art. 6, comma 2).

Il Presidente del Tribunale, in ipotesi di ricevimento di accordo osservato dal P.M., fissa la comparizione delle parti invitandole ad adottare le opportune e/o necessarie modifiche nell'interesse dei figli (art. 6, comma 2), sfociando in tal modo l'accordo negoziale in un procedimento consensuale. Controversa, invece è la sorte del procedimento in ipotesi di mancata adesione da parte dei coniugi ai rilievi ed alle indicazioni del P.M.²³.

Al di là di quanto previsto dalla norma e testè riassunto, il procedimento di negoziazione assistita dovrà essere condotto nella consapevolezza che il soggetto famiglia è un mondo complesso, un "incastro di *bisogni* e desideri reciproci che vive di identificazioni proiettive ed introiettive nel quale *bisogna* aiutare le parti – unici soggetti deputati a risolvere il problema – a porre la maggiore attenzione possibile alla conservazione delle relazioni, ossia alla necessità di lasciare spazi cooperativi e a saper riconoscere il mutamento dei confini"²⁴.

In questi anni di applicazione della legge n. 162/2014 sono emersi dubbi interpretativi relativi al procedimento di negoziazione, tuttavia occorre osservare che la dottrina, unitamente alle prassi applicative, hanno attenuato le situazioni di incertezza determinate da un dato normativo, soprattutto in relazione alla negoziazione in ambito familiare, a tratti lacunoso e generico sia dal punto di vista procedimentale²⁵ che sostanziale, ed alle quali verrà data risposta organica con

²³ Cfr. Tribunale di Torino sez. VII – 15.01. 2015.

²⁴ V. CIGOLI, *Psicologia della separazione e del divorzio*, Bologna 1998.

²⁵ Con riferimento all'obbligo dell'avvocato di trasmettere l'accordo autorizzato dal Pubblico Ministero, entro il termine di dieci giorni, all'Ufficiale dello Stato civile per le annotazioni di legge si è chiarito che il termine deve decorrere opportunamente dalla comunicazione. Come è stato chiarito

l'attuale riforma, omettendo in particolare, l'estensione della normativa alle coppie di fatto e non prevedendo l'ascolto del figlio minore capace di discernimento.

Rispetto a quest'ultimo aspetto si è osservato che allo stato attuale tale lacuna può essere superata tramite il potere-dovere dei genitori di sentire i figli minorenni, informarli ed acquisire la loro opinione di cui si terrà conto nell'assetto relazionale, piano genitoriale e se ne darà conto nell'accordo negoziale.

Da ultimo si è ribadito, con riferimento alla partecipazione delle parti al *setting* negoziale, che gli interessati devono partecipare personalmente al tavolo della trattativa.

Sono, infatti, le parti che nella convenzione, convengono di cooperare in buona fede e lealtà per risolvere in via amichevole la controversia.

D'altra parte, nel diritto di famiglia "le prassi giuridiche collaborative e la mediazione (familiare), hanno in comune che i protagonisti della negoziazione restano inevitabilmente le parti essendo evidente che le sedute e gli incontri hanno anche la specifica funzione di far sì che i coniugi in conflitto tra loro si riappropriano della loro capacità di confronto e di elaborazione delle decisioni che riguardano la loro sfera personale"²⁶.

5. (Segue). Il rapporto tra mediazione e processo: coesistenza e criticità. Nella speranza di veder il nostro Paese sempre più allineato alla normativa europea ed internazionale nell'assicurare un maggior riconoscimento all'attuazione delle tecniche di mediazione familiare, va considerata con favore l'azione della magistratura che ha iniziato ad introdurre la mediazione nel tessuto della tutela giurisdizionale sia promuovendo un diretto rapporto sperimentale di cooperazione con i servizi di mediazione esistenti sul territorio, sia favorendo la nascita di protocolli con sportelli di mediazione all'interno della struttura giudiziaria in sottoporre poi all'omologa del giudice.²⁷

In alcune esperienze questo modo cercando di forzare gli spazi utili per tentare di ottenere un accordo tra le parti da giudiziarie si è tentato l'inserimento della mediazione attraverso il ricorso alla CTU; in altri casi si è pensato al mediatore come ausiliario del giudice ex art. 68 c.p.c., ausiliario totalmente atipico, in altri casi e forse più correttamente si è pensato all'invio dei coniugi presso i centri di mediazione familiare stante la necessità di garantire loro il diritto alla riservatezza che il mediatore assicura in virtù del segreto professionale che contraddistingue

che gli effetti della convenzione decorreranno dalla data certa della stessa.

²⁶ G. Dosi, *Negoziiazione Assistita* in *Lessico di diritto di famiglia*, gennaio 2015.

²⁷ Si vedano tra i molti il progetto presso il Tribunale di Milano sez. IX civile; l'Ufficio per la mediazione familiare presso il Tribunale di Bari; il protocollo presso il Tribunale di Firenze.

il suo operato e che limita ogni riscontro in favore dell'autorità giudiziaria al solo risultato finale con l'astensione da qualunque valutazione e giudizio personale ovvero dal riferire al giudice elementi di fatto o altre circostanze acquisite nel corso del procedimento.

Altro punto controverso e dibattuto è quello relativo al momento più idoneo per l'invio in mediazione. È pensiero condiviso e suffragato dalla prassi che lo stesso debba svolgersi nella fase preparatoria del processo in modo da realizzare quell'incontro utile e "proficuo" di tutte le parti "in gioco" sia con il giudice che con il mediatore e dal quale potrà scaturire non solo una definizione anticipata del giudizio stesso ma anche e soprattutto un dialogo che consenta di scegliere quantomeno il percorso più adatto ad assicurare la migliore risposta al tipo di conflitto in essere.

Tale strumento, infatti, può mutare la sua efficienza a seconda del momento processuale dove viene collocato: se posto prima dello svolgersi del giudizio potrà assolvere pienamente alla sua funzione compositiva mentre se posto alla fine dell'istruttoria o in qualsivoglia altro momento a questo successivo avrà come conseguenza un forte condizionamento, quanto meno nei suoi aspetti iniziali, dalle formalizzazioni e delle rappresentazioni derivate dagli atti processuali, dove il conflitto sarà già ben strutturato e radicalizzato.

Intervenendo dopo che il conflitto è – processualmente parlando – già esploso e sviluppato il mediatore dovrà lavorare per far sì che le parti superino costruttivamente la situazione di contrasto così come radicata in sede giudiziale, dovendole guidare nell'elaborazione di un nuovo ordine attraverso un continuo e significativo scambio negoziale affinché si possa accedere a regolare un nuovo assetto di interessi per i partner e i figli.

Una considerazione finale va dedicata al fatto che se la mediazione riesce il giudice avrà a disposizione l'accordo che consentirà di trasformare il percorso giudiziale in percorso consensuale; se la mediazione non avrà raggiunto il suo traguardo il giudice nulla potrà conoscere di quel percorso stante l'assoluta segretezza e riservatezza del percorso mediativo non diversamente superabile.

6. Considerazioni finali. Da quanto fin qui detto si evince in primo luogo l'importanza di un valido percorso formativo condiviso sia del giudice conciliatore, che del mediatore, e, quindi, della stessa classe forense che per legge è chiamata ad assistere le parti nel percorso di negoziazione.

Essi non potranno confidare nel solo approccio giuridico al fine di risolvere il conflitto familiare ma dovranno far riferimento necessariamente anche ad altre discipline, psicologiche e relazionali in primo luogo, nonchè all'acquisizione di tecniche specifiche di colloquio che dovranno costituire la migliore guida nella valutazione del proprio operato, e finanche del proprio coinvolgimento emotivo,

in modo da poter neutralizzare i possibili rischi di condizionamenti personali, anche questi inficianti il buon esito dei percorsi elaborativi.

In secondo luogo non si può non rilevare alla luce, soprattutto, dell'emananda imminente riforma,²⁸ che un'utile applicazione degli istituti richiamati non potrà che passare attraverso una necessaria riconsiderazione della funzione effettiva che tali sistemi possono avere all'interno della gestione del conflitto familiare: sia in termini di pacificazione sociale che di recupero della giurisdizione nel senso di accrescimento della qualità delle decisioni²⁹.

²⁸ Previsione che l'attività del mediatore professionale, la sua formazione, le regole deontologiche e le tariffe applicabili siano quelle previste dalla L. 14 gennaio 2013 n. 4. Previsione dell'istituzione, presso ciascun Tribunale, di un elenco di mediatori familiari iscritti presso le associazioni del settore con possibilità delle parti di scegliere il mediatore che sia dotato di adeguata formazione. Previsione che il giudice istruttore possa invitare le parti ad esperire il tentativo di mediazione familiare. DDL n. 1162 - 2021.

²⁹ G. ARMONE, P. PORRECA, op. cit. pp. 97-98: "Siamo abituati a concepire il processo come luogo chirurgico della decisione, dove si distribuiscono ragioni e torti". La mediazione è il luogo in cui la colpa si stempera in errore e in cui è più facile una cooperazione tra le parti a fini di prevenzione.

Il laboratorio delle leve conciliative e le liti in materia condominiale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il procedimento di mediazione in ambito condominiale. – 3. (*Segue*). L'ambito oggettivo di applicazione. – 4. Mediazione e impugnazione della delibera assembleare. – 5. Il caso: Opposizione a decreto ingiuntivo emesso ai sensi dell'art. 63 disp. att. c.c. per la riscossione di oneri condominiali. – 6. (*Segue*). L'onere di promuovere la mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. – 7. (*Segue*). La proposta di conciliazione con invio in mediazione obbligatoria sub condizione.

1. Premessa. La comunione e la condivisione di spazi e servizi, come pure il rispetto delle regole che presiedono la pacifica convivenza all'interno dei condomini sono spesso fonte di dissidi e litigi, che, per l'animosità delle parti e la difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra i contrapposti e confliggenti interessi, approdano nelle aule giudiziarie, incrementando a dismisura il contenzioso civile.

Secondo le statistiche del Ministero della Giustizia, le liti condominiali occupano una percentuale rilevante delle controversie che impegnano i giudici, percentuale che ha subito un ulteriore incremento a causa della situazione emergenziale dovuta alla pandemia da Covid-19, in ragione delle note restrizioni alla libertà di circolazione delle persone e alla dilatazione dei tempi di permanenza in casa delle stesse, anche in considerazione delle nuove modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative e del frequente ricorso al lavoro agile.

La coesistenza forzata dei comproprietari consiglia, se non addirittura impone, la ricerca di soluzioni facilitative, che consentano di riavviare la convivenza condominiale al di là della decisione del singolo caso.

Proprio in ragione della necessità di pervenire ad una soluzione effettiva, idonea a garantire il mantenimento dei rapporti tra le parti in un'ottica deflattiva del contenzioso di più ampio respiro, la materia condominiale si presenta come uno dei campi elettivi di applicazione della mediazione e della conciliazione su proposta formulata dal giudice.

L'obiettivo formativo assegnato al gruppo di lavoro tematico sulle liti condominiali, condotto dalla scrivente nell'ambito della Sessione dedicata ai laboratori pomeridiani allestiti durante il corso sulle ADR tenutosi presso la sede formativa

di Napoli-Castelcapuano, è stato quello di stimolare i partecipanti ad un nuovo approccio nella gestione e nella definizione del contenzioso condominiale, coinvolgendoli nell'analisi di casi pratici e vagliando, sulla scorta delle diverse esperienze territoriali di appartenenza, la specificità delle diverse forme di risoluzione alternativa delle controversie e il ruolo propulsivo del giudice.

Particolare attenzione è stata dedicata al procedimento di mediazione in ambito condominiale e all'istituto disciplinato dall'art. 185 *bis* c.p.c., per il tramite del format didattico, già utilizzato nel progetto della Banca Dati Digitale Conciliativa (BDDC) per la formazione di MOT e stagisti, basato sul “*box case*”. Il “*box case*” consente di concentrare in poche battute gli elementi fattuali del “caso”, massimando al contempo le questioni controverse in diritto, per indi valutare, con il contributo diretto dei partecipanti-discenti, lo strumento di risoluzione alternativa del conflitto maggiormente efficace nella fattispecie concreta, ponendo attenzione alle leve conciliative adoperate dal magistrato al fine di facilitare le possibilità di un'accordo fra le parti.

Attraverso una didattica innovativa, idonea ad agevolare la memorizzazione degli snodi conciliativi e la loro ripetibilità in fattispecie analoghe, si sono anche approfondite le tecniche di redazione dell'apparato motivazionale del provvedimento giudiziale di formulazione della proposta conciliativa o transattiva, sempre nella direzione di accrescere le opportunità di una composizione fra i litiganti e innalzare la qualità e rapidità delle soluzioni di giustizia.

2. Il procedimento di mediazione in ambito condominiale. L'esigenza, fortemente avvertita, di deflazionare il contenzioso in materia condominiale attraverso strumenti alternativi di risoluzione del conflitto idonei a preservare il rapporto tra i condomini, per sua natura, destinato a prolungarsi nel tempo, e a ridefinirne le relazioni intersoggettive nel loro complesso ed in una prospettiva futura, è alla base della scelta del legislatore di reintrodurre l'obbligo della mediazione per le controversie in materia condominiale¹.

La disciplina generale contenuta nel decreto legislativo istitutivo della mediazione è integrata, per quanto attiene agli argomenti specifici dell'ambito condominiale, dall'art. 71 *quater* delle disposizioni di attuazione del codice civile, introdotto dalla legge 11.12.2012 n. 220, entrata in vigore il 18.6.2013.

La disposizione in esame individua, al primo comma, quali sono le controversie in materia di condominio ai sensi dell'art. 5 comma 1 *bis* D.lgs. 28/2010, per le quali sussiste l'obbligo del preventivo esperimento del procedimento di

¹ L'art. 5 comma 1 *bis* D.lgs. 28/2010, inserito dall'art. 84 comma 1, lett. b) DL 69/2013 convertito in legge 98/2013.

mediazione quale condizione di procedibilità della domanda, circoscrivendole a quelle derivanti dalla violazione o dalla errata applicazione delle disposizioni riguardanti il condominio, vale a dire Libro II, Titolo VII, Capo II del codice civile (artt. da 1117 a 1139 c.c.) e degli artt. da 61 a 72 disp. att. c.c..

L'individuazione normativa delle controversie in materia condominiale, così come risultante dalla specificazione dell'art. 5 comma 1 *bis* D.lgs. 28/2010 contenuta nell'art. 71 *quater* disp. att. c.c., è di fondamentale importanza per la corretta delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione della mediazione obbligatoria nella materia di specie.

L'art. 71 *quater* disp. att. c.c. chiarisce, inoltre, il criterio di competenza territoriale dell'organismo di mediazione dinanzi al quale deve essere presentata la domanda di mediazione, a pena di inammissibilità, che è quello ubicato nella circoscrizione del tribunale nella quale il condominio è situato (comma 2); attribuisce all'amministratore, previa delibera assembleare da assumere con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, c.c., la legittimazione a partecipare al procedimento di mediazione, (comma 3); prevede che la proposta di mediazione debba essere approvata dall'assemblea con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, c.c. (comma 5), altrimenti si deve intendere non accettata (comma 6), e che il termine di sette giorni per l'accettazione o meno della proposta ex art. 11 D.lgs. 28/2010 può essere derogato dal mediatore, per consentire all'amministratore di munirsi della delibera assembleare (comma 7).

3. L'ambito oggettivo di applicazione. In merito all'ambito oggettivo di applicazione della mediazione in materia condominiale, si è posto il problema se la procedura di mediazione sia obbligatoria anche per il procedimento di revoca dell'amministratore di condominio e ciò in ragione della previsione dell'art. 5 comma 4 lett. f) D.lgs 28/2010, che esclude in via generale l'applicabilità della obbligatorietà della mediazione per i procedimenti in camera di consiglio di cui agli artt. 737 e ss c.p.c..

Tra questa tipologia di procedimenti rientrerebbe anche l'azione di revoca dell'amministratore di condominio, come espressamente previsto dall'art. 64 disp. att. c.c..

La questione ha trovato soluzione nella consolidata giurisprudenza di merito², la quale ha affermato l'obbligatorietà della procedura di mediazione anche per il procedimento di revoca dell'amministratore di condominio, in considerazione della natura di norme speciali delle disposizioni di cui agli artt. 64 e 71 *quater*

² Cfr. Trib. Padova, 24 febbraio 2015, Trib. Vasto, 4 maggio 2017, Trib. Macerata, 10 gennaio 2018.

disp. att. c.p.c. e della conseguente loro prevalenza rispetto alla previsione generale contenuta nell'art. 5 comma 4 lett. f) D.lgs. 28/2010.

L'obbligo della mediazione non sussiste, invece, per le controversie in cui il condominio si contrappone a soggetti terzi, posto che per controversie in materia di condominio devono intendersi solo quelle contenute nelle disposizioni del codice civile dedicate al condominio degli edifici³.

Per le stesse ragioni, non è necessario attivare la mediazione obbligatoria in una controversia promossa da un condomino nei confronti del Condominio per il risarcimento dei danni da difetto di manutenzione di beni condominiali in base all'art. 2051 c.c. (nella specie, una caduta dalle scale dell'edificio condominiale a causa della presenza di un liquido ivi disperso, non visibile né prevedibile).

In tale caso, infatti, non essendovi alcuna lesione o erroneo impiego degli artt. 1117-1139 c.c. e 61-72 disp. att. c.c., non sussiste l'obbligo della mediazione.

Nella stessa direzione si è pronunciato il Tribunale di Milano⁴: *«il risarcimento del danno per infiltrazioni subite da un condomino ed asseritamente provenienti dalle parti comuni non rientra nelle materie di mediazione obbligatoria perché non attiene alla violazione o errata applicazione degli artt. 1117 – 1139 c.c., considerato che l'art. 71 quater disp. att. c.c. afferma che per controversie in materia di condominio (che, in base all'art. 5 comma 1 del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, sono sottoposte a mediazione obbligatoria) si intendono quelle derivanti dalla violazione o dalla errata applicazione delle disposizioni riguardanti il condominio, vale a dire Libro II, Titolo VII, Capo II del codice civile e degli artt. 61-72 disp. att. c.c.»*.

L'azione dell'amministratore del condominio per il pagamento del compenso è invece soggetta al preventivo esperimento del procedimento di mediazione quale condizione obbligatoria di procedibilità giudiziale, poiché la controversia rientra nella materia del condominio: il presupposto della domanda è infatti costituito dall'adempimento delle obbligazioni nei rapporti tra amministratore e condominio (art. 1135 comma 1 e 1129 comma 4 c.c.), disposizioni espressamente richiamate dall'art. 71 *quater* comma 1 disp. att. c.c.⁵.

³ Cfr. Trib. Taranto, 22 agosto 2017 che sul punto così chiarisce: "la controversia tra il condominio e l'impresa appaltatrice dei lavori di manutenzione dell'edificio condominiale per il pagamento del saldo del corrispettivo non rientra tra quelle in materia di condominio soggette alla procedura di mediazione obbligatoria".

⁴ Cfr. Trib. Milano, (ord.) 15 dicembre 2020.

⁵ Cfr. Tribunale Bari, (ord.) 26 maggio 2014.

4. Mediazione e impugnazione della delibera assembleare. La causa di impugnativa di una delibera di assemblea condominiale rientra nelle controversie che il comma 1 *bis* del citato art. 5 del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 sancisce debbano essere precedute dall'esperimento preventivo del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità.

L'art. 1137 c.c. prevede, però, che l'impugnativa alla delibera debba essere proposta nel termine perentorio di trenta giorni, termine che decorre dalla data della deliberazione per i dissenzienti e o astenuti ovvero dalla data di comunicazione della deliberazione per gli assenti.

Ciò posto, ai fini del rispetto del termine decadenziale per l'impugnazione della delibera assembleare di cui all'art. 1137 comma 2 c.c. deve aversi riguardo al deposito della domanda di mediazione o alla sua comunicazione alle parti?

L'interrogativo ha trovato differenti soluzioni: secondo un orientamento⁶ (gli effetti impeditivi della decadenza dall'azione di impugnazione della delibera condominiali sarebbero collegati al deposito della domanda di mediazione, di guisa che la sua successiva comunicazione alla controparte oltre il termine di cui all'art. 1137 comma 2 c.c. non renderebbe inammissibile l'impugnazione; secondo un altro indirizzo giurisprudenziale⁷ il solo deposito dell'istanza di mediazione non produrrebbe effetti interruttivi della prescrizione o della decadenza della domanda giudiziale, dovendosi avere riguardo a tali fini alla comunicazione della domanda di mediazione alle parti.

Tra i due contrapposti orientamenti, il primo appare sorretto da un adeguato apparato motivazionale, fondandosi su una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 comma 1 *bis* D.lgs. 28/2010, in relazione all'art. 24 e 111 cost., in modo che il ricorso alla mediazione non debba ostacolare o vanificare la tutela dei diritti dei cittadini nella naturale sede giurisdizionale.

La interpretazione letterale dell'art. 5 del D.lgs. 4. 3. 2010 n. 28 comma sesto porterebbe il condominio che intende impugnare una delibera assembleare ad adire nei trenta giorni previsti dall'art. 1137 c.c. sia il Tribunale che a presentare la domanda di mediazione, per non dover incorrere nella decadenza per fatto estraneo alla propria sfera organizzativa, dato che una volta che ha presentato la domanda di mediazione la comunicazione della stessa demandata all'organismo deputato, ed un ritardo nella esecuzione di tale incombenza non potrebbe essere in alcun modo evitato dall'interessato. L'unica interpretazione possibile è quindi quella diversa, che realizza un bilanciamento degli interessi delle parti, secondo la quale il soggetto onerato dell'obbligo di iniziare il procedimento di mediazione

⁶ Cfr. Corte App. Brescia, 30 luglio 2018; Trib. Catania, 13 dicembre 2017.

⁷ Cfr. Trib. Torre Annunziata, 3 luglio 2019; Trib. Palermo, 18 settembre 2015.

debba presentare la domanda e tale attività segni il momento nel quale valutare se è stato rispettato il termine decadenziale previsto dall'art. 1137 c.c..

Strettamente connesso all'interrogativo in esame è quello ulteriore se la domanda di mediazione sospenda o interrompa il termine di decadenza per l'impugnazione della delibera.

Benchè anche sul punto vi sia un contrasto giurisprudenziale, l'orientamento dominante sembra propendere per la tesi che ravvisa nella proposizione della istanza di mediazione il verificarsi di un effetto interruttivo del termine ex art. 1137 c.c.⁸.

Trattandosi di interruzione del termine di 30 giorni, dopo il deposito del verbale negativo della mediazione, decorreranno da capo i trenta giorni per depositare la domanda giudiziale.

5. Il caso: Opposizione a decreto ingiuntivo emesso ai sensi dell'art. 63 disp. att. c.c. per la riscossione di oneri condominiali. All'esito della disamina del procedimento di mediazione in ambito condominiale è stato sottoposto ai partecipanti al gruppo di lavoro il seguente caso pratico in tema di opposizione a decreto ingiuntivo emesso ai sensi dell'art. 63 disp. att. c.c. per la riscossione di oneri condominiali:

“Tizio propone popone opposizione al d.i. immediatamente esecutivo emesso, su richiesta del Condominio, per il pagamento delle spese da lui dovute, in qualità di condomino, per lavori di straordinaria manutenzione del cortile condominiale, eccependo la nullità della delibera assembleare di riparto, per violazione di legge e del regolamento condominiale, essendo la ripartizione delle spese avvenuta in parti uguali tra i condomini, in violazione dell'art. 1123 c.c.. Chiede, previa sospensione della provvisoria esecuzione, la revoca del decreto.

Il Condominio si costituisce ed eccepisce l'improcedibilità della opposizione per mancato esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria; assume, nel merito, che la dedotta invalidità della deliberazione di ripartizione delle spese non potesse essere deliberata nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, trattandosi di questione che avrebbe dovuto essere oggetto di separata impugnativa avverso la deliberazione assembleare. Chiede il rigetto della opposizione”.

L'eccezione di improcedibilità dell'opposizione sollevata dal condominio opposto è infondata, in quanto l'art. 5 comma 4 lett. a) del D.lgs. 28/2010 dispone che la mediazione non si applica *“nei procedimenti per ingiunzione, inclusa*

⁸ Cfr. in tal senso, Trib. Milano, 2 febbraio 2016; Corte d'Appello Brescia, 30 luglio 2018; Trib. Torre Annunziata, 3 luglio 2019; contra Trib. Palermo, 18 settembre 2015.

l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione".

Nel merito, il caso verte su due questioni di massima di particolare importanza sulle quali si sono di recente pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 9839 del 14/4/2021.

La prima questione attiene all'estensione del *thema decidendum* del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo emesso per la riscossione degli oneri condominiali; si tratta, in particolare, di stabilire se, in tale giudizio, il giudice possa sindacare la validità della deliberazione assembleare di ripartizione delle spese su cui è fondata l'ingiunzione di pagamento ovvero se tale sindacato gli sia precluso, per essere riservato ad apposito giudizio avente specificamente ad oggetto l'impugnazione in via immediata della deliberazione.

A tale quesito, la giurisprudenza di legittimità aveva dato, in un primo momento, risposta negativa, affermando il principio secondo cui, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo concernente il pagamento di contributi per le spese condominiali, il condomino opponente non potesse far valere questioni attinenti alla validità della delibera condominiale, ma solo questioni riguardanti l'efficacia della medesima⁹. In particolare, il giudice dell'opposizione doveva limitarsi a verificare la perdurante esistenza ed efficacia della delibera assembleare, senza poter sindacare, neppure in via incidentale, la sua validità, essendo tale sindacato riservato al giudice davanti al quale detta deliberazione era stata impugnata¹⁰.

Queste conclusioni, che relegavano l'azione di annullamento della delibera assembleare in un separato giudizio, necessariamente distinto da quello di opposizione al decreto ingiuntivo, erano state contraddette da un nuovo indirizzo giurisprudenziale di legittimità, che aveva affermato il diverso principio secondo cui, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di oneri condominiali, il limite alla rilevabilità d'ufficio dell'invalidità della sottostante delibera non opera allorché si tratti di vizi implicanti la sua nullità, in quanto la validità della delibera rappresenta un elemento costitutivo della domanda di pagamento¹¹.

⁹ Cfr. Cass., Sez. 2, 7 novembre 2016, n. 22573; Cass., Sez. 2, 1° agosto 2006, n. 17486.

¹⁰ Cfr. Cass., S.U., 18 dicembre 2009, n. 26629; nel medesimo senso, Cass., Sez. 2, 19 febbraio 2016 n. 3354; Cass., Sez. 2, 23 febbraio 2017 n. 4672; in senso conforme, non massimate: Cass., Sez. 2, 19 marzo 2014, n. 6436; Cass., Sez. 2, 28 marzo 2019, n. 8685; da ultimo Cass., Sez. 2, 9 agosto 2019, n. 21240 in motiv..

¹¹ Cfr. Cass., Sez. 2, 12 gennaio 2016 n. 305; Cass., Sez. 2, 23 luglio 2019 n. 19832; nello stesso senso, non massimate: Cass., Sez. 6-2, 12 settembre 2018 n. 22157; Cass., Sez. 6-2, 20 dicembre 2018

Le Sezioni Unite ritengono che il primo orientamento debba essere superato, mancando ragioni sufficienti per negare al giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo il potere di sindacare la validità della deliberazione assembleare posta a fondamento dell'ingiunzione; anzi, diverse fondate ragioni inducono a riconoscere al giudice dell'opposizione il potere di sindacare non solo l'eventuale nullità di tale deliberazione, ma anche la sua annullabilità, ove dedotta nelle forme e nei tempi prescritti dalla legge.

Esse affermano quindi i seguenti principi di diritto:

- *“Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi condominiali, il giudice può sindacare sia la nullità, dedotta dalla parte o rilevata d'ufficio, della deliberazione assembleare posta a fondamento dell'ingiunzione, sia l'annullabilità di tale deliberazione, a condizione che quest'ultima sia dedotta in via di azione – mediante apposita domanda riconvenzionale di annullamento contenuta nell'atto di citazione in opposizione – ai sensi dell'art. 1137 c.c., comma 2, nel termine perentorio ivi previsto, e non in via di eccezione”;*
- *“Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi condominiali, l'eccezione con la quale l'opponente deduca l'annullabilità della deliberazione assembleare posta a fondamento dell'ingiunzione, senza chiedere una pronuncia di annullamento di tale deliberazione, è inammissibile e tale inammissibilità va rilevata e dichiarata d'ufficio dal giudice”.*

A queste conclusioni le Sezioni Unite pervengono, considerando che:

- la validità della delibera costituisce il presupposto necessario per la conferma del decreto ingiuntivo;
- ragioni di economia processuale, in linea col principio costituzionale della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost., comma 2), impongono di riconoscere al giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo il potere di sindacare, ove richiesto, l'invalidità della deliberazione a fondamento dell'ingiunzione, in quanto, negare al giudice dell'opposizione la possibilità di sindacare la invalidità della deliberazione posta a base dell'ingiunzione provocherebbe la moltiplicazione dei giudizi, perchè costringerebbe il giudice a rigettare l'opposizione e obbligherebbe la parte opponente, che intenda far valere detta invalidità, a promuovere separato giudizio e, successivamente, nel caso in cui la deliberazione fosse annullata, a proporre domanda di accertamento e di ripetizione di indebito ovvero opposizione all'esecuzione, prolungando così il contenzioso tra le parti. Al con-

n. 33039; Cass., Sez. 6-2, 27 settembre 2018 n. 23223.

trario, riconoscere al giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo la possibilità di sindacare la validità della deliberazione assembleare consente di definire nel medesimo giudizio tutte le questioni relative alla deliberazione su cui si fonda l'ingiunzione e di evitare la proliferazione delle controversie;

- la nullità, quale vizio radicale del negozio giuridico, impedisce, per sua natura, allo stesso di produrre alcun effetto nel mondo del diritto (*"quod nullum est nullum producit effectum"*); essa è deducibile da chiunque vi abbia interesse ed è rilevabile d'ufficio (art. 1421 c.c.). Perciò, negare al giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo il potere di tener conto della eventuale nullità della deliberazione assembleare significa negare la stessa nozione di nullità; significa, al posto, costringere il giudice a ritenere giuridicamente efficace ciò che tale non è;

- non vi sono neppure valide ragioni per negare al giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo il potere di verificare l'esistenza di una causa di "annullabilità" della deliberazione a fondamento del decreto, ove dedotta dall'opponente nelle forme e termini di legge, e di provvedere al suo annullamento;

La seconda questione riguarda il tipo di invalidità che inficia la deliberazione dell'assemblea condominiale che ripartisca le spese tra i condomini in violazione dei criteri dettati negli artt. 1123 c.c. e segg. o dei criteri convenzionalmente stabiliti; si tratta, in particolare, di stabilire se una deliberazione siffatta debba ritenersi affetta da "nullità", come tale rilevabile d'ufficio e deducibile in ogni tempo da chiunque vi abbia interesse, ovvero da mera "annullabilità", deducibile nei modi e nei tempi previsti dall'art. 1137 c.c., comma 2.

Ritengono le Sezioni Unite che le delibere in materia di ripartizione delle spese condominiali sono nulle per "impossibilità giuridica" dell'oggetto ove l'assemblea, esulando dalle proprie attribuzioni, modifichi i criteri di ripartizione delle spese, stabiliti dalla legge o in via convenzionale da tutti i condomini, da valere – oltre che per il caso oggetto della delibera in questione – anche per il futuro; mentre sono semplicemente annullabili nel caso in cui i suddetti criteri vengano soltanto violati o disattesi nel singolo caso deliberato.

Questo il principio di diritto affermato:

"In tema di deliberazioni dell'assemblea condominiale, sono nulle le deliberazioni con le quali, a maggioranza, siano stabiliti o modificati i generali criteri di ripartizione delle spese previsti dalla legge o dalla convenzione, da valere per il futuro, trattandosi di materia che esula dalle attribuzioni dell'assemblea previste dall'art. 1135 c.c., nn. 2) e 3), e che è sottratta al metodo maggioritario; sono, invece, meramente annullabili le deliberazioni aventi ad oggetto la ripartizione in concreto tra i condomini delle spese relative alla gestione delle parti e dei servizi comuni adottate senza modificare i criteri generali previsti dalla legge o dalla convenzione, ma in violazione degli stessi, trattandosi di deliberazioni assunte nell'esercizio delle dette attribuzioni assembleari, che non sono contrarie a norme

imperative, cosicchè la relativa impugnazione va proposta nel termine di decadenza previsto dall'art. 1137 c.c., comma 2".

Tornando al caso in esame:

- la deliberazione di ripartizione delle spese su cui si fonda l'ingiunzione non è nulla, ma annullabile;
- trattandosi di deliberazione annullabile, l'opponente avrebbe dovuto esercitare l'azione di annullamento nei modi e nei tempi previsti dall'art. 1137 c.c.;
- non avendo Tizio esercitato l'azione di annullamento, mediante la proposizione di apposita domanda riconvenzionale nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, la dedotta invalidità della delibera non è scrutinabile dal giudice dell'opposizione.

Ammettiamo, quindi, che il giudice si sia riservato alla prima udienza sulla istanza di sospensione della provvisoria esecuzione, quali sono i provvedimenti che dovrà adottare?

Il giudice emetterà una ordinanza con la quale:

a) rigetterà l'eccezione di improcedibilità dell'opposizione avanzata da parte opposta, in quanto infondata a norma dell'art. 5 comma 4 lett. a) del D.lgs. n. 28/2010;

b) rigetterà l'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, non ricorrendo i gravi motivi richiesti dall'art. 649 c.p.c. per la sospensione dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto, avuto riguardo alla natura della dedotta invalidità della deliberazione assembleare di ripartizione delle spese posta a fondamento dell'ingiunzione e alla mancata deduzione della stessa nelle forme di legge, con l'inevitabile conseguenza della insindacabilità in questa sede della validità della delibera¹²;

c) assegnerà alle parti termine di 15 giorni a decorrere dalla comunicazione dell'ordinanza per procedere alla mediazione ex art. 5 comma 1-bis decreto legislativo 28/2010 nelle debite forme previste dalla legge, rinviando ad una successiva udienza al fine di valutare gli esiti della procedura di mediazione.

Alla successiva udienza il giudice dovrà verificare che il procedimento di mediazione sia stato regolarmente esperito.

Se nessuna delle parti avrà attivato il procedimento di mediazione obbligatoria opererà il meccanismo di sanatoria previsto dall'art. 5 comma 1 bis D.lgs. 28/2010 – secondo cui il giudice, ove rilevi (su eccezione di parte o d'ufficio, non oltre la prima udienza), che la mediazione non è stata esperita, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della relativa domanda.

¹² Cfr. Cass., S.U., 14 aprile 2021, n. 9839.

Va peraltro osservato che, per il principio di effettività della mediazione, è necessario che le parti compaiano personalmente davanti al mediatore. La giurisprudenza di legittimità ha infatti chiarito che “nel procedimento di mediazione obbligatoria disciplinato dal d.lg. n. 28 del 2010 e successive modifiche, è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore; nella comparizione obbligatoria davanti al mediatore la parte può anche farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente nella persona dello stesso difensore che l’assiste nel procedimento di mediazione, purché dotato di apposita procura sostanziale”¹³.

In conformità alla pronuncia innanzi riportata, il Tribunale di Pistoia ha dichiarato improcedibile la domanda di parte attrice – volta all’annullamento di una delibera condominiale – per non essersi la stessa presentata personalmente al tentativo di mediazione, ma solamente tramite un sostituto del suo procuratore, non munito di procura, ritenendo essere venuta meno la condizione di procedibilità della domanda giudiziale ai sensi dell’art. 5 D.lgs. n. 28/2010.

6. (Segue). L’onere di promuovere la mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Chi deve promuovere la mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, l’opponente o l’opposto?

La questione non è di poco conto per le conseguenze, diametralmente opposte, che derivano dal mancato esperimento del procedimento di mediazione.

Se, infatti, l’onere di promuovere la mediazione spetti all’opponente, al mancato esperimento della mediazione conseguirà la declaratoria di improcedibilità della opposizione e la conferma del decreto ingiuntivo opposto; diversamente, l’improcedibilità deve intendersi riferita alla domanda monitoria con conseguente revoca del decreto.

L’interrogativo è stato oggetto di ampio e vivace dibattito, specie nei primi tempi di reintroduzione dell’obbligo di mediazione per le controversie di cui all’art. 5 comma 1 *bis* D.lgs. 28/2010.

A favore della tesi volta ad individuare nell’opponente il soggetto onerato di promuovere il procedimento di mediazione si è schierata in un primo tempo anche la Corte di Cassazione¹⁴, affermando che: “la disposizione di cui al D.lgs. n. 28 del 2010, art. 5, di non facile lettura, deve essere interpretata conformemente alla sua ratio. La norma è stata costruita in funzione deflattiva e, pertanto, va interpretata alla luce del principio costituzionale del ragionevole processo e, dunque, dell’efficienza processuale. In questa prospettiva la norma, attraverso il

¹³ Cfr. Cass., 6 febbraio 2019, n. 8473.

¹⁴ Cfr. Cass., 3 dicembre 2015 n. 24629.

meccanismo della mediazione obbligatoria, mira – per così dire – a rendere il processo la estrema ratio: cioè l'ultima possibilità dopo che le altre possibilità sono risultate precluse. Quindi l'onere di esperire il tentativo di mediazione deve allocarsi presso la parte che ha interesse al processo e ha il potere di iniziare il processo. Nel procedimento per decreto ingiuntivo cui segue l'opposizione, la difficoltà di individuare il portatore dell'onere deriva dal fatto che si verifica una inversione logica tra rapporto sostanziale e rapporto processuale, nel senso che il creditore del rapporto sostanziale diventa l'opposto nel giudizio di opposizione. Questo può portare ad un errato automatismo logico per cui si individua nel titolare del rapporto sostanziale (che normalmente è l'attore nel rapporto processuale) la parte sulla quale grava l'onere. Ma in realtà – avendo come guida il criterio ermeneutico dell'interesse e del potere di introdurre il giudizio di cognizione – la soluzione deve essere quella opposta. Invero, attraverso il decreto ingiuntivo, l'attore ha scelto la linea deflattiva coerente con la logica dell'efficienza processuale e della ragionevole durata del processo. È l'opponente che ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore.

È dunque sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria perché è l'opponente che intende precludere la via breve per percorrere la via lunga.

La diversa soluzione sarebbe palesemente irrazionale perché premierebbe la passività dell'opponente e accrescerebbe gli oneri della parte creditrice. Del resto, non si vede a quale logica di efficienza risponda una interpretazione che accolli al creditore del decreto ingiuntivo l'onere di effettuare il tentativo di mediazione quando ancora non si sa se ci sarà opposizione allo stesso decreto ingiuntivo. È, dunque, l'opponente ad avere interesse ad avviare il procedimento di mediazione pena il consolidamento degli effetti del decreto ingiuntivo ex art. 653 c.p.c.. Soltanto quando l'opposizione sarà dichiarata procedibile riprenderanno le normali posizioni delle parti: opponente convenuto sostanziale, opposto – attore sostanziale.

Ma nella fase precedente sarà il solo opponente, quale unico interessato, ad avere l'onere di introdurre il procedimento di mediazione; diversamente, l'opposizione sarà improcedibile”.

L'orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato tuttavia ampiamente criticato dalla dottrina e da una parte della giurisprudenza di merito, sul rilievo dell'irragionevole squilibrio ai danni del debitore, il quale non solo subiva l'ingiunzione di pagamento a contraddittorio differito, ma nella procedura successiva alla fase sommaria, era pure gravato di un altro onere che, nel procedimento ordinario, non sarebbe spettato a lui e ciò sulla base di una scelta discrezionale del creditore.

Recependo le critiche della dottrina e della giurisprudenza e prendendo atto della inversione soltanto formale delle posizioni delle parti nel giudizio che instaura a seguito della opposizione a decreto ingiuntivo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamate a pronunciarsi sulla questione, hanno affermato che “Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell’art. 5, comma 1-*bis*, del D.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l’onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-*bis* conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo”¹⁵.

7. (Segue). La proposta di conciliazione con invio in mediazione obbligatoria sub condizione. La mediazione non è l’unico strumento alternativo di risoluzione della controversia applicabile nel caso posto all’attenzione dei partecipanti.

La fattispecie concreta presenta, infatti, anche tutti i requisiti per la formulazione di una proposta di conciliazione del giudice ai sensi dell’art. 185 *bis* c.p.c..

La disposizione in questione prevede che il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l’istruzione, formuli alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all’esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa.

Nel caso sottoposto all’esame durante i lavori del laboratorio formativo è stato rispettato il limite temporale di proposizione della proposta, per essersi il giudice riservato alla prima udienza; la causa verte, inoltre, in materia di diritti disponibili, suscettibili di conciliazione e, infine, su una questione di diritto ormai risolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Ricorrono pertanto i presupposti normativi ai quali è condizionato il potere discrezionale del giudice di avanzare la proposta.

Quale contenuto deve avere la proposta di conciliazione formulata dal giudice?

Se l’opponente non è più nei termini per proporre l’azione di annullamento della delibera, il giudice potrà formulare alle parti una proposta che preveda l’abbandono del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo con spese a carico di parte opponente, liquidate per le sole fasi di studio e introduttiva nei minimi tariffari.

¹⁵ Cfr. Cass., S.U., 18 settembre 2020, n. 19596.

Se, invece, ci sono ancora i margini per esperire l'azione di annullamento della deliberazione, sarebbe opportuno che in via conciliativa si addivenga ad una soluzione effettiva che risolva in radice il contrasto, evitando la proposizione di ulteriori giudizi; sarebbe pertanto auspicabile una proposta che ridetermini la ripartizione delle spese in base ai corretti criteri di legge, modificando la conseguente statuizione condannatoria.

Sia in un caso, che nell'altro sarebbe opportuno indicare alcune fondamentali direttrici utili a orientare le parti nella riflessione sul contenuto della proposta e nell'opportunità e convenienza di farla propria, ovvero di svilupparla autonomamente.

Benché la legge non preveda che la proposta formulata dal giudice ai sensi dell'art. 185 *bis* c.p.c. debba essere motivata, inserire indicazioni motivazionali rafforza la efficacia della proposta.

Nel caso *de quo*, il giudice ben potrebbe fare riferimento, sia pure in termini sintetici, ai principi espressi dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, onde orientare le parti nella valutazione di accettazione della proposta.

Oltre a formulare la proposta, il giudice potrà e dovrà, subordinatamente alla mancata accettazione della stessa, assegnare alle parti il termine per l'esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria e ciò a dimostrazione di come l'invio in mediazione possa combinarsi con la proposta conciliativa del giudice ex art. 185 *bis* c.p.c. consentendo al giudice di optare per il modulo della conciliazione oppure per quello della mediazione, a seconda delle circostanze del caso concreto, ovvero, per entrambi nell'ottica del raggiungimento, nel più breve tempo possibile, di una soluzione effettiva che risolva il conflitto nel suo complesso ed eviti la proliferazione di ulteriori giudizi.

Laboratorio di mediazione: le attività, la proposta e il verbale del mediatore.

La consulenza tecnica in mediazione

SOMMARIO: 1. L'analisi dei verbali di mediazione previsti dall'art. 11 D.lgs. 28/2010. – 2. La consulenza tecnica in mediazione. – 3. La proposta del mediatore. – 4. Appendice: i verbali conclusivi del procedimento di mediazione.

1. L'analisi dei verbali di mediazione previsti dall'art. 11 D.lgs. 28/2010. Il coordinamento del gruppo di lavoro assegnato all'area tematica sulle successioni ereditarie e lo scioglimento di comunione – condotto dalla scrivente nell'ambito della Sessione dedicata ai laboratori pomeridiani allestiti durante il corso sulle ADR tenutosi presso la sede formativa di Napoli-Castelcapuano – si è posto come obiettivo l'individuazione e la valorizzazione di tutte le possibili leve conciliative che il giudice ha a disposizione allorquando valuti la possibilità di inviare le parti davanti ad un mediatore, ai sensi dell'art. 5 comma 2 D.lgs. 28/2010, nonché quando il rinvio in mediazione venga disposto ai sensi dell'art. 5 comma 1 *bis*. Anche in questo secondo caso, infatti, il giudice potrà suggerire nell'ordinanza di rinvio una serie di spunti di riflessione e formulare un'ipotesi di confronto, per aiutare le parti ed il mediatore a focalizzarsi su quegli aspetti considerati. A questo fine, il metodo di lavoro applicato al laboratorio in argomento è stato impostato seguendo una scaletta progressiva e “a ritroso”.

Si è partiti dall'analisi dell'impostazione e della tecnica di redazione dei verbali conclusivi del procedimento, così come individuati e previsti dal legislatore ai sensi dell'art. 11 del D.lgs. 28/2010, soffermandosi innanzitutto sulla “rubrica” di ogni tipo di verbale, quale primo elemento di analisi.

Il gruppo dei corsisti coinvolti ha proseguito poi con l'esame del contenuto del verbale, rilevando l'importanza della precisa elencazione, da parte del mediatore, dei momenti fondamentali del procedimento, dall'avvio fino alla sua conclusione, da intendersi quasi una “fotografia” del procedimento, indispensabile perché il giudice possa apprezzare non solo la correttezza della procedura e il rispetto della normativa vigente ma anche scrutinare l'atteggiamento delle parti relativamente alla disponibilità o meno nello svolgere il tentativo conciliativo.

L'analisi del "contenuto" è risultata uno snodo essenziale per la verifica dell'assolvimento della condizione di procedibilità, desumibile dal rispetto di quanto previsto dall'art. 5 comma 1 *bis*, 5 comma 2 *bis*, 8 comma 1 e non di meno 8 comma 3 (*"il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia"*).

Dall'analisi dei verbali il gruppo dei discenti ha proseguito con un'ampia riflessione sull'attività svolta dal mediatore così come definita dall'art. 1 D.lgs. 28/2010 ed evidenziata dal verbale conclusivo (*"...l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa..."*) passando in rassegna in maniera profusa tutte le azioni di prerogativa del mediatore, riservando infine un *focus* particolare alla "proposta del mediatore".

Il gruppo si è ampiamente confrontato sui presupposti necessari a che la condizione di procedibilità possa considerarsi assolta, e dunque sulla necessità o meno che le parti entrino nel merito della questione oggetto di mediazione già al primo incontro.

È emerso altresì come la disamina del verbale non possa prescindere dalla verifica del rispetto delle disposizioni contenute nel D.M. n. 180/2010 in particolare con riferimento alla disposizione di cui all'art. 7 comma 5 lettera d) (*"... nei casi di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo, il mediatore svolge l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione, e la segreteria dell'organismo può rilasciare attestato di conclusione del procedimento solo all'esito del verbale di mancata partecipazione della medesima parte chiamata e mancato accordo, formato dal mediatore ai sensi dell'articolo 11, comma 4, del decreto legislativo..."*).

È stato dunque approfondito il tema delle attività che ogni mediatore deve necessariamente svolgere al fine di ottemperare pienamente e concretamente al disposto di cui all'art. 8 comma 3 del D.lgs. 28/2010 (*"il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia"*), sia nei casi in cui tutte le parti si presentino al primo incontro di mediazione sia allorquando innanzi al mediatore si presenti solamente l'istante.

In questo caso – seppur si sia affermata la *"malpractice"* di chiudere tempestivamente il procedimento di mediazione con la stesura di un frettoloso verbale di mancata adesione, ignorando la disposizione di cui all'art. 7 comma 5 lettera d) testé riportata – va sottolineato come il mediatore sia comunque tenuto a svolgere diverse attività che il legislatore ha puntualmente previsto, e che devono poi essere riportate nel verbale conclusivo.

La mancata adesione di tutte le parti in lite alla mediazione non pregiudica infatti in alcun modo la possibilità di coltivare comunque il procedimento di

mediazione, ed anzi, nel caso in cui si verta in una delle materie contemplate dall'art. 5 comma 1 *bis*, D.lgs. 28/2010, e la sola parte presente sia la parte istante, la mediazione deve comunque espletarsi, come chiarito dal Ministero della Giustizia, con la Circolare del 4 aprile 2011, a pena di declaratoria di improcedibilità della domanda giudiziale¹.

Pertanto, laddove il mediatore ritenga di poter apportare un utile contributo nella risoluzione della controversia – nonostante l'assenza di una delle parti in lite – dovrà procedere utilizzando tutti gli strumenti che la legge mette a sua disposizione e di per sé utili a questo fine, ivi compresa la nomina, ai sensi dell'art. 8 comma 4 D.lgs. 28/2010 del Consulente Tecnico in Mediazione (CTM)².

Il mediatore, che svolgesse il procedimento di mediazione alla presenza della sola parte aderente e che procedesse ai sensi dell'art. 8 comma 4, D.lgs. 28/2010

¹ “La mediazione obbligatoria è tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata e non può, quindi, dirsi correttamente percorsa ove l'istante si sia rivolto ad un organismo di mediazione ed abbia rinunciato, a seguito della ricezione della comunicazione di mancata adesione della parte invitata, alla mediazione. Ove, invece, si ritenesse legittima tale previsione regolamentare, si produrrebbe l'effetto, non consentito, di un aggiramento della previsione che ha imposto l'operatività della condizione di procedibilità per talune materie... A dare ulteriore conforto a tale impostazione è la circostanza che ai sensi dell'art. 11 del D.lgs. 28/2010 e dell'art. 7 del d.m. 180/2010, il mediatore può formulare la proposta anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione; in ogni caso, è il mediatore che deve verificare se effettivamente la controparte non si presenti, essendo tale comportamento valutabile dal giudice nell'effettivo successivo giudizio, ai sensi dell'art. 8, comma quinto, del D.lgs. 28/2010. È, inoltre, rilevante considerare che, nel corso del procedimento di mediazione, il mediatore potrebbe ragionare con l'unica parte presente sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa da comunicare all'altra parte come proposta dello stesso soggetto in lite e non del mediatore. In conclusione: la previsione, per talune materie, di una condizione di procedibilità comporta che la mediazione debba essere effettivamente esperita dinanzi al mediatore, sia pure con le modalità sopra indicate, con la conseguenza che, per ritenersi esperita la condizione di procedibilità, l'unico soggetto legittimato secondo legge a redigere il verbale di esito negativo della mediazione è il mediatore e non la segreteria dell'organismo di mediazione”. Circolare 4 aprile 2011 – Ministero della Giustizia Dipartimento per gli affari di giustizia Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti.

² Art. 8 comma 4 D.lgs. 28/2010. Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti. Sull'eccezione di irrivalenza della nomina del CTM in assenza di una delle parti cfr. Tribunale di Parma, prima sezione civile, 13 marzo 2015.

“... La circostanza che la perizia disposta dal mediatore sia o meno rituale (perché disposta in assenza di una delle parti, n.d.r.) – non inficia l'attendibilità dell'esame condotto dal Prof. Iotti, il quale veniva a ciò incaricato non dalla parte ma da un terzo estraneo alla lite, quale è l'organismo di mediazione”.

potrà allora, in prima battuta, invitare quest'ultima a formulare essa stessa una proposta conciliativa, anche eventualmente rimodulando le proprie pretese, qualora ve ne fossero i presupposti in base all'esito della CTM, al fine di sollecitare la parte non aderente ad una riflessione oggettiva dei fatti controversi.

In questo caso non si tratta di una "proposta del mediatore" ma di una "proposta della parte": non produce pertanto gli effetti previsti dall'articolo 13 del D.lgs. 28/2010³, bensì potrà – una volta trasmessa alla parte assente e da essa disattesa – essere riportata nel verbale di mancato accordo allo scopo di evidenziare *l'animus conciliandi* di una parte, e condurre il giudice nel successivo giudizio a desumere eventualmente argomenti di prova a carico dell'altra, a mente dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c., e dell'art. 8, comma 4 *bis* D.lgs. 28/2010⁴.

A seguito del rifiuto frapposto da parte del convenuto alla proposta formulata dall'unica parte presente, quest'ultima potrebbe chiedere al mediatore – qualora il regolamento dell'organismo lo prevedesse – di formulare a sua volta una proposta conciliativa c.d. "contumaciale".

Il mediatore in tal caso potrà (*rectius*, dovrà) formularla eventualmente anche sulla base degli elementi tecnici acquisiti dalla CTM, laddove disposta.

La parte convenuta non aderente potrebbe a questo punto decidere di rivalutare l'opportunità di aderire alla procedura, non necessariamente accettando la

³ Art. 13 D.lgs. 28/2010 Spese processuali: 1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.

2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

3. Salvo diverso accordo, le disposizioni dei commi 1 e 2 non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri.

⁴ 4-*bis*. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

proposta del mediatore, ma, eventualmente, inviando una propria controproposta: a questo punto potrebbe così riaprirsi il dialogo tra le parti.

In siffatta ipotesi lo scopo della mediazione sarebbe comunque raggiunto: una proposta del mediatore rifiutata, ma che abbia portato ad uno scambio reciproco di proposte e ad una soluzione finale, avrà il merito di aver riaperto il negoziato, fino all'auspicabile trasformazione del conflitto in una soluzione.

Nel caso in cui, però, oltre alla proposta di parte, anche la proposta del mediatore venisse rifiutata, nel verbale di mancata adesione andranno inserite sia la proposta della parte, che la proposta del mediatore, con risvolti di non poco conto in sede giudiziale, potendo la parte non aderente essere esposta alle conseguenze previste non solo ai sensi dell'art. 13 del D.lgs. 28/2010⁵ ma finanche a mente dell'art. 8 comma 4 *bis* del D.lgs. 28/2010⁶ per l'ipotesi della mancata adesione.

Con lo stesso spirito, il mediatore può avvicinarsi con coraggio all'utilizzo della CTM, nella consapevolezza di disporre di uno strumento fondamentale per l'affermazione dell'istituto della mediazione, strumento certamente un po' forzato nei casi in cui sia mancata l'adesione, ma allo stesso modo da reputarsi come irrinunciabile nell'affrontare i nodi di talune tipologie di conflitto.

Tra l'altro proprio in questa prospettiva si riscontra come molti organismi di mediazione hanno rivisto il proprio regolamento, estendendo la possibilità per il mediatore di formulare la proposta conciliativa anche ai casi di mancata adesione del convenuto, con l'intento di tener viva la mediazione e di tentare ogni strada possibile per evitare il giudizio; l'invio di una proposta – sia essa di parte o del mediatore – fondata se del caso anche su una CTM, aiuta a riaprire e definire positivamente un maggior numero di trattative di composizione amichevole della lite.

Proprio con la specifica finalità di mettere in luce tutte le attività espletate dal mediatore dall'avvio fino alla chiusura del procedimento, si è indirizzato il gruppo di lavoro del laboratorio formativo a soffermarsi sulla "forma" del verbale conclusivo, diversa dunque a seconda non solo dell'esito ma soprattutto delle attività compiute dal mediatore.

Si è così giunti alla simulazione della redazione di tre diversi tipi di verbali, in sé esemplificativi perchè riportano l'elencazione dei dati necessari e sufficienti alla verifica di quanto svolto in mediazione, in maniera da fornire ogni informazione reputata utile ai fini dello scrutinio del verbale in sede giudiziale vieppiù in ragione della sua conformazione alla condizione di procedibilità⁷.

⁵ Ivi nota 339

⁶ Ivi nota 340

⁷ B. COCOLA, G. E. ZACCHEO, La condizione di procedibilità della domanda giudiziale ex art. 5 com-

2. *La consulenza tecnica in mediazione.* Il percorso del laboratorio è proseguito con l'approfondimento più in dettaglio delle prerogative del mediatore con stretto riguardo a tutte quelle azioni ed interventi che egli può mettere in opera nell'espletamento dell'*"attività finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"*, di cui all'art. 1 del D.lgs. 28/2010.

Le parti in lite, usualmente, si approcciano alla procedura negoziale sprovviste di una visione – propria invece del mediatore professionista – che vada oltre il riconoscimento dei loro pretesi diritti e che si soffermi, invece, più pragmaticamente e opportunamente, sugli interessi concreti da perseguire.

Grazie all'aiuto del mediatore – che sappia mettere in campo tutte le competenze richieste – i soggetti in conflitto tra loro sono guidati verso il raggiungimento di un risultato che li porti ad uscire dalla contesa quali vincitori, secondo la c.d. formula *win-win*.

Tale risultato è reso possibile in mediazione per il semplice fatto che il mediatore non è imbrigliato nel rigido schema del principio della "corrispondenza del chiesto e pronunciato" a cui al contrario il giudice rimane vincolato per legge.

Il mediatore potrà spaziare dunque su questioni "*ultra petitem*" che, però, incidono sul conflitto che è chiamato a gestire, attingendo dalle informazioni acquisite nel corso degli incontri, molteplici *input* risolutivi della vertenza.

Per il raggiungimento di questo obiettivo il mediatore non può non tener conto degli aspetti tecnici che connotano le materie del contendere che è chiamato a gestire.

Proprio alla luce di questa esigenza, il legislatore ha previsto la possibilità di far intervenire un consulente tecnico in ausilio all'attività del mediatore per quelle controversie che si caratterizzano per aspetti particolarmente settoriali.

Tale possibilità è stata oggetto di discussione nel corso del laboratorio, attraverso l'esame della normativa vigente e lo studio di casi pratici di mediazione.

All'art. 8, commi 1 e 4 D.lgs. 28/2010 si legge: "*Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo di mediazione può nominare uno o più mediatori ausiliari. Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti*".

Può succedere dunque che durante la procedura di mediazione – in quei casi in cui tra i mediatori dell'organismo non ve ne sia alcuno competente per

ma 1 bis D.lgs. 28/2010 1, in La Nuova Procedura Civile, gennaio 2017.

la materia oggetto della controversia caratterizzata da elementi tecnici – venga nominato dal mediatore un consulente.

La scelta cadrà tra i professionisti iscritti negli albi presso il Tribunale.

Le modalità di calcolo e la liquidazione dei compensi sono rimesse alla autonomia regolamentare che la legge riconosce agli organismi di mediazione per disciplinare il proprio procedimento di mediazione ex art. 3, comma 1 D.lgs. 28/2010.

In sede di analisi della norma ci si è soffermati sulla differenza tra i compensi dei consulenti tecnici nominati in sede giudiziale e quelli invece di norma applicati quando l'incarico tecnico è conferito in sede di mediazione. Le tariffe sono, per prassi consolidata, molto più basse: i consulenti sono disposti a calmierare i loro compensi così come calmierate sono le tariffe per le indennità di mediazione, rispetto al valore della controversia.

Ciò permette alle parti di affrontare il percorso di mediazione senza eccessivi esborsi economici, anche laddove sia necessario l'intervento di un ausiliario del mediatore.

Dalla disamina puntuale delle disposizioni normative contemplate dall'art. 8 citato il legislatore sottende a individuare due distinte figure di mediatori: i mediatori ai quali l'organismo affida il compito di svolgere l'attività di cui all'art. 1 D.lgs. 28/2010 e i mediatori ausiliari dei primi.

È emerso dal confronto come, senza ombra di dubbio, l'attività di mediazione non possa prescindere da competenze ben distinte: la competenza nella gestione del conflitto – propria del mediatore che possiamo definire “principale” – sempre condizione necessaria e indispensabile per incardinare un procedimento di mediazione, e la competenza tecnica – propria del mediatore ausiliario – necessaria solo laddove la materia conflittuale si presenti con connotazioni e tecnicismi particolari; in tal caso l'ausiliario, se non disponibile tra i mediatori dell'organismo adito, come detto andrà reperito esternamente attingendo agli albi dei professionisti tenuti presso gli uffici giudiziari.

Il mediatore c.d. “principale”, tuttavia, non potrà essere privo di competenze giuridiche dal momento che – è bene ricordare – svolge la sua attività nell'ambito della mediazione civile e commerciale, per sua natura finalizzata a dirimere controversie aventi ad oggetto rapporti giuridici disciplinati dal diritto civile e commerciale.

L'intervento dell'esperto potrà fornire alle parti tutti gli elementi utili a circoscrivere il problema ed a far affiorare le possibili soluzioni, ma qualora le parti non riescano a farle proprie od elaborarne delle ulteriori, arenandosi in una situazione di stallo, il mediatore potrà utilizzare l'elaborato tecnico fornito dal suo ausiliario (la c.d. consulenza tecnica di mediazione), per formulare una proposta conciliativa ai sensi degli artt. 1 e 11 comma 1 del D.lgs. 28/2010.

La C.T.M. si rivela nella prassi uno strumento di eccezionale efficacia per avvicinare le parti e condurle a trovare una soluzione condivisa.

L'apporto squisitamente tecnico di un esperto "terzo ed imparziale" fornisce uno straordinario supporto al confronto, sgretolando spesso quelle rigidità che, per ragioni di principio, allontanano le parti dall'accordo e, prima ancora, dal dialogo.

Qualora però le parti, nonostante l'intervento dell'ausiliario del mediatore, non riescano a trovare da sole un accordo soddisfacente per entrambe, spetterà al mediatore intervenire con la formulazione di una proposta conciliativa auspicabilmente mettendo a frutto gli esiti raggiunti nella C.T.M..

Da un'attenta lettura sistematica della normativa di riferimento, la proposta del mediatore assume ad un ruolo fondamentale nella composizione della controversia, e ciò anche in piena coerenza con i fini deflattivi che il legislatore italiano ha attribuito all'istituto della mediazione.

A conferma di quanto fin qui osservato soccorre l'intero impianto normativo che disciplina la mediazione.

All'art. 11 comma 1 del decreto lgs. 28/2010 che disciplina la fase conclusiva del procedimento di mediazione, infatti, si legge: *"Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13"*.

L'opzione del legislatore verso un *clinamen* valutativo nell'ambito di una procedura eminentemente facilitativa trova probabile ragione nella volontà di evitare che il tentativo di conciliazione si traduca in un "nulla di fatto" per l'atteggiamento di chiusura pregiudiziale delle parti, dovuto alle tensioni generate dal conflitto personale, o alla eccessiva convinzione nel fondamento della propria pretesa⁸.

La proposta del mediatore assume così un significato ulteriore, soprattutto se valutata nell'ottica dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

La *ratio* è quella di assicurare alle parti un'ultima opportunità, una concreta e credibile alternativa *in extremis* alla via giudiziale, stimolando in esse un'ulteriore riflessione compositiva.

Dal punto di vista della gestione del procedimento di mediazione, appare quasi l'unica via quella dedicata alla formulazione di una proposta conciliativa da parte del mediatore, una proposta tanto più foriera di riscontri positivi quanto maggiormente basata su una perizia formulata dall'ausiliario in mediazione che

⁸ B. COCOLA, G. VALENTI, "La proposta del mediatore", in ADR Italia, anno 1 Numero 1.

esprima una “fotografia” talmente chiara e puntuale della *res controversa*, che solo una granitica posizione di principio può residuare quale ultimo ostacolo alla rinegoziazione delle posizioni dei litiganti.

La possibilità per il mediatore di sviluppare una proposta conciliativa articolata su una perizia tecnica terza e imparziale lo supporta nelle attività compositive protese a soddisfare tutti i requisiti che una proposta efficace e soddisfattiva deve presentare.

A disposizione del mediatore non vi sarà solo una perizia tecnica capace di offrirgli un solido presupposto “oggettivo”, ma finanche quegli elementi acquisiti durante i vari incontri di mediazione e che lo guideranno verso la predisposizione di una proposta che possa soddisfare il più possibile proprio quegli interessi e i desideri delle parti così come emersi in mediazione.

La mediazione – se condotta utilizzando correttamente tutti gli strumenti che il legislatore ha messo a disposizione del mediatore (prima fra tutti, come visto, la CTM) – si è rivelata un più che valido istituto in alternativa al ricorso giurisdizionale, in quanto, per sua definizione e vocazione, punta a massimizzare gli interessi sottostanti alle istanze dei contendenti, interessi che, diversamente, non troverebbero (o difficilmente trovano) riconoscimento in giudizio.

Una proposta equilibrata ed imparziale, fondata sulle risultanze di una perizia redatta da un tecnico anch'esso imparziale, potrebbe (*rectius*: dovrebbe) infatti stimolare le parti a valutare meglio quale sia la via più opportuna per il soddisfacimento del proprio interesse.

È questa una delle ragioni per le quali probabilmente, nella formulazione originaria del testo legislativo, il legislatore si era spinto addirittura a precedere come un “dovere” quello per il mediatore che formulava una proposta alle parti in disaccordo; più prudentemente, nella versione definitiva della legge, il legislatore ha preferito invece rimettere al mediatore l'opportunità di elaborare una proposta, limitandone l'obbligo alla formulazione solo al caso in cui tutte le parti gliene abbiano fatto concorde richiesta (“*In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento*”).

L'intervento di una proposta del mediatore, in tal caso, è doveroso nell'ottica dell'interesse delle parti.

Interesse che il mediatore non dovrebbe mai perdere di vista.

La proposta del mediatore, per preciso disposto normativo, deve infatti essere sempre verbalizzata, laddove formulata, (art. 11 comma 4 D.lgs. 28/2010 “*Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta...*”).

Non potendosi ignorare le possibili conseguenze sul regime delle spese processuali dell'eventuale successivo giudizio di cui all'art. 13 del D.lgs. 28/2010, la

formulazione di una proposta richiede che il mediatore ponderi attentamente gli elementi fattuali della controversia, non esclusi i profili tecnici, e nello stesso tempo dia prova di possedere una conoscenza profonda ed accurata degli istituti giuridici investiti dalla fattispecie oggetto di esame.

3. La proposta del mediatore. Una volta apprezzata la funzione della consulenza tecnica in mediazione, imprescindibile è stata – seguendo la struttura con cui si è inteso modellare il laboratorio – la disamina “*funditus*” della proposta del mediatore, corollario indispensabile per gli epiloghi della consulenza tecnica, e strumento di impatto formidabile così come previsto, e fortemente voluto, dal legislatore.

Il D.lgs. 28/2010 nel disciplinare la fase conclusiva del procedimento di mediazione attribuisce al mediatore, in caso di mancato accordo tra le parti, la potestà di formulare una proposta conciliativa.

Il disposto dell’art. 11 comma 1 non pone incertezze interpretative al riguardo: “*Quando l’accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all’articolo 13*”.

Come si è avuto modo di segnalare nel paragrafo che precede, la proposta del mediatore assume così un significato ulteriore, soprattutto se posta in correlazione con la condizione dell’obbligatorietà della mediazione: si pone alle parti come l’ultima opportunità per una riflessione partecipata e negoziata, nella direzione di intraprendere il procedimento di mediazione effettivamente quale alternativa credibile al percorso giudiziale.

Una proposta equilibrata ed imparziale potrebbe infatti polarizzare l’interesse di tutte le parti.

In considerazione delle possibili conseguenze patibili sul piano della regolamentazione delle spese processuali nell’ipotesi venga intrapreso il successivo giudizio, formulare una proposta richiede al mediatore un’attenta valutazione degli elementi in fatto e in diritto. Perché abbia buone possibilità di sortire un successo conciliativo, è essenziale quindi che la proposta del mediatore sia equilibrata – nel senso di offrire la massima soddisfazione possibile agli interessi delle parti – e al contempo rappresenti una soluzione con una veste giuridica fedele quanto legalmente corretta.

In una prima lettura interpretativa, si era giunti addirittura a sostenere che il perimetro delle soluzioni negoziali proponibili dal mediatore fosse più ristretto di quello immaginabile dalle parti.

Se infatti queste ultime, nella ricerca di una soluzione condivisa della controversia, potrebbero concepire accordi creativi il cui contenuto si spinga – e pure molto – “*ultra petitum*” rispetto al conflitto originario, una proposta formulata dal mediatore non avrebbe dovuto allontanarsi dai *petita* della controversia come deducibili nel successivo giudizio da introdursi in caso di mancato accordo, e ciò nell’ottica di deterrente al rifiuto ingiustificato della proposta formulata dal mediatore affidata all’art. 13 D.lgs. 28/2010.

Quest’ultima norma consente invero al giudice di punire “pesantemente” nel regime delle spese processuali la parte che rifiuti la proposta del mediatore se corrispondente, anche solo parzialmente, al quanto disposto nella successiva sentenza.

Si tratta però di un’opzione interpretativa limitata dall’ottica giusprocessualistica della mediazione quale condizione di procedibilità, ma che non si atteggia come non del tutto corretta sul piano sistematico sostanziale.

Da tale angolazione, infatti, la proposta del mediatore ha e deve avere (cfr. codice europeo per mediatori, in particolare quale epifania dell’obbligo di agire sempre nell’interesse della mediazione) una finalità completamente diversa⁹.

Ascoltando le parti il mediatore ha la possibilità di intravedere aspetti della controversia che mai emergerebbero nella sede giudiziale, sicché egli potrebbe pervenire a una proposta che, tenendo conto degli aspetti emersi durante gli incontri di mediazione, perciò stesso potrebbe essere considerevolmente diversa dalla soluzione adottabile con la sentenza, fermo restando il rispetto delle norme imperative.

L’obiettivo è qui quello di sollecitare i litiganti a considerare la vicenda sotto altre angolazioni, facendo emergere interessi, spesso latenti, che le parti inizialmente tendono invece a non considerare perché troppo coinvolte emotivamente dalla vicenda, o perché arroccate sulle loro questioni di principio.

Alla luce delle indicazioni del codice europeo per mediatori, fonte ermeneutica primaria in quanto richiamato nei “considerando” della direttiva 52/CE/2008, di cui il D.lgs. 28/2010 è norma attuativa, il mediatore non dovrebbe perciò essere “distratto” nella formulazione della proposta dalle possibili conseguenze di quest’ultima in sede giudiziale, ma proporre alle parti la “sua” soluzione, nello spirito di una composizione condivisa della controversia, e giammai come una pressione posizionale sotto minaccia di sanzione.

Né d’altra parte sarebbe opportuno associare al mediatore una funzione punitiva, se lo scopo della mediazione è quello della composizione della controversia.

⁹ B. COCOLA, G. VALENTI, “La proposta del mediatore”, in ADR Italia, anno 1 Numero 1.

In definitiva sarebbe opportuno che il mediatore, nel monologo di apertura del primo incontro di mediazione, spiegasse alle parti che in caso di *impasse* la proposta del mediatore costituisce una opportunità da valutare con cura ed attenzione, uno spunto di riflessione ulteriore che i protagonisti del conflitto non devono mai temere, a cui devono semmai avvicinarsi con fiducia nel momento in cui esse stesse non riescono con le proprie forze a raggiungere un epilogo bonario.

Si devono superare le resistenze a cooperare nel percorso facilitativo, resistente indotte dal timore dagli effetti della proposta in caso di mancato accordo.

La disponibilità a rivelare informazioni preziose per la composizione della lite aumenterebbe in modo esponenziale, se le parti fossero consapevoli – e rassicurate – che tali informazioni andranno utilizzate sempre e solo nel loro interesse.

Nella più recente esperienza italiana ancora si assiste alla sottovalutazione della mediazione quale opportunità per risolvere le controversie.

Probabilmente ciò è dovuto alla disinformazione strategica attuata da una parte dell'avvocatura, spesso prevenuta o male informata e quindi tuttora avversa all'istituto.

Un atteggiamento che spesso si esprime con la mancata comparizione delle parti invitate al primo incontro di mediazione o, ancora peggio, attraverso la comparizione solo formale della parte invitata, con la pretesa aprioristica di non impegnarsi in alcun tentativo conciliativo, nella erronea convinzione di avere così esperimento (*rectius* eluso) il tentativo obbligatorio di mediazione laddove essa è condizione di procedibilità.

In questi casi la proposta, che come abbiamo visto, può essere formulata anche in assenza delle parti convenute (c.d. contumaciale) risulta in molti casi decisiva per sbloccare la situazione e stimolare una soluzione effettiva ed efficace della lite.

Il mediatore dovrebbe allora formulare una proposta che possa presentare un certo “*appeal*” nei confronti della controparte usando prudenza ed attenzione, sulla base dei soli elementi forniti dalla parte istante, che potrebbero non essere sufficienti alla completa comprensione della controversia.

È consigliabile che il mediatore ponderi accuratamente, in quanto l'obiettivo dovrà essere sempre e comunque quello di agire nell'interesse della mediazione, cioè al fine di provocare una reazione positiva nell'altra parte.

Questo punto è stato un altro punto su cui ci si è ampiamente confrontati in sede di laboratorio.

Si è sostenuto che in assenza di una delle parti la proposta conciliativa formulata dal mediatore può apparire una forzatura, che porta a snaturare il ruolo di facilitatore del mediatore, affidandogli un ruolo quasi “valutativo”, non coerente con il concetto di mediazione “pura”.

Ciò può essere vero in astratto: tuttavia nella pratica quotidiana *bisogna* tener conto degli effetti della obbligatorietà del tentativo pregiudiziale, che prospetta la mediazione anche a parti e avvocati prevenuti e riottosi, e dei tentativi di abuso della “via di fuga” offerta dalla pretesa gratuità del mancato accordo al primo incontro.

Insomma, nell'attuale momento storico la diffusione della mediazione sta vivendo una fase difficile a causa della cattiva percezione dell'istituto, complice non poco l'avversione di parte dell'avvocatura che si riverbera sui cittadini-clienti, e necessita quindi del ricorso a strumenti che superino tale ostacolo.

L'esperienza pratica degli organismi che hanno adottato questa linea ha sinora mostrato che l'invio di una proposta, sia essa di parte o del mediatore, aiuta a riaprire e definire positivamente un maggior numero di trattative, soprattutto quando il mediatore abbia evidenziato nella comunicazione d'invio della stessa le conseguenze del rifiuto.

Ernesto Lupo, Primo Presidente della Corte di Cassazione, alla conferenza “Il Giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione” del 19 ottobre 2012 ebbe ad affermare: *“In Italia, il tentativo di conciliazione è previsto dal legislatore come obbligatorio in diverse materie. La scelta è dovuta alla necessità di forzare un cambiamento culturale che altrimenti sarebbe sicuramente mancato”*.

Con lo stesso spirito proteso al cambiamento culturale, il mediatore deve avvicinarsi con coraggio alla proposta, consapevole di disporre di uno strumento fondamentale per l'affermazione dell'istituto della mediazione, certamente forzoso nei casi di mancata adesione, ma allo stesso modo irrinunciabile in questa fase così difficile per la giustizia italiana, in cui la mediazione può costituire, se conosciuta e compresa, un primo passo verso una gestione del conflitto più a “misura della persona”.

D'altronde il ruolo del mediatore è quello di accompagnare le parti ad una soluzione condivisa utilizzando tutti i mezzi che il legislatore gli mette a disposizione.

Il dibattito rimane aperto, non senza tacere che la pietra angolare fin qui emersa è la peculiarità, specificità e “unicità” di ogni singolo procedimento di mediazione, da valutarsi caso per caso anche grazie alla sensibilità del mediatore.

Sarebbe un grave errore definire una regola generale, cristallizzare un pensiero unico su quelle che devono essere le attività di appannaggio del mediatore, quando invece è la mediazione stessa che mette il mediatore davanti ai casi più disparati e, *in primis*, a persone provenienti da diverse esperienze, da culture diverse e con sensibilità diverse.

4. Appendice: i verbali conclusivi del procedimento di mediazione. Nel corso del laboratorio formativo è emerso come spesso, ove mai le parti non si accordino tra loro, i verbali che attestano la conclusione del procedimento di mediazione risultino lacunosi in molte parti.

Accade che vengano utilizzate rubriche imprecise, non in grado addirittura di evidenziare a quale delle fattispecie di cui all'art. 11 comma 4 del D.lgs. 289/2010 il verbale faccia riferimento¹⁰.

Si è fatto cenno ai verbali di mancata adesione, a quelli di fallita conciliazione nonché a quelli di mancata trattazione nel merito dell'oggetto del procedimento di mediazione. Su questi verbali, infatti, il giudice deve porre la sua attenzione, sia che essi attestino l'esito di un procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità ex art. 5 comma 1 *bis*, sia che attestino l'esito di un procedimento di mediazione cd "delegata" ai sensi dell'art. 5 comma 2 D.lgs. 28/2010¹¹.

È di fondamentale importanza che i verbali riportino, seppur sinteticamente e quanto più possibile, i passaggi svolti, a partire dall'avvio del procedimento e sino alla sua conclusione. Se è vero infatti che il procedimento di mediazione è, per espressa previsione normativa, un procedimento informale, è altresì vero che il verbale conclusivo deve essere formale, costituendo esso stesso la prova dell'avveramento della condizione di procedibilità.

Non solo. Il verbale contiene tutte quelle informazioni, non coperte dalla riservatezza di cui agli art. 9 e 10 del D.lgs. 28/2010, che permettono al giudice di valutare con attenzione l'atteggiamento delle parti, l'eventuale "*animus conciliandi*", la proposta del mediatore in ordine agli effetti che essa produce ai sensi dell'art. 13 del D.lgs. 28/2010¹², e di procedere eventualmente alla comminazione della sanzione di cui all'art. 8 comma 4 *bis*¹³.

Un verbale scarso, schematico e mal rubricato non dà al giudice gli elementi per compiere queste valutazioni; elementi che risultano indispensabili ancor più

¹⁰ Art. 11 comma 4 D.lgs. 28/2010. "Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione".

¹¹ Art. 5 comma 2 D.lgs. 28/2010. "Fermo quanto previsto dal comma 1-*bis* e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di giudizio di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione".

¹² Cfr. nota 3.

¹³ Cfr. nota 4.

quando la mediazione è delegata dal giudice, e dunque quando il presupposto del tentativo conciliativo è un'ordinanza che rinvii le parti alla mediazione. In questo caso il giudice potrebbe illustrare nell'ordinanza alcuni punti critici su cui sarebbe opportuno che le parti si confrontassero, alcuni suggerimenti in ordine ai temi da trattare nel merito, fino addirittura ad indicare al mediatore l'opportunità di formulare una proposta conciliativa nel caso in cui le parti si trovassero in una situazione di stallo.

Solo un verbale accurato e ben redatto può mettere il giudice nella condizione di verificare che quanto indicato nell'ordinanza sia stato rispettato e che dunque il tentativo conciliativo sia stato effettivamente svolto.

I verbali illustrati ed analizzati nel corso del laboratorio formativo vengono dunque qui di seguito riportati, nella convinzione che il loro contenuto possa contribuire a supportare efficacemente il vaglio rimesso al giudice di quel che avviene in sede di mediazione.

VERBALE DI FALLITA CONCILIAZIONE

Procedura n. del

In data Presso la sede di territorialmente competente

Riguardo alla procedura avente oggetto: materia¹⁴
tra le parti

A: Mario Rossi (C.F.: XXXXXXXXXXXXXXXX), residente a

(), Via

Con l'assistenza legale dell'Avv. del Foro di
(che ha attivato il procedimento di mediazione)

e

B: Bruno Bianchi (C.F.: YYYYYYYYYYYYYYYY), residente a

(), Via

Con l'assistenza legale dell'Avv. del Foro di
(che ha aderito alla procedura)

¹⁴ Nel verbale conclusivo deve essere indicato in materia dettagliata l'oggetto dell'istanza di mediazione, indicando sia la macro area di appartenenza (individuando dunque la materia tra quelle indicate nell'art. 5 comma 1 *bis* del D.lgs. 28/2010), sia la pretesa avanzata dalla parte istante con le ragioni a fondamento, in quanto la domanda di mediazione deve corrispondere interamente alla domanda giudiziale.

Premesso che:

- veniva presentata in data 01.01. 2021 presso l'organismo di mediazione, domanda di mediazione da parte di Mario Rossi nei confronti di Bruno Bianchi relativamente a controversia sorta tra le parti in merito a: oggetto:
- la domanda di mediazione veniva accettata dall'organismo di mediazione in data
- in data l'organismo, determinava di affidare l'incarico di mediatore per la controversia di cui in oggetto a, mediatore accreditato presso l'Organismo stesso;
- il mediatore in pari data accettava l'incarico, manifestando la sua imparzialità rispetto all'oggetto della mediazione e alle parti della stessa;
- il primo incontro di mediazione veniva fissato in data, alle ore
- al primo incontro sono comparse entrambe le parti assistite dai loro avvocati;
- il mediatore ha proceduto ad ascoltare le parti, che si sono confrontate a lungo nel merito della questione controversa;
- è stato fissato un secondo incontro di mediazione per la data del, alle ore, al quale hanno partecipato tutte le parti e i loro avvocati;
- le parti, pur essendosi confrontate a lungo sulla questione oggetto di mediazione, non sono riuscite a trovare una soluzione condivisa;
- dunque il Mediatore, avendo a disposizione tutti gli elementi necessari e ritenendo di poter proporre una soluzione utile ad evitare alle parti l'iter giudiziale, ha formulato una proposta conciliativa (all. 1)¹⁵;
- parte istante ha accettato la proposta del mediatore;
- parte convenuta, non ha accettato la proposta del mediatore;
- veniva dunque fissato l'ultimo incontro di mediazione in data, alle ore
- all'ultimo incontro di mediazione le parti hanno confermato di non aver trovato una soluzione condivisa;

tutto ciò premesso

Il mediatore, preso atto dell'impossibilità di comporre stragiudizialmente la presente controversia, dichiara fallito il tentativo di conciliazione di cui in oggetto.

Data, luogo
Mario Rossi
Avv.
Bruno Bianchi
Avv.
Il Mediatore

¹⁵ La proposta del mediatore, una volta formulata ai sensi dell'art. 11 comma 1 del D.lgs. 28/2010 va sempre allegata al verbale conclusivo, così come disposto dall'art. 11 comma 4 del citato decreto: "Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta...".

**VERBALE DI FALLITA CONCILIAZIONE PROCEDIMENTO
DI MEDIAZIONE CON NOMINA DI ESPERTO
EX ART. 8 COMMA 4 D. LGS. 28/2010**

In data

Tra le parti:

A: **Bianchi Anna** (C.F.: XXXXXXXXXXXXXXXX) residente in

Con l'assistenza legale dell'Avv. del Foro di
(che ha attivato la procedura)

B: **Bianchi Luisa** (C.F.: XXXXXXXXXXXXXXXX), residente in

Con l'assistenza legale dell'Avv. del Foro di
(che ha aderito alla procedura)

C: **Rossi Elisa** (C.F.: XXXXXXXXXXXXXXXX), residente in

Con l'assistenza legale dell'Avv. del Foro di
(che ha aderito alla procedura)

Relativamente alla procedura di mediazione avente per oggetto

(oggetto integrato come da verbale del (ALLEGATO A))

Premesso che:

- veniva presentata presso l'organismo, in data, domanda di mediazione da parte di Bianca Anna nei confronti di Bianchi Luisa e Rossi Elisa relativamente a controversia sorta tra le parti in merito a:
- la domanda di mediazione veniva accettata in data 10/.....12/2018;
- in data, l'organismo di mediazione, determinava di affidare l'incarico di mediatore per la controversia di cui in oggetto a, mediatore accreditato presso l'organismo stesso;
- il mediatore in pari data accettava l'incarico dichiarandosi imparziale nei confronti delle parti e dell'oggetto della controversia;
- il primo incontro veniva fissato in data, alle ore
- al primo incontro sono comparse la parte istante, Bianchi Anna, assistita dal proprio legale Avv. e la parte convenuta Bianchi Luisa;
- la sig.ra Rossi Elisa ha aderito al procedimento di mediazione solo successivamente in data
- la sig.ra Rossi Elisa, in sede di primo incontro di mediazione ha presentato una ulteriore domanda nei confronti delle altre parti, integrando così l'oggetto del procedimento di mediazione;
- il mediatore ha proceduto ad ascoltare le parti;
- si sono susseguiti svariati incontri di mediazione, anche in sessione separata;
- essendo la questione oggetto di mediazione connotata da aspetti tecnici specifici, che esulano dalla competenza delle parti e del mediatore designato, in data quest'ultimo procedeva a dare formale incarico all'Arch. Anna Neri ai sensi dell'art. 8 comma 4 D.lgs. 28/2010 (ALLEGATO B), specificando un "quesito" formulato dal mediatore stesso con il contributo delle parti aderenti alla mediazione;
- successivamente in data, per la specificità e complessità della materia oggetto del procedimento, e con il consenso delle parti, veniva nominato un consulente tecnico ausiliario, con competenza specifica per uno dei punti del quesito formulato dal mediatore in sede di conferimento di incarico all'esperto di cui al punto precedente;

- in data, si teneva un incontro di mediazione fissato dal mediatore per permettere ai due tecnici incaricati di illustrare alle parti e ai loro avvocati le relazioni redatte sulla base del quesito indicato in sede di conferimento dell'incarico;
- le parti hanno dunque avuto modo di confrontarsi con i propri tecnici di parte, sulla relazione dei due consulenti tecnici;
- il mediatore a seguito di ciò ha fissato un ulteriore incontro di mediazione in data....per permettere alle parti e ai loro tecnici di confrontarsi e di formulare eventuali richieste di chiarimento e osservazioni ai tecnici;
- le parti hanno potuto confrontarsi compiutamente relativamente a possibili soluzioni conciliative ma stante la difficoltà di trovare una condivisa, il mediatore ha ritenuto di formulare una proposta conciliativa, sulla base della relazione predisposta dai tecnici nominate ai sensi dell'art. 8 comma 4 D.lgs. 28/2010 (ALLEGATO C) che veniva inoltrata alle parti a mezzo PEC in data;
- la proposta del mediatore veniva accettata dalla parte istante Bianchi Anna e dalla parte convenuta Rossi Elisa ma non dalla parte convenuta Bianchi Luisa;
- il mediatore invitava le parti ad un ultimo incontro di mediazione in data, per procedere ad un ulteriore scambio di proposte reciproche, che non portavano però ad una soluzione condivisa;

Tutto ciò premesso

Il mediatore, preso atto dell'impossibilità di comporre stragiudizialmente la presente controversia, dichiara fallito il tentativo di conciliazione di cui in oggetto.

Data, luogo
Bianchi Anna
Avv.
Bianchi Luisa
Avv.
Rossi Elisa
Avv.
Il Mediatore

VERBALE DI MANCATA ADESIONE DEL CONVENUTO AL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

Procedura n. del;
In data, Riguardo alla procedura avente oggetto:;
tra le parti:
A: **Mario Rossi** (C.F.:XXXXXXXXXXXXXXXXXX), residente;
Assistito dall'Avv. del Foro di;
(che ha attivato il procedimento di mediazione)
e
B: **Bruno Bianchi**, (C.F.:XXXXXXXXXXXXXXXXXX) residente
(che non ha aderito al procedimento di mediazione)

Premesso che:

- veniva presentata presso l'organismo di mediazione....., domanda di mediazione da parte di Mario Rossi nei confronti di Bruno Bianchi avente ad oggetto:
 - la domanda di mediazione veniva accettata dall'organismo; in data 15.01.2021;
 - in data 15.01.2021 l'organismo, determinava di affidare l'incarico di mediatore per la controversia di cui in oggetto a..... mediatore accreditato presso l'organismo stesso;
 - il mediatore in pari data accettava l'incarico manifestando la sua imparzialità rispetto all'oggetto della mediazione e alle parti della stessa;
 - il primo incontro veniva fissato in data, alle ore
 - parte convenuta nulla comunicava in merito alla adesione o meno al procedimento di mediazione né partecipava all'incontro di mediazione, pur avendo correttamente ricevuto l'invito alla mediazione a mezzo pec (o raccomandata a/r);
 - si svolgeva dunque il primo incontro di mediazione alla sola presenza dell'istante ai sensi dell'art. 7 comma 5, lettera d);
 - il mediatore approfondiva con la parte istante le possibili alternative, valutando la possibilità per quest'ultima di inoltrare alla parte convenuta non aderente una proposta risolutiva della controversia, anche eventualmente ridimensionando la propria pretesa;
 - la parte istante procedeva a formulare una proposta che veniva inoltrata, tramite l'organismo di mediazione, alla parte convenuta non aderente;
 - la parte non aderente non riscontrava nemmeno questa comunicazione;
- oppure:
- la parte non aderente riscontrava la comunicazione ricevuta rifiutando la proposta della parte istante e non proponendo una sua controproposta, ma ribadendo la sua intenzione di non partecipare al tentativo conciliativo;

Tanto premesso,

Il mediatore dà atto della mancata adesione di Bruno Bianchi al procedimento di mediazione attivato da Mario Rossi, nonché del rifiuto della proposta conciliativa formulata dalla parte istante;

Data, luogo

Mario Rossi

Avv.

Il Mediatore

**VERBALE DI MANCATA TRATTAZIONE NEL MERITO
DELL'OGGETTO DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE**

Procedura n. del;
In data;
Presso la sede diterritorialmente competente
Riguardo alla procedura avente oggetto: **materia**

tra le parti

A: Mario Rossi (C.F.: XXXXXXXXXXXXXXXX), residente a,
(.....), Via;
Con l'assistenza legale dell'Avv. del Foro di;
(che ha attivato il procedimento di mediazione)

e

B: Bruno Bianchi (C.F.: YYYYYYYYYYYYYYYY), residente a,
(.....), Via;
Con l'assistenza legale dell'Avv. del Foro di;
(che ha aderito alla procedura)

Premesso che:

- veniva presentata in datapresso l'organismo di mediazione, domanda di mediazione da parte di Mario Rossi nei confronti di Bruno Bianchi relativamente a controversia sorta tra le parti in merito a: **oggetto:**
- la domanda di mediazione veniva accettata dall'organismo di mediazione in data.....;
- in data 01.01.2021 l'organismo, determinava di affidare l'incarico di mediatore per la controversia di cui in oggetto a, mediatore accreditato presso l'Organismo stesso;
- il mediatore in pari data accettava l'incarico, manifestando la sua imparzialità rispetto all'oggetto della mediazione e alle parti della stessa;
- il primo incontro di mediazione veniva fissato in data alle ore
- al primo incontro sono comparse entrambe le parti assistite dai loro avvocati;
- in sede di primo incontro la parte convenuta comunicava di essersi presentato solo ed esclusivamente per comunicare la propria volontà ed intenzione di non procedere allo svolgimento del tentativo conciliativo, e dunque di non voler trattare nel merito la questione oggetto di mediazione;

Tanto premesso
il mediatore dà atto della mancata trattazione nel merito della controversia oggetto del procedimento di mediazione attivato da Mario Rossi.

Data, luogo
Mario Rossi
Avv.
Bruno Bianchi
Avv.

Il Mediatore per certificazione

Parte IV

Accordi a distanza nella mediazione e nella conciliazione giudiziale

SOMMARIO: 1. Esiti della mediazione in presenza. – 2. (*Segue*). Il c.d. verbale negativo. – 3. (*Segue*). L'accordo in presenza. – 4. Gli esiti della mediazione telematica. – 5. L'accordo a distanza. – 6. Questioni dubbie. – 7. Il verbale di conciliazione giudiziale redatto con strumenti informatici.

1. Esiti della mediazione a distanza. Cominciando dalla mediazione, si rileva come il relativo percorso possa riuscire giungendo all'accordo ovvero fallire, chiudendosi senza accordo. Qui emergono alcuni aspetti, formali ma non solo, attinenti alla formazione dei relativi atti e alla loro documentazione. Prima di analizzare la questione nell'ambito della modalità telematica, vediamo la disciplina ordinaria contenuta nel D.lgs. 28, con particolare attenzione agli articoli 11 e 12, perché solo chiarendo questioni dubbie in questo ambito si può poi impostare utilmente la riflessione in ordine alla più difficile dimensione elettronica.

Gli atti giuridici che emergono sono essenzialmente due: l'accordo, se il percorso ha successo, e la dichiarazione di fallimento della mediazione, in caso contrario.

2. (*Segue*). Il c.d. verbale negativo. La dichiarazione di fallimento della mediazione è certamente atto del gestore del percorso: il mediatore. Ma, a me sembra, essa può provenire concordemente anche dalle parti. Insomma, nulla esclude che mediatore e parti insieme prendano atto del fallimento. La documentazione di tale dichiarazione di cessazione sta nel verbale ed il soggetto dell'attività di documentazione è il mediatore dell'organismo, che, assumendone la paternità, lo imputa anche all'organismo stesso. Tuttavia, la legge dice che il verbale è firmato anche dalle parti e che la loro sottoscrizione è resa certa (certezza sulla provenienza dello scritto) dal mediatore.

Insomma, alle parti è chiesta, con la loro sottoscrizione del verbale, una sorta di cooperazione col mediatore nel rendere dichiarazioni di scienza, attinenti all'avvenuto fallimento del percorso più, a volte, altre indicazioni, e nel confezionare la documentazione di tali dichiarazioni.

Qui sorge la domanda: che succede se mancano le firme delle parti? Certamente il mediatore eviterà di depositare il verbale presso la segreteria dell'organismo fino a quando quelle firme non siano apposte. Ma è pur possibile che le parti o una fra esse, più che trovarsi nell'impossibilità di firmare, situazione superabile con la certificazione del mediatore, non vogliano o non voglia proprio apporre le firme o la firma.

Si potrebbe semplicemente dire, attenendosi al testo dell'art. 11, comma 4, del D.lgs. 28/2010, che il detto verbale, pur essendo essenzialmente l'atto del mediatore quale momento conclusivo della procedura, non possa tuttavia prescindere anche dalle firme delle parti, la cui mancanza, per motivi diversi dalla impossibilità a sottoscrivere, impedirebbe il suo perfezionamento.

Un simile ragionamento non è condivisibile, guardando al motivo che ha spinto il legislatore a dettare una simile previsione.

Se nella "cosa" che chiamiamo processo verbale di fallita mediazione noi abbiamo una dichiarazione rappresentativa dell'accaduto e la sua documentazione, esigere la sottoscrizione delle parti, peraltro con firme rese certe dalla certificazione del mediatore che, si badi, garantisce la loro provenienza fino a querela di falso, significa avere la garanzia che le parti approvano la narrazione che il mediatore ha fatto dell'accaduto. Invero, qui potrebbe non trattarsi solo di prendere atto di un fallimento delle trattative condotte al fine di trovare un accordo, ma magari nel caso concreto, fatte salve le riserve dichiarazioni rese dalle parti e le informazioni acquisite (art. 9 del D.lgs. 10/2010), nel verbale potrebbero essere narrati fatti o comportamenti di qualche rilevanza, fino all'indicazione della proposta che il mediatore abbia formulato, pur emendata sempre dal riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento (art. 11, comma 2, del medesimo D.lgs.).

Insomma siamo in presenza di un fenomeno probatorio: il verbale di fallita mediazione ha la valenza di un mezzo di prova delle dichiarazioni di scienza sui fatti narrati come accaduti¹ e la sua forza evidentemente cambia a seconda che vi siano o manchino le firme di approvazione delle parti².

Ma, se la mancanza di tali firme riduce la valenza probatoria del verbale di fallita mediazione, perché dovrebbe anche aggiungersi che in questo caso si

¹ Il documento (il verbale) prova (rappresentandola) la formazione di un mezzo di prova (a sua volta) rappresentativo dei fatti accaduti, quindi una dichiarazione di scienza riportabile genericamente ad una testimonianza.

² Se esse vi sono, abbiamo, con la certificazione del mediatore, la certezza fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi ha sottoscritto. Altro è il valore probatorio di queste dichiarazioni rappresentative rispetto ai fatti rappresentati come accaduti

impedirebbe la conclusione della procedura? Se il verbale, quale dichiarazione di fallimento e sua documentazione, è atto essenzialmente del mediatore, a me sembra che la sola attività del mediatore lo perfezioni come atto conclusivo della procedura, salvo il suo diminuito valore probatorio ove esso sia solo da lui firmato.

Così, ad esempio, dal primo punto di vista esso, o per meglio dire il suo deposito presso la segreteria dell'organismo, farà decorrere i termini di decadenza e prescrizione in relazione al diritto in gioco (art. 5, comma 6)³.

Dal punto di vista della valenza probatoria, invece, la sola firma del mediatore o di una sola parte lascerebbe incerto quanto eventualmente il mediatore abbia aggiunto all'atto: soprattutto il tenore della proposta formulata e in certi casi anche la presa d'atto della mancata partecipazione di una parte e la sua giustificazione. La parte che non ha firmato può sempre poi dire che la proposta contenuta nel verbale non è quella che era stata presentata. La parte che non ha aderito giustificandosi e poi non abbia firmato il verbale di fallimento, come è normale, potrebbe contestare il motivo che magari il mediatore ha indicato nel verbale.

Se poi si ritiene che la condizione di procedibilità si assolve solo con una partecipazione attiva ed effettiva almeno ad una sessione di contrattazione e nel verbale negativo il mediatore racconta cosa sia successo, le parti che non lo abbiano firmato possono sempre mettere in dubbio la narrazione del mediatore e così ridiscutere pienamente sull'accaduto.

Se, poi, anche si ritiene che elemento essenziale al fine di ritenere assolta la condizione di procedibilità sia l'assistenza degli avvocati, pure per questo aspetto potrebbe sorgere una complicazione probatoria di fronte al giudice statale. Ed, allora, è evidente come sia difficile che insorga un dubbio solo ove il verbale sia firmato, non solo dal mediatore e dalle parti, ma anche dagli stessi avvocati presenti, firme che, se non sono previste dalla legge, ben possono essere apposte per sicurezza nei casi concreti.

Insomma, il verbale di fallita mediazione è la documentazione, la rappresentazione di una presa d'atto, con cui si conclude senza successo il percorso, con l'aggiunta della narrazione di fatti o situazioni accaduti o verificatesi nella procedura. Come atto conclusivo della procedura esso spetta essenzialmente al

³ Se il perfezionamento del verbale, quale atto conclusivo, esigesse le firme delle parti, quali elementi essenziali, sarebbe singolare il caso di una parte istante che semplicemente non si presentasse alla firma o si rifiutasse di firmare, impedendo così il decorso di nuovi termini di decadenza e prescrizione, pur avendo assolto ugualmente alla condizione di procedibilità, situazione che, se sarebbe insignificante ove si verificasse in pendenza di un processo dichiarativo, potrebbe, invece, avere una qualche valenza se si verificasse prima di una simile pendenza.

mediatore⁴, ma, poiché ad esso si possono fare diverse aggiunte rappresentative, l'approvazione delle parti e magari anche degli avvocati irrobustisce la prova di quanto narrato.

3. (Segue). L'accordo in presenza. La mediazione ha successo quando le parti si accordano. Questo evento, all'apparenza semplice, fa emergere nella sua formalizzazione vari aspetti. In prima battuta, visti gli articoli 11 e 12 del D.lgs. 28/2010, si può dire che abbiamo: 1) un contratto (una transazione) che, evidentemente imputabile alle parti, esige normalmente la forma scritta *ad probationem* (art. 1967 c.c.), salvo i casi in cui tale forma sia prevista *ad substantiam* (art. 1350 c.c.); 2) una sua documentazione, imputabile innanzitutto, anche se non solo, al mediatore, che implica pure l'inquadramento della fattispecie in un accordo raggiunto nell'ambito dell'attività di un organismo accreditato secondo le regole del D.lgs. 28/2010 ed, infine, 3) un ruolo degli avvocati, se vi sono, i quali, attestando e certificando la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, rilevano al fine della formazione di un titolo esecutivo⁵.

L'accordo può essere raggiunto perché le parti accettano per iscritto una proposta del mediatore a loro comunicata sempre per iscritto. Oppure esso è raggiunto amichevolmente tra le parti stesse. Il punto da chiarire sta nel rapporto tra l'accordo, magari già siglato a parte dagli interessati e magari già corredato della attestazione degli avvocati circa la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico, e la sua verbalizzazione, che è opera del mediatore, ma che deve contenere anche le firme dei contraenti, per le quali la legge richiede pure la certificazione della loro autografia da parte del mediatore stesso, al fine di avere piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi le ha sottoscritte, certezza che non è (normalmente) necessaria nella redazione dei contratti per i quali la legge esige la forma scritta, né quando essa è *ad substantiam* né quando essa è *ad probationem*.

A mio parere la questione si chiarisce se la si vede dal punto di vista della formazione del titolo esecutivo, che qui sta, non nell'accordo, bensì nel verbale di

⁴ Ed è al mediatore che spetta la funzione di riferire l'attività svolta ad un organismo accreditato, con tutto ciò che ne consegue nell'applicazione del D.lgs. 28/2010. Altrimenti ci troveremmo di fronte ad un percorso non istituzionalizzato, in autogestione di privati, fuori dal sistema di tale normativa.

⁵ È bene fare due precisazioni. La prima: la firma degli avvocati apposta all'accordo serve solo per la citata attestazione, perché essi non sono certo parti del contratto. La seconda: è vero che gli avvocati devono essere presenti in mediazione, ma è anche vero che una loro assenza non avrebbe come conseguenza né l'invalidità dell'accordo né l'impossibilità di giungere alla formazione di un titolo esecutivo, dovendo a tale fine l'interessato solo rivolgersi al Presidente del Tribunale.

esso costruito secondo le regole dettate, aspetto questo che, se era chiaro nell'originaria formulazione dell'art. 12 del D.lgs. 28/2010 (in cui si leggeva che il «verbale di accordo... è omologato»), è poi divenuto ambiguo quando oggi il medesimo art. 12 dice che «l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli avvocati costituisce titolo esecutivo», per ritornare ancora ad essere un po' più chiaro quando nella disciplina della mediazione telematica si dice che il «verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28»⁶.

Le parti non possono limitarsi a firmare l'accordo, senza presentarsi alla sua documentazione⁷ davanti al mediatore, perché, se ciò avvenisse, saremmo in presenza di un accordo perfezionatosi al di fuori del contesto di cui al D.lgs. 28/2010, quindi non avremmo la formazione del titolo esecutivo secondo il suo art. 12. Così, che l'accordo sia allegato al verbale finale ovvero che sia in esso trasfuso, quelle firme di parte in calce al verbale, oltretutto certificate come vere dal mediatore⁸, conferiscono al contratto quella documentazione, direi quella prova, necessaria al fine di avere un perfezionamento del titolo esecutivo⁹.

Insomma, una scrittura privata, anche con sottoscrizioni non autenticate o legalmente riconosciute, nella quale sia rappresentato l'accordo basta certamente per perfezionare una transazione che mette fine alla lite. Ma esso esige le formalità dettate dagli articoli 11 e 12 del D.lgs. 28/2010, se vuole essere «visto» come un accordo siglato nell'ambito di una mediazione organizzata, con tutte le potenzialità che la legge gli riconosce.

⁶ Solo un po' più chiaro, perché resta sempre, letteralmente, il riferimento dell'esecutività all'accordo. Ma mi sembra evidente che qui il titolo esecutivo stia propriamente nella sua documentazione, il verbale, che non deve essere firmato anche dalle parti, bensì solo dal mediatore e dagli avvocati.

⁷ A prescindere dal contesto qui trattato, su queste tematiche in generale è sempre utile rileggersi F. CARNELUTTI, Documento e negozio giuridico, in Riv. dir. proc. civ., 1926, I, 181 ss.

⁸ A voler essere pignoli, probabilmente ci sarebbe da precisare che la certificazione da parte del mediatore attiene propriamente, non alla sottoscrizione del contratto ad opera delle parti, bensì alla sottoscrizione delle dichiarazioni di scienza che rappresentano nel verbale il già avvenuto scambio delle volontà. Insomma, qui emerge la documentazione del contratto, quindi la narrazione di un accaduto, attività del mediatore confermata dalle parti, le quali in tale veste non dicono «noi vogliamo», bensì documentano «noi abbiamo voluto».

⁹ Se il titolo esecutivo fonda l'esecuzione forzata e se questa è realizzazione del credito a prescindere dalla prestazione dell'obbligato, qui il titolo esecutivo sta in una prova del credito o, per meglio dire, dei suoi fatti costitutivi. Non che esso operi come prova nel processo esecutivo, valenza che può emergere solo in sede, eventuale, di opposizione all'esecuzione. Ma è che la sua valenza probatoria ha spinto il legislatore ad inserire una simile fattispecie (costitutiva dell'azione esecutiva) nell'elenco (tassativo) dei titoli esecutivi.

E queste stesse formalità confermano l'idea che il titolo esecutivo stia propriamente, non nell'accordo, bensì nella sua verbalizzazione. Invero, se la formazione della fattispecie costitutiva dell'azione esecutiva esige una prova rappresentativa con sottoscrizione certificata delle parti e se questa certificazione può provenire solo dal mediatore, e non anche dagli avvocati, mi sembra inevitabile la conferma dell'assunto qui sostenuto.

Se si trattasse solo di riferire l'accordo all'organismo nel cui ambito opera il mediatore, basterebbe la sola firma di questi, quale narratore dell'accaduto. La legge, invece, esige qualcosa di più e ciò al solo fine della formazione del titolo esecutivo, esige una certezza sull'avvenuta stipula dell'accordo, esige una prova documentale di questo con firme confermative delle parti apposte al verbale e certificate come autentiche dal mediatore¹⁰.

4. Gli esiti della mediazione telematica. La prima domanda da porre è se ed eventualmente cosa vi possa essere di particolare ove a non riuscire sia un percorso gestito in via telematica e quindi si tratti di formare il verbale di fallita mediazione.

La legislazione emergenziale fornisce due indicazioni: 1) è dato all'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, il potere di dichiarare autografe le sottoscrizioni del proprio cliente apposte ad ogni sua dichiarazione, sia quelle di scienza contenute nel verbale sia quelle di volontà contenute nell'accordo; 2) se la mediazione riesce, ai fini della formazione del titolo esecutivo il verbale è firmato solo dal mediatore e dagli avvocati.

Se questo secondo aspetto attiene agli accordi, di cui poi parleremo, già il primo rileva in questo momento. Tuttavia, ove si accolga l'idea qui sostenuta secondo la quale la sottoscrizione del verbale ad opera delle parti non è essenziale al perfezionamento dell'atto di chiusura della mediazione fallita, la cosa dovrebbe inquadarsi nei suoi giusti termini.

Ovviamente un verbale approvato anche dalle parti e dai loro avvocati ha una valenza probatoria maggiore ove dovessero, poi, essere controversi di fronte ad un giudice i fatti rappresentati in esso. Ma, è anche vero che nella dinamica di una mediazione condotta a distanza è necessario trovare elementi di semplificazione, nei limiti in cui la legislazione in oggetto, unitamente alle previsioni del CAD, lo consente.

Ecco allora che, a mio avviso, va valorizzato al massimo il ruolo che si è voluto riconoscere agli avvocati e comprendere la responsabilità che il legislatore ha

¹⁰ Insomma, si ripete (vedi la precedente nt. 8), l'autentica del mediatore è riferita alle sottoscrizioni di dichiarazioni di scienza delle parti.

voluti loro attribuire. Se, come vedremo trattando degli accordi in via telematica, diversi sono i modi in cui una certa dichiarazione contenuta in un documento elettronico può essere attribuita ad una certa persona, sia a causa della sua diversa sottoscrizione, che va da una firma elettronica debole alla firma digitale, sia anche a causa del modo della sua comunicazione, dalla PEC ad una normale mail, a mio parere in ogni caso sta all'avvocato garantire (sufficiente certezza per) la paternità di quella dichiarazione, con la conseguenza che la sua certificazione fa comunque assurgere il valore probatorio del documento elettronico così formato al livello di cui all'art. 2702 c.c., visto l'art. 20, comma 1-*bis*, CAD, per cui il «documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 del codice civile, quando vi è apposta una firma digitale».

Sarebbe bastato anche qualcosa di meno e in concreto potrebbe anche accadere di avere verbali sottoscritti dalle parti senza quella certificazione dei loro avvocati. Ma in tal caso la valenza probatoria dei loro documenti elettronici avrebbe diversa forza a seconda del tipo di firma, fino a giungere ad uno spazio di valutazione del giudice per le firme c.d. deboli, come pur ricorda il prosieguo del medesimo comma del citato art. 20 CAD, previsione che probabilmente vale anche per dichiarazioni che, se pur non le si volesse ritenere sottoscritte, ma solo comunicate per via elettronica (si pensi ad una PEC o ad una semplice mail), non sembra siano spiegabili nel loro valore probatorio per mezzo dell'art. 2712 c.c., la cui utilizzabilità appare certa solo a fronte di riproduzioni elettroniche rappresentative di fatti o situazioni e non anche di dichiarazioni.

5. L'accordo a distanza. Una riflessione maggiore va svolta per il caso di successo del percorso e quindi a fronte dell'accordo a distanza e della sua verbalizzazione. Come si è accennato, la legislazione emergenziale dà tre indicazioni: 1) viene attribuito agli avvocati il potere di certificare l'autografia della firma dei loro clienti; 2) viene esteso questo potere anche alle sottoscrizioni apposte, non solo alle dichiarazioni di scienza (in ipotesi nel verbale), ma anche alle dichiarazioni di volontà (nel contratto), riferendosi la norma alla firma dei clienti sia del verbale sia degli accordi, 3) viene esplicitato che il titolo esecutivo è perfezionato con la firma del verbale rappresentativo dell'accordo ad opera del mediatore e degli avvocati, senza necessariamente anche la firma delle parti.

Da quest'ultimo punto di vista si potrebbe anche ritenere che la firma delle parti apposta al verbale sia inutile ove esse abbiano già firmato a parte l'accordo, con l'ulteriore firma digitale dei loro avvocati che attestano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico e certificano l'autografia delle «firme» dei contraenti. Insomma, si potrebbe così ragionare: se di solito si avrà la formazione di un solo documento, nel quale stipula dell'accordo e sua verbalizzazione saranno inscindibilmente connesse, è pur possibile, anche se magari

raramente, che il verbale finale abbia il solo scopo di prendere atto della fine positiva del percorso, allegandosi ad esso l'accordo. E ciò, si potrebbe continuare, è reso possibile proprio dall'attribuzione agli avvocati di un potere di certificazione prima attribuito al solo mediatore, oltretutto allargato, si ripete, anche alla sottoscrizione dei negozi giuridici, potere questo non attribuito al mediatore.

Tuttavia, dubito che nella prassi ci si allontanerà dall'abitudine di giungere ad un solo documento, firmato a diverso titolo dai diversi protagonisti della scena¹¹, anche perché ai fini dell'esecuzione forzata il legislatore ha previsto che il mediatore, apposta la sua firma digitale, trasmetta tramite PEC agli avvocati delle parti l'accordo "così formato", trasmissione da cui poi prende le mosse l'istanza di notificazione dell'accordo di mediazione all'ufficiale giudiziario¹².

Così, di solito avremo un accordo che acquisirà una doppia forma scritta, prima al momento del suo perfezionamento e poi al momento in cui esso sarà versato nel verbale finale. Il mediatore sottoscriverà con firma digitale solo il verbale, al fine, non di certificare l'autenticità delle firme di parte, compito riservato agli avvocati, bensì di assumere l'accordo come stipulato nell'ambito di una mediazione organizzata e quindi formare il titolo esecutivo. Gli avvocati dovranno attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico nonché certificare l'autografia dei propri clienti, cosa che potrebbero fare due volte (prima nell'accordo e poi nel verbale finale) ovvero una volta sola nel verbale finale, che esige comunque e sempre la loro firma al fine della formazione del titolo esecutivo.

6. Questioni dubbie. – Ciò detto, *bisogna* ora chiedersi, per un verso, in quale modo è possibile che le parti manifestino la loro volontà e, per altro verso, quale sia la portata giuridica della certificazione dei loro avvocati, questioni che, a cavallo tra disciplina del D.lgs. 28/2010 e legislazione emergenziale, non sembrano per nulla chiare.

Dal primo punto di vista, prima di avventurarsi sul terreno dei documenti elettronici, vediamo la disciplina che presuppone l'uso della parola verbale e della parola scritta su carta.

¹¹ Vedi anche i suggerimenti di UNAM, alla fine dei quali si legge: il «verbale contenete tutte le firme delle parti e degli avvocati e per ultima quella apposta dal mediatore, costituirà l'originale che verrà inviato via posta elettronica o pec o a mezzo piattaforme gestionali a tutti gli avvocati».

¹² Nella mediazione in presenza, invece, visto l'art. 11 del D.lgs. 28/2010, il verbale dell'accordo è depositato presso la segreteria dell'organismo, a cui le parti chiedono copia. Insomma, nella procedura telematica si carica il mediatore di un'incombenza verso le parti.

I contratti si possono stipulare oralmente, a meno che la legge esiga la forma scritta, *ad substantiam* o *ad probationem*. L'accordo di cui trattiamo è una transazione, la quale esige la forma scritta *ad substantiam* se ha ad oggetto una lite riguardante rapporti di cui all'art. 1350 c.c., altrimenti essa esige sempre la forma scritta solo *ad probationem* (art. 1967 c.c.).

Ma qui, riprendendo, se si vuole, un linguaggio carneluttiano, si faccia attenzione ai termini, distinguendo tra la dichiarazione di volontà e la sua documentazione. La dichiarazione di Mario Rossi "io voglio X o Y" è l'elemento che, scambiato con la dichiarazione "accetto" di Antonio Bianchi, costituisce il contratto. Queste dichiarazioni possono essere fatte oralmente, ma se, come nei casi che qui si ipotizzano, si esige la forma scritta, esse devono essere fissate su quel tradizionale supporto che chiamiamo carta. L'esigenza della forma scritta della dichiarazione sarebbe soddisfatta nel momento in cui le due parti scrivono le dichiarazioni: "Io Mario Rossi voglio X o Y" e "Io Antonio Bianchi accetto X o Y". Ma la legge vuole, al fine del rispetto della forma scritta, al contempo anche la sottoscrizione delle dichiarazioni. Esigere la forma scritta importa la necessità della formazione di una scrittura privata (almeno, se non anche di un atto pubblico), la quale non è in sé la dichiarazione resa per iscritto, bensì la sua documentazione, insomma la sua prova, col valore di cui all'art. 2702 c.c., documento il cui elemento essenziale è la sottoscrizione, quale assunzione di paternità della dichiarazione di volontà rappresentata.

Questi due aspetti, che tengono uniti il contenuto (la dichiarazione di volontà) e la cosa che lo rappresenta (il documento), sono inscindibili nel nostro ordinamento. Per cui, se la parola assume la forma elettronica, è necessario trovarsi di fronte ad una fattispecie che assolva alla stessa duplice funzione.

Tornando a noi, si rileva come la normativa emergenziale, trattando del ruolo certificatore dell'avvocato, dice che questi può "dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo".

Da ciò si potrebbe seguire il seguente ragionamento.

La parte deve rendere una dichiarazione per iscritto (su supporto cartaceo o elettronico) e firmarla. Questo presupposto sembra già mettere fuori gioco il valore legale di documenti informatici formati dai clienti senza alcuna firma, né cartacea né elettronica. Qui *bisogna* stare attenti a distinguere i vari elementi in gioco che sono tutti necessari, ossia elementi costitutivi della fattispecie "scrittura privata". È necessario che le dichiarazioni di volontà siano manifestate per iscritto, ma è necessario anche che della dichiarazione si formi prova documentale, la quale esige la sottoscrizione. Ciò significa che un documento di cui si possa attribuire la paternità a Tizio in modo diverso dalla sua sottoscrizione non basta. Se è vero che la sottoscrizione è solo uno dei modi, ma non l'unico, per attribuire a qualcuno, il sottoscrittore appunto, la paternità dello scritto, sembrerebbe che

qui conti solo quel modo di attribuzione della paternità. Ed allora un documento informatico, pur magari riferibile a Tizio, non può bastare se non quando quel riferimento avviene per mezzo della sottoscrizione.

Insomma, seguendo questa linea argomentativa, i documenti informatici che non siano sottoscritti qui non rilevano, anche se vi sono mezzi, diversi dalla sottoscrizione, per riferire lo scritto a qualcuno. Questi mezzi non bastano ad assolvere al requisito della forma scritta.

Ma si potrebbe ragionare anche diversamente e dire: la forma scritta sufficiente si raggiunge anche quando il documento informatico, pur rappresentando una dichiarazione di volontà, tuttavia sia sprovvisto di firma: si pensi a dichiarazioni inviate per PEC o anche con semplice mail o addirittura con un SMS Whatsapp. Questi sono mezzi di comunicazione che servono ad attribuire la paternità della dichiarazione comunicata a colui che li usa in quanto titolare delle password di accesso al servizio, che prescindono da una sottoscrizione. Del resto dall'art. 65 CAD emerge che l'uso della PEC vale in certi casi di rapporti con la P.A. e più in generale l'art. 20, comma 1-*bis*, CAD dice che, in mancanza di firma elettronica qualificata o digitale, sta al giudice valutare il valore sostanziale e probatorio di un documento.

Riconoscendo tutta la discutibilità del caso, a mio sommesso avviso è opportuno non fare della sottoscrizione un totem, soprattutto a fronte delle nuove tecnologie, che estendono la possibilità di avere altri mezzi di imputazione della dichiarazione.

Si dirà che tali mezzi non sono sicuri, né guardando alla necessità di avere garanzia della paternità della dichiarazione né guardando alla necessità di avere garanzia nell'integrità del documento. Ma non credo che uno scarabocchio su carta come sottoscrizione dia molte più garanzie, in entrambi i sensi. Quindi, anche per facilitare le mediazioni a distanza io credo che sia preferibile spezzare una lancia a favore di un atteggiamento più elastico, almeno fino al punto in cui lo consente l'ordinamento.

Del resto, ed è qui il senso della previsione, a me sembra che il legislatore abbia voluto superare ogni difficoltà attribuendo la responsabilità delle garanzie di certezza agli avvocati, i quali dovranno verificare l'effettiva provenienza delle dichiarazioni dei loro clienti. Starà a loro fare tutte le valutazioni del caso e così valutare anche l'affidabilità dei documenti elettronici che riceve. Quale che sia il modo con cui il cliente ha assunto la paternità della dichiarazione, sottoscrivendola con firma elettronica semplice, facendo una stampa, poi una firma, poi uno scanner e quindi una spedizione per mail unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità o anche, addirittura, senza alcuna sottoscrizione, ma con la semplice comunicazione attraverso PEC o la sua casella di posta elet-

tronica¹³ o persino attraverso *Whatsapp*, la valutazione è dell'avvocato, il quale certificando la provenienza si assume la responsabilità di imputare al cliente un certo negozio giuridico, in modo formalmente sufficiente, sia al fine del diritto sostanziale sia al fine della prova.

Insomma, a me sembra, siamo di fronte ad un indebolimento della sottoscrizione quale elemento essenziale di una scrittura privata al fine sostanziale e processuale¹⁴. Ci può essere anche un mezzo diverso (dalla sottoscrizione appunto!) di attribuzione di paternità, che acquista la valenza giuridica della sottoscrizione con la certificazione dell'avvocato.

Del resto la stessa logica non la troviamo negli accordi a distanza fatti nel processo, con la novellazione dell'art. 88 disp. att. c.p.c.? L'accordo cartaceo viene rappresentato (documentato) nel verbale di udienza, sottoscritto dalle parti, dal cancelliere e dal giudice (non anche dagli avvocati). L'accordo a distanza, invece, non esige la sottoscrizione delle parti, ma questa è surrogata dalla garanzia del giudice che attesta che parti e avvocati (il cui ruolo ha un valore di garanzia, non essendo certo essi parti del contratto) hanno accettato il contenuto dell'accordo. Qui lo spazio di movimento del giudice è ampio, potendo egli ricevere quell'accettazione in ogni modo che per lui sia affidabile, anche nel dialogo nell'ambito dell'udienza a distanza. Eppure siamo pur sempre di fronte ad una transazione, quindi ad un contratto che al minimo esige la forma scritta *ad probationem* e tradizionalmente si dovrebbe dire che per soddisfare la forma scritta si debba avere almeno una scrittura privata ossia una documentazione della dichiarazione sottoscritta ovvero, nel mondo dell'informatica, un documento elettronico almeno con firma debole. Ma anche qui la sottoscrizione è sostituita da una fattispecie complessa: la comunicazione della dichiarazione di volontà e la garanzia di un altro che, ritenuta sufficiente quella certa documentazione, attesta il consenso come se questo fosse espresso con una firma su un pezzo di carta.

Questo è il modo con cui l'informatica può facilitare gli accordi a distanza, con un ragionevole temperamento tra esigenze di facilitazione ed esigenze di certezza.

Resta a questo punto l'altra domanda: qual è il valore giuridico della "certificazione"¹⁵ degli avvocati? Se la certificazione delle autografie delle firme di parte

¹³ Con la conseguenza che in questa sede dovrebbe risultare irrilevante la disputa intorno al se la mail sia un documento informatico sottoscritto con firma debole ovvero un documento privo di firma ovvero una riproduzione meccanica a cui applicare l'art. 2712 c.c.

¹⁴ Della c.d. "crisi" della sottoscrizione si parla da tempo: vedi, tra gli altri, S. PATTI, Documento, in Digesto IV ed., disc. priv., dir. civ., VII, Torino, 1991, 1 ss., spec. 10 ss.

¹⁵ Per la verità la legge non usa questa parola, che invece nel D.lgs. n. 28/2010 è utilizzata rispetto

effettuata, evidentemente in presenza, dal mediatore ai sensi dell'art. 11 del D.lgs. 28/2010 fa piena prova della provenienza dello scritto fino a querela di falso, lo stesso è a dirsi a fronte della certificazione a distanza degli avvocati negli accordi telematici?

La normativa non è per nulla chiara al riguardo e forse sarebbe un po' semplicistico cavarsela dicendo che non si vedrebbe la ragione per distinguere il valore giuridico di queste due, come si suole dire, autentiche minori.

Tuttavia le perplessità emergono se solo si considera che, per un verso, come abbiamo visto, la certificazione degli avvocati serve a garantire la paternità di dichiarazioni certamente di persone da loro distanti fisicamente e magari anche non necessariamente sottoscritte e, per altro verso, le prassi registrano la sufficienza della firma digitale ove le parti ne siano munite¹⁶.

Ora, se questi spunti hanno un peso, sembra che si possa dire che la certificazione degli avvocati abbia la capacità di surrogare la mancante firma digitale dei clienti, con la conseguenza che, visti gli articoli 20 e 21 CAD, il documento informatico così sottoscritto, oltre ad assolvere certamente al requisito della forma scritta ove richiesta quale requisito essenziale, abbia il valore probatorio di cui all'art. 2702 c.c., quindi non abbia una resistenza fino a querela di falso.

Non volendo affrontare un tema tanto complesso, ed apprendo solo una breve parentesi, mi limito a dire che tra le opposte letture¹⁷ sembra ragionevole sposar-

al potere del mediatore, bensì prevede il potere dell'avvocato di dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente. Ma non voglio fondarmi su questo debolissimo argomento letterale per sostenere quanto dirò poi nel testo.

¹⁶ Vedi sempre le indicazioni di UNAM. Ma vedi anche il regolamento della Camera arbitrale di Milano, in cui si legge: «Il verbale e l'accordo potranno essere sottoscritti con modalità idonee a garantire la provenienza, come la firma digitale». Si aggiunga che, a mio avviso, se le parti si fanno rappresentare dai loro legali non è escluso che siano solo questi a firmare l'accordo con firma digitale, sia come rappresentanti sostanziali per il perfezionamento del contratto sia come legali attestando la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico. Resta sempre la necessità della loro firma al verbale, sempre come legali, al fine della formazione del titolo esecutivo. Non voglio aprire il discorso sulla possibilità, opportunità e forma di tale procura. Ma è utile rilevare come, quand'anche si ritenesse necessaria la presenza personale degli interessati alle trattative (assunto in cui non credo), si potrebbe sempre sostenere che, una simile procura possa essere rilasciata dopo che le trattative si siano svolte.

¹⁷ Secondo una prima lettura il documento vale fino a querela di falso, con onere probatorio a carico dell'apparente sottoscrittore, mentre secondo un'altra lettura il documento può essere disconosciuto dall'apparente sottoscrittore con onere di controparte di caricarsi dell'incidente di verifica. Per una sintesi del dibattito basti il rinvio a A. BERTOLLINI, *Il documento informatico e il documento analogico*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di G. RUFFINI, Milano 2019, 37 ss., spec. 69 ss.

ne una, se così possiamo dire, mediana. Il richiamo che l'art. 20 CAD fa all'art. 2702 c.c. in riferimento al documento elettronico munito di firma digitale evidentemente non può essere assunto in modo parziale. Così è vero che la parte contro la quale è prodotto in giudizio il documento può contestarlo¹⁸, ma è anche vero che si deve verificare con attenzione quali poi siano le conseguenze di una simile contestazione, anche distinguendo a seconda del tenore di essa.

Quella parte può dire: non è la mia firma!

In tal caso chi ha prodotto il documento deve attivare l'incidente di verifica- zione ai sensi dell'art. 216 c.p.c., nell'ambito del quale egli ha l'onere di provare che non è vera la contestazione dell'apparente sottoscrittore, il quale abbia rileva- to: 1) il documento non è stato firmato con il dispositivo di firma a me associato, 2) il dispositivo di firma elettronica utilizzato è stato contraffatto, a causa della fal- sa associazione dell'algoritmo, della falsa associazione della persona o della du- plicazione illecita del dispositivo medesimo¹⁹. Però, se anche è vero che qui opera il meccanismo ordinario (fondato sulla sequenza: contestazione dell'apparente sottoscrittore, onere dell'incidente di verifica- zione da parte di chi vuole avvalersi del documento e conseguente suo onere di provare l'autenticità del documento), è anche vero che l'onere dell'interessato alla positiva verifica- zione è assolto facil- mente, bastando a lui depositare il certificato di firma elettronica e l'attestazione di convalida. Starà, poi, alla controparte, interessata a negare l'autenticità, provare la falsità della certificazione o dell'attestazione rilasciate dal certificatore, prova che potrà essere data con ogni mezzo (ad es. CTU)²⁰.

Insomma è qui che la distanza tra le opposte teorie sul senso del richiamo all'art. 2702 c.c. si accorcia: l'apparente sottoscrittore può disconoscere il docu-

¹⁸ Contro il principio della piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni si pongono anche altri due argomenti. Il primo: della firma digitale autenticata dal notaio e quindi avente la resistenza fino a querela di falso parla il successivo art. 25 CAD. Il secondo: l'attuale formulazione dell'art. 20 ha avuto a monte formulazioni diverse, tra cui quella che attribuiva alla firma digitale l'idoneità a dare al documento elettronico il valore di scrittura privata da considerare legalmente riconosciuta, quindi con una certezza della sua provenienza dal sottoscrittore fino a querela di falso. Insomma, con l'attuale rinvio all'art. 2702 c.c. nella sua integralità sembra proprio che il legislatore abbia fatto una scelta ben consapevole.

¹⁹ In ogni caso, rileva M. GRADI, *Le prove, in Il processo telematico nel sistema del diritto processua- le civile cit.*, 520, vi è un comportamento doloso del certificatore o di un terzo che abbia ingannato il certificatore, perché il certificatore assicura, mediante la procedura di validazione informatica, che la firma elettronica apposta ad un determinato documento proviene dal dispositivo di firma associato al titolare. Pertanto la contestazione in parola ha necessariamente come oggetto la falsità di tali attestazioni e certificazioni provenienti dal terzo.

²⁰ Sempre M. GRADI, *op. cit.*, 522.

mento e così caricare la controparte dell'onere dell'incidente di verificaazione, ma poi nella c.d. verificaazione informatica l'onere della prova a carico dell'istante è leggero, caricandosi esso di più sull'interessato al disconoscimento.

Ma, visto l'art. 20, comma 1-*ter* CAD, quella parte può anche sollevare una contestazione diversa e dire²¹: è la mia firma elettronica, ma altri l'ha usata abusivamente!

In tal caso, a fronte del deposito del documento, il sottoscrittore che solleva tale contestazione ha l'onere di provare che, pur essendo stata utilizzata la sua firma digitale, tuttavia ciò è accaduto ad opera di altri ed abusivamente. Poi formalmente si può aprire l'alternativa tra il ritenere che un simile onere probatorio vada assolto nel processo pendente ovvero il ritenere che, prima, a fronte della contestazione da parte del titolare di firma, l'altro debba fare l'istanza di verificaazione di cui all'art. 216 c.p.c. Fermo restando che a mio parere sembra più ragionevole la seconda prospettiva, quello che più conta è però che l'onere della prova non sta a carico dell'istante, bensì del titolare di firma, il quale dovrà provare di aver perduto incolpevolmente il dispositivo, ovvero che chi lo ha usato non aveva alcun mandato o altro.

Ora, tornando all'accordo nella mediazione telematica, tutto quello che abbiamo appena detto vale se esso è stato sottoscritto dalle parti con firma digitale²².

Ma, che dire ove invece la loro firma digitale è stata sostituita dalla certificazione dei loro avvocati che si sono assunti la responsabilità di attestare la paternità delle dichiarazioni di volontà altrimenti firmate o anche solo comunicate dai loro clienti? La parte contro la quale il documento informatico è prodotto potrà disconoscere la paternità delle dichiarazioni che in esso appaiono da lei provenire, nonostante la certificazione dell'avvocato, addossando all'altra parte l'onere di avviare l'incidente di verificaazione, che, qui, però, dovrebbe assumere contenuti peculiari, visto che, come detto, potremmo anche non trovarci di fronte a documenti muniti di sottoscrizione. La copertura data dalla firma digitale dell'avvocato implica formalmente l'applicazione dell'art. 2702 c.c. e, quindi, di conseguenza degli articoli 214 ss. c.p.c., in virtù dei quali si potrà arrivare formalmente alla pronuncia di una sentenza di verificaazione²³. Ma, se l'incidente di verificaazione insorge, il suo contenuto è dato da valutazioni che il giudice avrebbe fatto co-

²¹ Sul punto vedi M. GRADI, op. cit., 522-523.

²² Se la proposta qui formulata è ragionevole non avrebbe alcun senso ipotizzare la necessità della certificazione dell'avvocato in caso di apposizione della firma digitale da parte del cliente, perché quella certificazione non aggiungerebbe nulla sul piano giuridico.

²³ Si ha la pronuncia di una sentenza se si accerta la genuinità del documento, mentre in caso contrario semplicemente il documento non avrà valore, né sostanziale né probatorio.

munque nel corso del processo dichiarativo pendente, visto l'art. 20, comma 1-*bis* CAD, ove si dice che il valore probatorio del documento informatico non sottoscritto con firma digitale è liberamente valutabile in giudizio. Certo, resta il fatto che l'onere della prova è caricato su colui che si avvale del documento e fa istanza per la verifica. Ma è anche vero che non sarà insignificante per il giudice, a fronte della parte interessata ad attribuire la paternità alla controparte del documento elettronico la, se così possiamo chiamarla, "testimonianza" particolarmente qualificata dell'avvocato che si è avuta nella certificazione di paternità in discussione, quell'avvocato che di questa si è fatto garante in base ad una serie di valutazioni di affidabilità nel caso concreto.

Insomma, se a fronte della produzione in giudizio di un documento elettronico dotato di firma debole o addirittura senza firma (ad es.: la mail) il giudice deve comunque e sempre valutare liberamente la sua paternità ed integrità, senza la dialettica tra immediato disconoscimento e conseguente istanza e giudizio di verifica, nel nostro caso la certificazione degli avvocati con la loro firma digitale impone quella dialettica, ma poi nell'incidente di verifica si fa ciò che si sarebbe fatto senza di essa, si ripete ai sensi della appena sopra citata disposizione del CAD. Fermo restando, si ripete, che il dubbio andrà a carico della parte onerata della verifica.

In definitiva, se si accoglie la prospettiva qui assunta, si agevola la formazione degli accordi telematici, fondandosi molto sul ruolo degli avvocati. Ma, se questi, con la loro firma digitale in luogo di quella dei loro clienti, possono assumersi la responsabilità di consentire la formazione di documenti informatici adeguati alle esigenze sostanziali di perfezionamento del contratto²⁴ e processuali di formazione del titolo esecutivo, non altrettanto possono garantire sul piano del valore probatorio di tali documenti²⁵.

Così, la loro utilizzabilità in giudizio è sempre esposta alla contestazione dell'apparente "sottoscrittore", che però deve assolvere ad un onere processuale immediato nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione (art. 215 c.p.c.), con la conseguenza che la controparte, che voglia pretendere il riconoscimento dei diritti emergenti dall'accordo²⁶, avrà poi l'onere formale di

²⁴ Visto l'art. 21 CAD, la firma digitale serve se la transazione esige la forma scritta ad substantiam.

²⁵ Si ricordi ancora che la certificazione dell'autografia delle parti operata dal mediatore in presenza fa fede fino a querela di falso.

²⁶ Ma un processo dichiarativo sull'esistenza di un diritto soggettivo può aversi anche per opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c., nel quale solo inizialmente e formalmente assume la qualità di attore colui che, soggetto all'aggressione esecutiva, contesta l'esistenza del credito da realizzare e quindi la giustificazione sostanziale dell'esecuzione forzata.

chiederne la verifica²⁷ e, quindi, in questa di provare la paternità delle dichiarazioni in contestazione e da lui attribuite al suo avversario.

Seguire questa interpretazione significa favorire la via telematica, perdendo qualcosa sul piano della certezza. Se, al contrario si predilige il valore della certezza, si rischia di sfavorire la modalità telematica. La mia scelta a tal proposito è chiara, ma altro sarà verificarla nella prassi.

7. Il verbale di conciliazione giudiziale redatto con strumenti informatici.

Resta da trattare della modifica apportata all'art. 88 disp. att. c.p.c., con la quale si è disciplinato il verbale di conciliazione giudiziale redatto con strumenti informatici.

Questa disposizione non disciplina le modalità di svolgimento della conciliazione, le quali, quindi, potranno essersi caratterizzate per essere a distanza, secondo gli schemi dell'udienza da remoto²⁸, ovvero in presenza, applicandosi essa comunque tutte le volte che il verbale contenente l'accordo sia redatto con strumenti informatici.

Prima di questa modifica era difficile risolvere il problema della formazione di un verbale telematico, quale "cosa" unica, avente tutti gli elementi dell'articolo in oggetto, in particolare le necessarie sottoscrizioni delle parti, e, di conseguenza, tutti gli effetti della fattispecie che chiamiamo conciliazione giudiziale, comprendenti il perfezionamento dell'accordo tra le parti, la definizione del processo, quale provvedimento del giudice, ed infine la formazione di un titolo esecutivo giudiziale.

Invero la modifica dell'art. 126 c.p.c., con la quale si è resa superflua la sottoscrizione del verbale di udienza da parte di soggetti intervenuti ad essa non toccava le esigenze formali dell'art. 88 disp. att. c.p.c. Inoltre per ragioni tecni-

²⁷ Qui, evidentemente, non può valere il principio tradizionale per cui un simile incidente cognitivo presupponga necessariamente un documento firmato.

²⁸ Sulle quali vedi P. BIAVATI, *Processo civile e pandemia*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2021, 133 ss, precisandosi solo che sembra improbabile l'uso della modalità cartolare per due ragioni: 1) perché essa è prevista quando l'udienza è fatta solo dagli avvocati al fine di presentare istanze o conclusioni; 2) perché non è adatta allo svolgimento di un dialogo al fine di una trattativa, anche quando magari non ci sono le parti che si fanno rappresentare anche a fini conciliativi dai loro avvocati. Si aggiunga anche che, se queste forme di udienza a distanza esigono il consenso delle parti, tuttavia è discutibile che qui la mancanza di consenso abbia delle conseguenze in caso di esito positivo. È vero che, come dice P. BIAVATI (op. cit., 142), l'errore nella gestione della modalità di udienza comporta nullità (e peraltro direi che la nullità c'è solo ove si dimostri che quella certa modalità ha arrecato pregiudizio al diritto al contraddittorio); ma è anche vero che, se per caso si raggiunge l'accordo, questo non è condizionato nella sua validità da quell'ipotetico error in procedendo.

che le parti o magari i loro avvocati muniti di procura speciale non potevano (né possono) apporre la loro firma digitale al documento informatico formato del giudice. Così la prassi doveva cercare delle soluzioni abborracciate, quali ad esempio ipotizzare: 1) la redazione informatica del verbale di udienza ad opera del cancelliere nel quale dare atto di una conciliazione rappresentata in altro verbale in forma cartacea, sottoscritto dalle parti, dal giudice e dallo stesso cancelliere²⁹; 2) la redazione di un verbale informatico da parte del giudice a cui allegare copia a seguito di scannerizzazione di un accordo firmato su carta dalle parti; 3) la redazione da parte del giudice del solo verbale di udienza in cui dare conto dell'avvenuto accordo in separato atto formato e sottoscritto dalle parti su carta³⁰.

Ma tutte queste soluzioni erano incerte ed in fondo esse partivano dalla salvaguardia di una sacralità della sottoscrizione delle parti, quale unico modo per garantire la provenienza delle dichiarazioni, insomma la loro paternità. Inoltre, a parte la discutibile tenuta giuridica di quelle soluzioni, in esse comunque vi era la complicazione di più di un passaggio, senza potersi avere la formazione del verbale di conciliazione in un unico momento.

Ecco che con la modifica ora in oggetto tale sacralità cade e la semplificazione nella formazione della fattispecie, che non esige più passaggi, essendo sufficiente la raccolta da parte del giudice del consenso di tutti i soggetti coinvolti nell'ambito dell'udienza da remoto³¹, permette di inserirla nel PCT cosa che prima non era. Il giudice, dopo aver fatto opera di mediatore, si assume la responsabilità di formare in via informatica il verbale di conciliazione giudiziale, facendo tutte le attestazioni del caso in riferimento ad atti di soggetti non presenti fisicamente, verbale che ha «gli stessi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza».

²⁹ Con successivo inserimento nel fascicolo informatico del verbale di causa e del verbale di conciliazione, previa estrazione di copia per immagine e propria firma digitale per attestare la conformità all'originale.

³⁰ Cfr. V. BERTOLDI, *Il processo ordinario*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile cit.*, 579 ss., spec. 646 ss.

³¹ Ovviamente è sempre possibile che le parti siglino prima un accordo e poi lo riportino nell'udienza da remoto per essere versato nel verbale informatico della conciliazione giudiziale. In questo caso il contratto avrà una doppia formalizzazione, ma l'unica fattispecie che possiamo qualificare come conciliazione giudiziale starà nel detto verbale telematico, restando l'altra fattispecie qualificabile solo come transazione con effetti sostanziali, senza avere né l'effetto processuale di far cessare la litispendenza (vedi tra i classici E. T. LIEBMANN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1932, I, 260 ss., spec. 265 ss.) né l'idoneità ad essere costitutiva dell'azione esecutiva, salvo a questo fine la sua documentazione con scrittura privata autenticata o con atto pubblico, in collegamento all'art. 474, comma 2, nn. 2) e 3), c.p.c.

Siamo così in presenza di quella fattispecie unitaria che chiamiamo conciliazione giudiziale rappresentata nell'unitario verbale di conciliazione, che la legge permette di formare anche in via informatica, unitariamente appunto, perché dà tutto nelle mani di colui che a quel documento informatico può apporre la sua firma digitale.

Tuttavia, questa fattispecie unitaria presenta diversi profili giuridici, che restano presenti anche nella sua forma telematica. Compito dell'interprete è capire se questi profili sono del tutto sovrapponibili raffrontando la forma cartacea e quella informatica.

Tradizionalmente, guardando alla forma cartacea, in essa vi sono innanzitutto dichiarazioni di volontà: quelle delle parti che stipulano un contratto e quella del giudice che lo omologa, non ravvisando elementi ostativi, così definendo con un suo provvedimento il processo³². Quindi, si aggiunge l'attività di verbalizzazione del cancelliere che, in qualità di pubblico ufficiale certificatore, forma il documento che ha valore di atto pubblico, munito del valore probatorio di cui all'art. 2700 c.c. e quindi idoneo, fra l'altro, a costituire titolo della trascrizione e della iscrizione, se necessarie³³. A ciò si aggiunga, infine, quale effetto esplicitamente indicato, la qualità di titolo esecutivo (ormai) giudiziale, con tutte le relative potenzialità per le varie forme di esecuzione forzata ipotizzabili.

Passando al verbale telematico, innanzitutto balza agli occhi il fatto che l'attestazione del giudice, in sostituzione di ogni altra sottoscrizione, garantisce che le parti, il cancelliere e i difensori, resi pienamente edotti del contenuto degli accordi, li hanno accettati.

Ora, presa alla lettera, questa disposizione non sembra del tutto sensata. Se siamo in presenza innanzitutto di un accordo, quindi un contratto tra le parti, che senso ha parlare di accettazione di esso da parte del cancelliere e degli avvocati?

Il cancelliere non deve certo accettare il contenuto della transazione tra le parti, ma al più egli deve concordare sulla redazione del verbale quale documentazione dell'accaduto; quindi, di quanto le parti abbiano voluto. Egli non dice "io voglio", ma dice "le parti hanno voluto x o y", con ciò rendendo una dichiarazione di scienza e non di volontà. Così il giudice, unico redattore e firmatario

³² Vedi F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari 2008, 334. Se questo atto di ricezione da parte del giudice non vi fosse non saremmo di fronte ad una conciliazione giudiziale, ma al più ad un accordo tra le parti prodotto nel processo, che poi dovrebbe essere definito, a seconda delle diverse concezioni o situazioni, con un provvedimento di estinzione o di cessazione della materia del contendere. Quanto, poi, al limite imposto alla valutazione del giudice, non è questo il luogo per approfondire.

³³ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile. Del processo di cognizione*, II, Napoli 1956, 89. Vedi anche P. PAJARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, 2, I, Torino 1980, 540 ss., spec. 576.

del documento informatico attesta che il cancelliere concordi con la sua opera di rappresentazione, per fornire una maggiore certezza probatoria, la cui utilità potrà emergere in eventuali liti future.

Più dubbia è la posizione degli avvocati, che certo non sono parti del contratto, né soggetti della documentazione ossia della verbalizzazione. Peraltro, nelle conciliazioni in presenza essi non devono firmare il relativo verbale. Quindi il loro ruolo potrebbe essere visto come una sorta di garanzia di validità del contratto, in riferimento alla non contrarietà a norme imperative e di ordine pubblico, come avviene nella mediazione. Ed anche, magari di ulteriore garanzia di effettività della volontà delle parti presentandosi come una sorta di supporto a conferma della relativa documentazione di ciò che le parti abbiano voluto. Insomma, sembra proprio che l'unico ruolo, ancorché non insignificante, degli avvocati stia nel garantire ciò che già garantisce il giudice e, in parte, il cancelliere.

Ma, fatte queste precisazioni, resta la domanda più spinosa. Che significa propriamente la previsione per cui il verbale informatico di conciliazione giudiziale ha gli stessi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza?

Nessun dubbio sulla sua valenza di fattispecie costitutiva di un titolo esecutivo giudiziale.

Né è dubitabile che questa fattispecie, coinvolgente giudice e parti, abbia sia l'effetto processuale di definire la lite sia quello sostanziale di perfezionare un contratto di transazione, anche ove questo contratto dovesse esigere la forma scritta *ad substantiam*. Insomma, da questi punti di vista, la firma e la garanzia del giudice tiene luogo delle firme mancanti delle parti.

Il dubbio si pone su un piano formale, che poi rileva dal punto di vista del valore probatorio del verbale in oggetto. La domanda è: siamo in presenza di quello stesso atto pubblico che abbiamo a fronte di un verbale di conciliazione cartaceo?

Se la risposta è positiva, non c'è altro da aggiungere: esso fa piena fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. fino a querela di falso ed è titolo per iscrivere ipoteca nonché titolo trascrivibile.

In caso contrario questi ulteriori effetti non vi sono. Così, ad es., se il titolo è messo in esecuzione ed il debitore si oppone contestando di aver consentito a quel certo accordo o comunque nei termini che risultano dal relativo verbale, così contestando il credito che si pretende di realizzare, egli non deve passare dalla via dell'incidente di falso, bastandogli la contestazione dell'accordo e così addossando alla controparte ogni altro successivo onere, in particolare l'onere di provare la genuinità del verbale utilizzato.

Ad una prima impressione sembrerebbe doversi dire che il legislatore abbia voluto l'equiparazione ad ogni effetto del verbale telematico a quello cartaceo. Ciò in virtù dell'argomento letterale ed anche per evitare di depotenziare questi accordi.

Ma è anche vero che la fattispecie informatica è molto lontana da quella cartacea ed allora, come abbiamo visto nella mediazione telematica, forse anche qui si potrebbe ipotizzare che la valorizzazione di esigenze di semplificazione debba pagare qualche prezzo.

Del resto il giudice non è il pubblico ufficiale addetto alle certificazioni, compito che spetta propriamente al cancelliere³⁴. Ed allora si dovrebbe ravvisare nello stesso art. 88 disp. att. c.p.c. la fonte di attribuzione al giudice di un potere che normalmente spetta al cancelliere. Ma che questa disposizione abbia una simile valenza può essere assai discutibile, soprattutto quando in essa si vuole che le attestazioni del giudice siano supportate dalla cooperazione sia del cancelliere sia degli avvocati. Questa cautela, a me sembra, non depone a favore dell'attribuzione al giudice di un potere di certificazione allo stesso livello dell'ordinario potere di certificazione del cancelliere.

Ed allora si potrà dire che difficilmente, nell'esempio fatto, il debitore esecutato abbia possibilità di vittoria. Ma almeno starà al creditore esecutante l'onere di provare in positivo che è stato stipulato quel certo accordo a non al debitore esecutato l'onere in negativo di provare che non era quello l'accordo.

Certo, resta la carenza di un titolo trascrivibile. Ma in fondo anche il verbale di mediazione non lo è, neanche nella forma cartacea, ed allora non mi sembra che richiedere l'intervento di un notaio anche in riferimento a questa conciliazione giudiziale telematica sia un danno tanto grave.

³⁴ Quanto ai verbali di udienza gli articoli 126 e 130 c.p.c. prevedono chiaramente che essi siano opera del cancelliere. Però è singolare che poi questi non possa apporre la sua firma digitale al documento redatto mediante la consolle del giudice: sul punto vedi A. BUONAFEDE, *Il fascicolo informatico*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, 175 ss., spec. 196 ss.

I nuovi scenari: il valore degli accordi nella circolazione transnazionale e l'impatto delle a.d.r. sull'efficienza dei sistemi giudiziari

SOMMARIO: 1. Gli accordi e la loro circolazione transnazionale: una premessa di inquadramento. – 2. Lo spazio giudiziario europeo e gli strumenti a supporto della cooperazione giudiziaria. – 3. Fonti normative europee in materia di riconoscimento ed esecuzione di decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. – 4. La circolazione delle transazioni giudiziarie in materia civile e commerciale ai sensi del regolamento (UE) n. 1215/2012 (cd. Bruxelles 1-*bis*). – 5. La circolazione degli accordi in materia di famiglia. – 6. I procedimenti di controllo e la disciplina processuale nazionale. – 7. La circolazione degli accordi di mediazione in UE e l'ingresso in Italia delle mediazioni transfrontaliere. – 8. I rapporti internazionali e l'efficienza dei sistemi giudiziari: quale impatto delle a.d.r.? – 9. L'efficienza del sistema italiano e le misure del *Recovery plan* in tema di a.d.r..

1. Gli accordi e la loro circolazione transnazionale: una premessa di inquadramento. L'aumentare delle tipologie di *a.d.r.* e la sempre più intensa circolazione di persone e relazioni nel contesto europeo ed internazionale ha come importante corollario la necessità di una loro valenza transfrontaliera. È, quindi, ormai indispensabile volgere lo sguardo “oltre confine” per cogliere il valore aggiunto delle soluzioni transattive giudiziali e degli accordi assimilabili, mettendo a fuoco in una più ampia prospettiva possibile, i loro meccanismi di circolazione, sia in chiave di riconoscimento che di esecuzione.

L'analisi intende offrire spunti per approfondire le utilità che gli accordi raggiunti nelle sedi giudiziarie italiane possono spiegare nello spazio giudiziario europeo (che abbraccia tutti gli strumenti normativi di cooperazione giudiziaria in materia civile aventi base giuridica nell'art. 81 del TFUE), ma finanche nella prospettiva internazionale (si pensi alla Convenzione di Singapore).

Si cercherà di mettere a fuoco le condizioni e le formalità con le quali gli accordi circolano fra gli “SM” e soprattutto che tipo di accordi hanno questa capacità “espansiva” del loro valore, le relative fonti normative europee che li regolano, le recenti novità e le persistenti criticità. Si limiterà necessariamente il campo a tre tipologie di accordi: le transazioni giudiziarie (art. 185 c.p.c.), gli accordi di nego-

ziazione assistita (previsti dal 12 settembre 2014, n. 132, recante Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile – convertito con modifiche in legge 10 novembre 2014, n. 162) e gli accordi di mediazione (decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, recante *“Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”* e successive modificazioni). Restano dunque estranei al presente esame i meri accordi negoziali privati e i lodi arbitrali (ai quali si applica la convenzione di New York del 1958 come espressamente affermato anche nel art. 1, par. 1, lettera d), e considerando 12 del regolamento (UE) n. 1215/2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e come anche più volte ribadito dalla Corte di Giustizia).

2. Lo spazio giudiziario europeo e gli strumenti a supporto della cooperazione giudiziaria. Prima di esaminare nel dettaglio la disciplina della valenza transfrontaliera degli accordi, nei limiti di cui si è detto, appare indispensabile chiarire l'orizzonte di riferimento dei medesimi nel contesto innanzitutto europeo, ove – com'è noto – da tempo si sono elaborate norme atte a delimitare quello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che si riassume nella ormai comune nozione di “spazio giudiziario europeo”, la quale si è progressivamente fatta strada di pari passo con l'evoluzione della normativa europea in tema di cooperazione giudiziaria civile.

Già il Trattato di Roma, istitutivo della Comunità Europea, all'art. 220, pur non immaginando il futuro sviluppo delle norme in tale settore, promuoveva in particolare il riconoscimento e la circolazione delle decisioni giudiziarie fra i Paesi membri, tema quindi sin dalle origini al cuore della cooperazione giudiziaria in materia civile. Tali aspetti venivano tuttavia intesi quali accessori rispetto alle quattro libertà fondamentali (circolazione delle persone, dei beni, dei capitali e dei servizi). La norma, infatti, non prevedeva alcuna obbligatorietà, ma semplicemente lasciava agli Stati la facoltà di attuare tale cooperazione per mezzo di strumenti pattizi¹. Il più significativo di tali strumenti fu la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale. Nel 1988 la Convenzione di Bruxelles venne estesa agli Stati membri dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA), mediante la Convenzione di Lugano, che è stata poi rinegoziata alcuni anni dopo l'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 44/2001,

¹ Art. 220 Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini (...) la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali.

cd Bruxelles I, dando luogo alla “Nuova convenzione di Lugano” che si applica ai procedimenti fra gli Stati membri dell’UE e l’Islanda, la Norvegia e la Svizzera.

Con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, all’interno della struttura a pilastri dell’Unione Europea, furono introdotte per la prima volta norme, inquadrare nel titolo VI del Trattato, che, in un paradigma meramente politico e inter-governativo (e quindi al di fuori del sistema normativo europeo), si occupavano di cooperazione in materia di giustizia.

Con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 l’Unione Europea ha inserito per la prima volta fra le sue funzioni la cooperazione giudiziaria, dando vita a uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il cosiddetto *spazio giudiziario europeo*.

Per evitare che le norme nazionali di diritto internazionale privato e di procedura civile internazionale – che differiscono da uno Stato all’altro – fossero di ostacolo al buon funzionamento del mercato interno dell’Unione, si è fatta strada la consapevolezza della necessità, da un lato, di disposizioni uniformi che individuino l’organo giurisdizionale competente e, dall’altro, di procedure semplificate per ottenere in modo rapido e semplice il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni (giudiziarie ed extra giudiziali) pronunciate in un altro Stato, al fine di realizzare e perfezionare la libera circolazione delle decisioni giudiziarie in tutto il territorio degli Stati vincolati dai regolamenti UE.

Si è così avviato un percorso che i successivi trattati, e in particolar modo il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, hanno progressivamente perseguito.

Mediante successivi programmi, ricordati usualmente con il nome della città dove si svolse la riunione del Consiglio che di volta in volta li promuoveva (Tampere nel 1999, L’Aja nel 2005, Stoccolma nel 2009), l’Unione si è proposta di realizzare concreti e crescenti obiettivi in questo settore.

È quindi oggi legittimo parlare di *spazio giudiziario europeo* anche se l’espressione è ancora poco tecnica. La Treccani lo definisce “*come il complesso delle fonti che, all’interno dell’ordinamento dell’Unione Europea, disciplinano aspetti del diritto giudiziario in modo uniforme per gli Stati membri, in concorso con la normazione specifica di ciascuno di essi. Nel contempo, si vuole indicare che sussiste un territorio (uno spazio) in cui sono efficaci norme comuni europee in tema di giustizia*”.

L’Art. 4 del TFUE prevede che l’Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri, fra l’altro, nel settore relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Si tenga conto che non tutti i Paesi dell’Unione partecipano in modo identico alla costruzione di questo *spazio*: la Danimarca ha scelto di restarne esclusa (cd. *opt out*), mentre Regno Unito e Irlanda si erano riservate di accettare caso per caso le singole misure (cd. *opt in*).

La politica europea in materia civile si svolge essenzialmente nel quadro dell'art. 81 TFUE (che ha sostituito, ampliandone l'oggetto, il precedente art. 65 del trattato istitutivo della Comunità Europea). Secondo il par. 1 della norma, l'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali, con l'essenziale precisazione che tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Il par. 2 elenca le misure che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare, in particolare se necessarie al buon funzionamento del mercato interno. Gli obiettivi di queste misure riguardano: a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione; b) la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali; c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione; d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; e) un accesso effettivo alla giustizia; f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri; g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie; h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari. Per le misure in tema di diritto di famiglia con implicazioni transnazionali è fissata una procedura legislativa speciale, la quale richiede l'unanimità delle decisioni, al fine di garantire le diverse sensibilità culturali dei Paesi europei in questo delicato settore.

Al momento attuale, dunque, le norme che regolano il riparto di giurisdizione tra i giudici degli Stati Membri dell'Unione Europea e le norme sul riconoscimento e l'esecuzione transfrontaliera delle sentenze emesse dai medesimi giudici e degli accordi ad esse equiparati, unitamente a quelle sull'individuazione della legge applicabile nelle controversie in materia civile, costituiscono il fulcro della cooperazione giudiziaria europea e la loro gestione e corretta applicazione costituisce una sfida quotidiana, posta nelle mani di tutti i giudici europei.

È innegabile infatti che il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali è la pietra d'angolo della creazione di un vero spazio giudiziario. La difficoltà aumenta se solo si considera che dette norme entrano a far parte dei sistemi processuali nazionali, alla ricerca di un'armonia *ex post* che eviti strappi o lacerazioni non compatibili con i principi cardine di ogni sistema processuale nazionale e non conciliabili con l'imprescindibile necessità di evitare la cosiddetta *reverse discrimination*.

Il quadro complessivo che ne deriva certamente non è di agevole comprensione per gli operatori, ma l'esigenza di coglierne i tratti essenziali oramai è

diventata prioritaria, tenuto conto del sempre maggiore fenomeno dello spostamento *cross borders* di cittadini e attività imprenditoriali.

A tal fine va segnalato che il Consiglio dell'Unione europea, consapevole di tale complessità, con decisione n. 2001/470/CE del 28 maggio 2001, entrata in vigore il 1° dicembre 2002, e modificata con la decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio 568/2009/EC del 18 giugno 2009 ha costituito la Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale: si tratta di una struttura flessibile e non burocratica, che opera in modo informale e ha l'obiettivo di agevolare e migliorare la cooperazione giudiziaria civile facilitando la conoscenza e l'applicazione pratica degli strumenti eurounitari da parte degli organi giudiziari in controversie transfrontaliere.

La Rete giudiziaria si compone di punti di contatto designati dagli Stati membri, organi centrali ed autorità centrali previsti da atti normativi europei, strumenti internazionali cui gli Stati membri partecipano o norme di diritto interno nella sfera della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, magistrati di collegamento con responsabilità nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, qualsiasi altra autorità giudiziaria o amministrativa competente per la cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale la cui appartenenza alla rete sia giudicata opportuna dal rispettivo Stato membro.

Infine sono in essa coinvolti gli ordini professionali che rappresentano a livello nazionale, negli Stati membri, gli operatori della giustizia che concorrono direttamente all'applicazione degli strumenti internazionali relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale.

In Italia la Rete giudiziaria è incardinata presso il Dipartimento per gli Affari di Giustizia del Ministero della Giustizia, e si avvale del Portale web *Aldricus* (<https://aldricus.giustizia.it>), di recentissima creazione, ove convergono informazioni e materiali di interesse (norme, giurisprudenza interna, internazionale e sovranazionale, *link* a siti d'interesse). Tale portale è stato costituito nell'ambito del Progetto europeo *Ejunita-building bridges* ed è sviluppato da un *consortium* costituito dai seguenti partner: Ministero della Giustizia, Consiglio Nazionale del Notariato, Scuola Superiore della Magistratura, Università degli Studi di Ferrara e Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

3. Fonti normative europee in materia di riconoscimento ed esecuzione di decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Ancor prima di entrare nel merito dei concreti meccanismi di riconoscimento ed esecuzione degli accordi, ai quali sovente si estende la disciplina relativa alle sentenze emesse dai giudici nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, appare opportuno indicare sinteticamente le fonti europee di riferimento, le quali costituiscono gli strumenti indispensabili

per gli interpreti al fine di individuare gli esatti confini della concreta efficacia delle decisioni giudiziali ed extragiudiziarie straniere.

Orbene, vengono in rilievo, a seconda della materia oggetto della controversia, principalmente i seguenti regolamenti:

- regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale;
- regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000;
- regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari;
- regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi;
- regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Pur dovendo necessariamente limitare l'analisi ai primi tre regolamenti sopra indicati, appare importante rilevare che ciascuno degli elencati strumenti limita espressamente le materie che ricadono nel proprio campo di applicazione, altresì prevedendo un autonomo concetto di *decisione*, accostandolo alle nozioni di *transazione giudiziaria* e di *atto pubblico* che – come accennato *supra* – beneficiano parzialmente del regime previsto per le decisioni giudiziarie in senso stretto.

Questo deriva purtroppo dal *trend* europeo volto alla ricerca e determinazione di definizioni che vigano limitatamente allo strumento normativo nel quale sono inserite; ne consegue una generale mancanza di sistematicità provocata anche dal particolare iter legislativo delle norme europee (frutto di compromessi contingenti fra Stati Membri e fra co-legislatori).

Ad esempio, ai sensi del regolamento Bruxelles I-*bis* per decisione si intende (art. 2 lett. a) “*a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, compresi un decreto, un'ordinanza, una decisione o un mandato di esecuzione, nonché una decisione relativa alla determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere*”. La «decisione» comprende anche i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da un'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito ai sensi del

regolamento stesso. Essa non comprende i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da tale autorità giurisdizionale senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, a meno che la decisione contenente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto prima dell'esecuzione. Inoltre, analogamente al regolamento (UE) n. 4/2009, per *“transazione giudiziativa”* si intende quella *“approvata dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro o conclusa davanti all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro nel corso di un procedimento”*; quanto all'*“atto pubblico”*, trattasi di *“qualsiasi documento che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico nello Stato membro d'origine e la cui autenticità riguardi la firma e il contenuto dell'atto pubblico; e sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità a tal fine autorizzata”*.

In materia di famiglia, il regolamento (CE) n. 2201/2003, cd Bruxelles II-bis, include nel concetto di *decisione* ogni pronuncia in materia *“divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio emessa dal giudice di uno Stato membro, nonché una decisione relativa alla responsabilità genitoriale, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza”*. L'art. 46 estende le norme sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni anche agli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato Membro nonché agli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine, senza che detto regolamento offra ulteriori norme definitorie di atto pubblico o accordo. Quanto ai provvedimenti cautelari, che, seppur non qui espressamente definiti, tendono a comprendere ogni tipo di misura provvisoria, essi possono essere inclusi nel concetto di *decisione* e quindi circolare nello spazio giudiziario europeo ove emessi dal giudice *competente* ai sensi del regolamento stesso (si vedano i criteri di cui agli artt. 8, 9 e 10 di detto regolamento, idonei a fondare siffatta competenza, ossia la residenza abituale del minore e la precedente residenza di quest'ultimo). Va osservato in particolare che l'art. 20 (il quale prevede la possibilità di emettere provvedimenti provvisori limitatamente *alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati*, con esclusione delle decisioni in tema di affidamento²) consente che essi, siano emessi dal

² C- 403/09, Corte di Giustizia, sentenza Deticek del 23. 12. 2009 “L'art. 20 del regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione quale quella oggetto della causa principale, esso non consente ad un giudice di uno Stato membro di adottare un provvedimento provvisorio in materia di responsabilità genitoriale inteso a concedere l'affidamento di un minore che si trova nel territorio di tale Stato ad uno dei suoi genitori, nel caso in cui un giudice di un altro Stato membro, competente in forza del detto regolamento a conoscere del merito della controversia relativa all'affidamento, abbia già emesso una decisione che affida

Giudice **non** competente per il merito ai sensi del medesimo regolamento, senza che però tali provvedimenti possano circolare al di fuori dell'ambito territoriale del Giudice emittente³.

Il regolamento (CE) n. 4/2009 include nel proprio ambito di applicazione ogni *“decisione in materia di obbligazioni alimentari emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, a prescindere dalla denominazione usata, quale ad esempio decreto, sentenza, ordinanza o mandato di esecuzione, nonché la liquidazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere. anche una decisione in materia di obbligazioni alimentari emessa in uno Stato terzo”*. Desta particolare rilievo il fatto che tale regolamento estende la nozione di autorità giurisdizionale fino a comprendere *“le autorità amministrative degli Stati membri competenti in materia di obbligazioni alimentari purché offrano garanzie circa l'imparzialità e il diritto di audizione delle parti e purché le decisioni che prendono ai sensi della legge dello Stato membro in cui sono stabilite i) possano formare oggetto di ricorso o riesame dinanzi a un'autorità giudiziaria e ii) abbiano forza e effetto equivalenti a quelli di una decisione dell'autorità giudiziaria nella stessa materia”*.

Tale regolamento disciplina la circolazione delle statuizioni di natura alimentare qualunque sia il soggetto beneficiario: il coniuge, il minore, il maggiorenne non autosufficiente o il maggiorenne portatore di *handicap*. Il legislatore europeo ha voluto offrire una tutela *ad hoc* per questo tipo di creditori allo scopo di facilitare la riscossione del credito alimentare. L'ambito di applicazione è individuato dall'art. 1 nelle *“obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità”*. Tale concetto va interpretato estensivamente e, dunque, ad esso sono certamente riconducibili le nozioni di *“alimenti”* e di *“mantenimento”* utilizzate, nelle rispettive accezioni, nel nostro ordinamento.

Va sin d'ora chiarito che la circolazione dei suddetti atti è caratterizzata dalla circostanza che il legislatore europeo non considera gli stessi quali decisioni unitarie anche quando contengono una disciplina complessa (incidenti, ad un tempo, su questioni contrattuali, sullo status coniugale, sull'affidamento, sul mantenimento dei figli sulla loro gestione *etc*), ma *“per tipologia di contenuto della decisione”*: ne deriva che ogni *“parte”* dell'accordo o della decisione giudiziale avrà un regime di circolazione differenziato a seconda della materia a cui si riferisce, trovando quindi diverse fonti normative di regolamentazione. Questa

provvisoriamente il minore all'altro genitore, e tale decisione sia stata dichiarata esecutiva nel territorio del primo Stato membro”.

³ C- 256/09 Corte di Giustizia, sentenza Parruker del 15.07. 2010 2 *“le disposizioni stabilite dagli artt. 21 e segg. del regolamento n. 2201/2003 non si applicano a provvedimenti provvisori, in materia di diritto di affidamento, rientranti nell'art. 20 di detto regolamento”*.

scelta, complessa ma dovuta alla settorialità delle negoziazioni europee, implica la conseguente applicazione di un vero e proprio *collage* di disposizioni.

La circolazione dei provvedimenti – siano essi decisioni giurisdizionali o, come si vedrà, atti diversi ma alle stesse equiparati – ricade, invero, sotto la disciplina di diversi regolamenti europei che assoggettano il riconoscimento e l'esecuzione a modalità non omogenee, non essendo omogenei neppure gli atti extragiudiziali in grado di circolare.

4. La circolazione delle transazioni giudiziarie in materia civile e commerciale ai sensi del regolamento (UE) n. 1215/2012 (cd. Bruxelles 1-*bis*). Il regime di circolazione delle transazioni giudiziarie, delle decisioni giudiziali e degli atti pubblici nella materia civile e commerciale è disciplinato dagli articoli da 58 a 60 del regolamento cd Bruxelles 1-*bis*.

Va rammentato che tale regolamento generalizza, estendendola a tutte le giurisdiziarie in materia civile e commerciale, l'abolizione dell'*exequatur*, vale a dire la soppressione di qualsiasi procedura necessaria affinché l'esecutività di una decisione o di una transazione giudiziaria resa in uno Stato membro dell'Unione Europea possa manifestarsi anche in altro Stato membro. L'art. 39 prevede, infatti, che *“la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività”*. La parte contro cui si richiede l'esecuzione o il riconoscimento deve esserne informata per mezzo di un attestato rilasciato in conformità alle norme previste dal regolamento. Tale attestato viene redatto dall'autorità giurisdizionale (o, ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 122 del 2016, dall'autorità che ha formato l'atto pubblico) su richiesta di una delle parti interessate (a mezzo di un modulo allegato al regolamento). Detto attestato deve essere corredato dalla decisione (qualora essa non sia già stata notificata). Deve infine essere notificato all'interessato entro un termine ragionevole precedente all'esecuzione della decisione. In determinati casi, la persona contro cui si richiede l'esecuzione, o nei confronti della quale è invocato il riconoscimento, può richiedere il rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione della decisione. Ciò può avvenire qualora ritenga che sussistano motivi di rifiuto specificati nel regolamento, ad esempio: qualora il riconoscimento di una decisione sia manifestamente contrario all'ordine pubblico nello stato richiesto, o se la decisione è stata resa in contumacia con violazione del diritto di difesa, se sussiste un contrasto di giudicati con una sentenza emessa anteriormente nello stato richiesto o in un altro stato membro, purchè soddisfi le condizioni indispensabili per il riconoscimento nello stato richiesto.

I paesi dell'UE hanno comunicato alla Commissione gli organi giurisdizionali competenti ai quali presentare la richiesta e le relative informazioni sono disponibili sul portale *e-justice* (per l'Italia: tribunali ordinari, ma – come vedremo *in-*

fra – la riforma del processo civile contenuta nello schema AC 3289, attualmente all'esame della Camera dei deputati, prevede delle novità in tema di competenza territoriale su queste materie). Il rito è disciplinato dalla legge dello Stato membro richiesto (in Italia artt. 615 c.p.c. e 702-*bis* c.p.c.).

I medesimi procedimenti e le medesime regole valgono anche allorchè il titolo straniero sia contenuto in atti pubblici o transazioni giudiziarie aventi efficacia esecutiva nello stato membro di origine.

La Corte di Giustizia⁴ ha avuto modo di chiarire che dal sistema istituito da detto regolamento, e in particolare dal considerando 17 di quest'ultimo, emerge che il procedimento inteso a rendere esecutiva, nello Stato membro richiesto, una decisione emessa in un altro Stato membro deve implicare soltanto *un semplice controllo formale dei documenti necessari ai fini dell'attribuzione dell'efficacia esecutiva nello Stato membro richiesto* (v. anche Corte di Giustizia sentenza del 13 ottobre 2011, *Prism Investments*, C139/10, Racc. pag. I9511, punto 28).

Venendo, in sintesi, alla disciplina di cui agli articoli da 58 a 60 del regolamento in esame, si evidenzia che le transazioni giudiziarie concluse in procedimenti relativi alla materia civile e commerciale instaurati a partire dal 10 gennaio 2015 (art. 66 disposizioni transitorie), così come le decisioni giudiziali o gli atti pubblici formati in uno Stato membro a partire dal 10 gennaio 2015, se esecuti-

⁴ Corte di Giustizia (Prima Sezione), sentenza 6 settembre 2012, causa C619/10: sulla manifesta contrarietà all'ordine pubblico "processuale": "... solo ove il riconoscimento o l'esecuzione della decisione emessa in un altro Stato membro contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto, in quanto lesiva di un principio fondamentale. La lesione dovrebbe costituire una manifesta violazione di una norma considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico (v. citate sentenze Krombach, punto 37; Renault, punto 30 e Apostolides, punto 59). Per quanto attiene al diritto a un equo processo, al quale la questione sollevata fa riferimento, occorre rammentare che tale diritto risulta dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è stato riaffermato all'articolo 47, secondo comma, della Carta, che corrisponde, come emerge dalle spiegazioni relative a tale articolo, all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU (v. sentenza del 22 dicembre 2010, DEB, C279/09, Racc. pag. I13849, punto 32). (...) Ne consegue che il giudice dello Stato membro richiesto può considerare, in linea di principio, che una decisione emessa in contumacia che non esamini l'oggetto, il fondamento, nonché la fondatezza del ricorso costituisca una limitazione di un diritto fondamentale nell'ordinamento giuridico di tale Stato membro. In proposito, la Corte ha tuttavia dichiarato che i diritti fondamentali non costituiscono prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste ultime rispondano effettivamente ad obiettivi d'interesse generale perseguiti dai provvedimenti di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, una violazione manifesta e smisurata dei diritti così garantiti (v., in tal senso, sentenze del 15 giugno 2006, Dokter e a., C28/05, Racc. pag. I5431, punto 75; del 2 aprile 2009, Gambazzi, C394/07, Racc. pag. I2563, punto 29, nonché del 18 marzo 2010, Alassini, C317/08 a C320/08, Racc. pag. I2213, punto 63).

vi nell'ordinamento di origine, sono automaticamente idonei a dare avvio ad un processo di esecuzione — non soltanto di espropriazione forzata ma anche di esecuzione per consegna o rilascio ovvero per obblighi di fare — in un qualsiasi Stato membro diverso da quello di origine della transazione stessa, sulla base della mera produzione di una copia dell'accordo raggiunto in sede giudiziale e dell'attestato rilasciato dal giudice dello Stato di origine (nelle modalità che, come già detto, sono previste nell'allegato I del regolamento). Va segnalato che le modalità di svolgimento del processo esecutivo restano rimesse al diritto processuale dello Stato membro in cui l'esecuzione deve avvenire e possono anche variare sensibilmente da ordinamento a ordinamento. Basti pensare, ad esempio, alla circostanza per cui in taluni Stati, come in Italia, l'esecuzione è attivata su impulso del creditore per il tramite dell'ufficiale giudiziario, con successivo coinvolgimento del giudice dell'esecuzione, mentre in altri Stati membri, come in Spagna, Germania ed Austria, è previsto *ab initio* il coinvolgimento del giudice dell'esecuzione.

5. La circolazione degli accordi in materia di famiglia. Occorre premettere come, ai sensi del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (cd regolamento Bruxelles II-*bis*), alcune tipologie di decisione non richiedono l'*exequatur*, mentre altre non possono prescindere (pronunce sull'affidamento e sul ritorno emesse dal giudice del paese di residenza abituale del minore).

Le decisioni sullo *status*, invece, sono immediatamente riconoscibili (art. 21); se il riconoscimento di una decisione è richiesto in via incidentale dinnanzi ad una autorità giudiziaria europea, questa può decidere al riguardo.

Le decisioni sul diritto di visita e gli ordini di ritorno emessi dal giudice dove il minore è stato illecitamente trasferito sono immediatamente eseguibili senza *bisogno* di alcun *exequatur* e senza che sia possibile formulare alcuna opposizione, salva la relativa ineseguibilità per il caso di incompatibilità con una decisione esecutiva emessa posteriormente (art. 47).

È possibile opporsi al riconoscimento di una pronuncia sugli *status* per gli stessi motivi previsti nel regolamento Bruxelles I-*bis* (art. 22).

Quanto alle pronunce sulla responsabilità genitoriale, sono previsti motivi di non riconoscimento ulteriori, fra i quali destano rilievo la manifesta contrarietà all'ordine pubblico, da valutarsi *tenuto conto dell'interesse superiore del minore*, e la mancata possibilità per il minore, o per il genitore contro il quale la decisione è fatta valere, di essere ascoltati. Quanto alla contrarietà all'ordine pubblico, essa non può consistere in violazioni delle norme sulla competenza (art. 24) né in vio-

lazioni di norme sulla litispendenza (cfr. CGUE, conclusioni avvocato generale, 6 settembre 2018 –*Yves Bot*).

Le altre decisioni relative alla responsabilità genitoriale (affidamento) non sono immediatamente esecutive ma necessitano di *dichiarazione di esecutività* (art. 28), da rilasciarsi su istanza della parte interessata e previa notifica della decisione.

Il procedimento va promosso, in Italia, innanzi alla Corte d'Appello, con applicazione delle norme previste per il procedimento di cui all'art. 67 L. 218/1995, ovvero sia un procedimento sommario di cognizione.

È altresì prevista la possibilità di formulare opposizione avverso la dichiarazione di esecutività, nel termine di un mese dalla notificazione della stessa (art. 33). In pendenza di giudizio di opposizione, l'esecuzione può essere sospesa (art. 35) o limitata (art. 36).

Quanto al regime di circolazione degli accordi, il medesimo Regolamento estende il regime dell'esecutività e della riconoscibilità delle decisioni anche agli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato Membro in cui sono stati formati. Si ha quindi un regime di completa estensione delle regole previste per le decisioni agli accordi raggiunti fra le parti allorché la disciplina nazionale conferisca agli stessi efficacia esecutiva.

Nella vigenza di tale regolamento (che dal 1 agosto 2022 verrà sostituito dal regolamento (UE) del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, cd *Bruxelles II-ter*) si è quindi posto il problema della riconducibilità nel concetto di decisione o di accordo avente efficacia esecutiva delle *negoiazioni assistite* e degli *accordi di separazione o divorzio* raggiunti di fronte all'Ufficiale dello Stato Civile (decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, misure di degiurisdizionalizzazione). Al riguardo, va richiamata la Circolare del Ministero della Giustizia del maggio del 2018, intervenuta a colmare con indicazioni non vincolanti una lacuna lasciata dalla normativa del 2014, la quale nulla ha previsto per il caso in cui una parte sia interessata a far riconoscere o a far eseguire l'atto contenente l'accordo in un altro Paese dell'Unione Europea. Sul tema, giova premettere che il Regolamento (CE) n. 2201 del 2003 prevede che il richiedente debba produrre, nello Stato in cui vuole ottenere il riconoscimento o l'esecuzione, a seconda del caso, uno dei certificati previsti dall'articolo 39 (allegato I: sulle decisioni in materia matrimoniale; allegato II: sulle decisioni relative alla responsabilità genitoriale).

I certificati in parola devono essere rilasciati "dall'autorità giurisdizionale o dall'autorità competente dello Stato membro d'origine". L'autorità competente per l'emissione del certificato è, in linea di principio, quella che ha formato l'atto e ben

può essere una autorità non giurisdizionale (ma amministrativa), tenuto conto del campo di applicazione del regolamento (CE) n. 2201 del 2003 (v. art. 2, nn. 1 e 2). Pertanto il Ministero ha chiarito che nel caso in cui l'accordo sia stato concluso davanti all'ufficiale di stato civile, non è predicabile una competenza del tribunale per il rilascio del certificato in questione, atteso che l'atto destinato a circolare non è stato formato né davanti né con l'intervento dell'ufficio giudiziario.

Come ha chiarito il Ministero dell'interno con la circolare 28 novembre 2014, n. 19, "l'ufficiale non appena ricevute le dichiarazioni degli interessati" deve "procedere a redigere, senza indugio, l'atto destinato a «contenere» l'accordo", la cui efficacia decorre, per l'appunto, dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 12, comma 4, del decreto-legge in esame).

Con riguardo, invece, agli accordi conclusi in sede di negoziazione assistita da avvocati, si è ritenuto che il certificato *ex art.* 39 cit. debba essere emesso dalla procura della Repubblica che ha autorizzato l'accordo o ha rilasciato il nullaosta, atteso che l'avvocato non è qualificabile come "autorità" ai fini del Regolamento n. 2201 del 2003, nonché in considerazione del fatto che solo il provvedimento conclusivo del pubblico ministero rende l'accordo valido ed efficace, e dunque riconoscibile ed eseguibile all'estero. Da ciò consegue che, ove il pubblico ministero si sia rifiutato di autorizzare l'accordo e l'autorizzazione sia stata adottata dal presidente del tribunale (*ex art.* 6, comma 2, del decreto-legge), sarà invece l'ufficio giudiziario giudicante a dover rilasciare il certificato in parola.

Risulta, invece, pacifico che i divorzi c.d. privati siano esclusi dall'ambito di applicazione dal regolamento Bruxelles II-*bis*, poiché privi di quell'elemento di controllo da parte di un'autorità pubblica. Ed invero, con riguardo ai medesimi proprio in tempi recenti la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Corte Giust. UE, sez. I, 20 dicembre 2017 – causa C-372/16, *Soba Sahyouni contro Raja Mamisch*) ha affermato che il divorzio a cui si applicano i regolamenti vigenti non è quello puramente "privato". Secondo la Corte *"è vero che diversi Stati membri hanno introdotto nei loro ordinamenti giuridici la possibilità– di pronunciare divorzi senza l'intervento di un'autorità– statale. Tuttavia, l'inclusione dei divorzi privati nell'ambito di applicazione del regolamento richiederebbe un riassetto che ricade nella competenza del solo legislatore dell'Unione. In tal senso, alla luce della definizione della nozione di «divorzio» di cui al regolamento n. 2201/2003, risulta che esso ricomprende unicamente i divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo"*.

La Corte è stata sollecitata a pronunciarsi in quanto nel contesto europeo molti Stati Membri da tempo hanno sperimentato forme di scioglimento del matrimonio senza il necessario intervento di una autorità giurisdizionale: Francia, Spagna, Portogallo, Belgio, Romania, Lettonia, Estonia.

Ad esempio in Francia la legge n. 2016-1547 del 18 novembre 2016 ha effettivamente prodotto una degiurisdizionalizzazione dell'istituto del divorzio consensuale coniando un istituto molto simile all'italiana negoziazione assistita dagli avvocati, ma presentando anche vistose differenze quali, ad esempio, il fatto che il divorzio consensuale negoziato è l'unica opzione per i coniugi francesi che abbiano raggiunto un accordo (l'alternativa essendo costituita dal divorzio giudiziale), tranne il caso in cui il figlio minore d'età – che deve essere informato dai genitori del suo diritto di essere ascoltato dal giudice – chieda appunto l'intervento del magistrato. Portogallo, della Romania e della Spagna hanno anch'essi, negli ultimi anni, introdotto forme di divorzio consensuale senza l'intervento del giudice. In Spagna con la legge n. 15 del 2015 si è previsto che i coniugi possano accordarsi circa la separazione e il divorzio attraverso la stipulazione di una convenzione davanti al cancelliere ovvero mediante atto pubblico del notaio, pur restando la via negoziale meramente opzionale. La Romania – che aveva introdotto nel 1993 il divorzio consensuale – nel 2010, con la legge n. 202, ha disciplinato il divorzio negoziato davanti al notaio e all'ufficiale di stato civile, possibilità quest'ultima limitata ai coniugi che non abbiano figli minori d'età. Il Portogallo ha la tradizione più datata in quanto già nel 1995, con il decreto legge n. 131, si era prevista la possibilità per i coniugi di rivolgersi all'ufficiale di stato civile ai fini della pronuncia di divorzio ove privi di figli minori d'età.

Nel corso delle negoziazioni che hanno portato all'adozione del regolamento (UE) del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, cd *Bruxelles II-ter*, questi Paesi hanno fatto valere l'esigenza che gli accordi di questo tipo possano trovare una via di agevole riconoscimento ed esecuzione al di fuori dei propri confini nazionali. Ed invero il risultato di tali spinte è ben visibile sul testo del nuovo regolamento che contiene importanti innovazioni che agevolano la circolazione di tali forme alternative di soluzione delle controversie nella materia familiare.

Le novità riguardanti l'efficacia oltre confine degli accordi stragiudiziali in materia familiare risolvono diversi aspetti critici preesistenti sono state introdotte mediante la modifica della definizione di accordo (l'art. 2), la sostituzione del vecchio art. 46 del regolamento *Bruxelles II-bis* – unica disposizione finora dedicata agli atti pubblici e agli accordi esecutivi, peraltro di scarsissima applicazione nel regime attuale – con una intera sezione (artt. 64-68) avente ad oggetto una specifica disciplina dedicata al riconoscimento e all'esecuzione degli atti pubblici e degli accordi; sono stati altresì inseriti i nuovi allegati VIII e IX contenenti i modelli standard dei certificati funzionali alla circolazione degli accordi. Più specificatamente è stata introdotta una nuova definizione di "accordo": ai sensi dell'art.

2 par. 2 n. 3, si tratta di un documento, diverso dall'atto pubblico, *“concluso delle parti ... e registrato da un'autorità pubblica comunicata alla Commissione”*. L'autorità pubblica di riferimento è quella indicata nelle comunicazioni effettuate da ogni Stato membro in forza dell'articolo 103, par. 1, lett. a) del regolamento stesso, le quali sostanzialmente fondano la competenza necessaria a rilasciare un certificato che consenta la circolazione degli accordi in tutto lo spazio giudiziario europeo. Anche il considerando n. 14 contribuisce a meglio delineare tale nozione di accordo in quanto, dopo aver incluso i notai fra le “autorità giurisdizionali” ai fini dell'applicazione della disciplina regolamentare, afferma che “qualsiasi accordo approvato dall'autorità giurisdizionale a seguito di un esame di merito effettuato conformemente al diritto e alle procedure nazionali dovrebbe essere riconosciuto o eseguito in quanto «decisione»” e inoltre che “dovrebbero circolare gli accordi che non sono né una decisione né un atto pubblico, ma che sono stati registrati da un'autorità pubblica a tal fine competente”.

È interessante notare che l'art. 65 del regolamento Bruxelles II-ter distingue in commi separati due casi, a seconda che si tratti di accordo che incide in materia matrimoniale (art. 65, par. 1), o in materia di responsabilità genitoriale (art. 65, par. 2). Per i primi, essendo assimilabili a pronunce di “accertamento” prive di efficacia esecutiva in senso stretto, è richiesto solo che l'accordo abbia effetti giuridici vincolanti nello Stato membro di origine, mentre per i secondi – in quanto idonei a fondare l'esecuzione forzata – è necessario che siano dotati di “efficacia esecutiva” nel medesimo Stato membro di origine.

Ulteriore novità risiede nella previsione di norme sul rilascio del certificato, quasi del tutto assenti nella versione precedente del regolamento, con espressa statuizione che in assenza di certificato l'accordo non può circolare.

È prevista la necessità che sussistano tre presupposti: lo Stato ove è stato siglato l'accordo deve avere “giurisdizione” (ovvero competenza in capo alle autorità giudiziarie in base allo stesso regolamento), l'atto deve avere effetti giuridici vincolanti e, se si tratta di atto in materia di responsabilità genitoriale su un minore, sia altresì dotato di efficacia esecutiva e conforme al suo interesse.

Quanto all'ascolto del minore come condizione di validità “sostanziale dell'accordo” il considerando 71 e l'articolo 68, paragrafo 3, sembrano prevedere che non sia obbligatorio procedere all'ascolto ma che norme nazionali processuali possano prevedere che il mancato ascolto porti al diniego del riconoscimento e dell'esecuzione.

6. I procedimenti di controllo e la disciplina processuale nazionale.

I regolamenti europei sin qui trattati prevedono al loro interno meccanismi procedurali inerenti il rilascio della dichiarazione di esecutività o l'accerta-

mento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento, nonché giudizi impugnatori delle decisioni rese in tali procedimenti; sono inoltre previsti, nei casi di immediata riconoscibilità ed esecutività dei titoli, procedimenti per l'accertamento dell'assenza di motivi di riconoscimento o di diniego del riconoscimento.

Detti meccanismi valgono tanto per le decisioni giudiziali in senso stretto, quanto per le transazioni giudiziali e gli accordi in materia di famiglia aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine, essendo questi ultimi equiparati – quanto al regime di circolazione – alle decisioni giudiziarie.

Le norme europee rimettono alle legislazioni processuali nazionali la determinazione precisa delle norme nazionali, di carattere processuale, per il dettaglio dello svolgimento di tali procedimenti e la determinazione dell'autorità giudiziaria competente.

Il legislatore italiano, da troppo tempo silente al riguardo, nello schema di legge delega contenente la riforma del processo civile (AC 3289), di recente approvato al Senato ed ora all'esame della Camera dei deputati, ha elaborato criteri di delega che consentiranno di operare un vero e proprio riordino dei riti ed elaborare anche ulteriori norme più dettagliate.

Ed invero, l'articolo 30 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, è stato introdotto per determinare il rito applicabile alle controversie di cui all'articolo 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, ovverosia quelle aventi ad oggetto la mancata ottemperanza o la contestazione del riconoscimento di una sentenza straniera o di un provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero l'accertamento dei requisiti del riconoscimento ai fini della successiva azione esecutiva.

La sopra indicata legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato è stata nel tempo in parte superata dalla sopravvenuta normativa europea elaborata in tema di cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali. Com'è noto, le norme processuali contenute negli atti normativi in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile fanno parte del nostro ordinamento come norme di diritto processuale internazionale, ridimensionando in modo significativo la portata delle corrispondenti norme della legge 31 maggio 1995, n. 218, la quale assume oggi un ruolo complementare e sussidiario rispetto alle norme europee di analogo contenuto. L'articolo 67 di quest'ultima, pertanto, si applica in via residuale alle sentenze straniere che non rientrano nel perimetro di disciplina degli atti normativi europei, i quali dettano regole anche procedurali per le controversie sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze. Tali regole tuttavia non sono esaustive quanto ai riti nazionali applicabili alle varie fasi. L'intervento legislativo è, dunque, sorto dall'esigenza di chiarire quali siano i procedimenti esperibili nelle diverse procedure europee previste dai vari regolamenti e

le scelte processuali sono state operate tenendo conto delle peculiarità delle varie fasi di cui alle procedure europee stesse.

I procedimenti per il rilascio dell'*exequatur* e quelli volti ad accertare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento di una decisione straniera e così pure delle transazioni giudiziali e gli accordi in materia di famiglia aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine (previsti dai regolamenti n. 2201/2003, n. 4/2009, n. 2016/1103, n. 2016/1104 e n. 650/2012) si svolgono con il rito camerale, in quanto sono le stesse disposizioni europee che espressamente escludono la necessità di integrare il contraddittorio. All'esito degli stessi il giudice provvede con decreto motivato, avverso il quale può essere promosso ricorso nelle forme del rito sommario o di altro rito semplificato.

I più recenti regolamenti che hanno abolito la dichiarazione di *exequatur* (n. 1215/2012, n. 2015/848 nella parte in cui rinvia al n. 1215/2012 e n. 2019/1111) prevedono la possibilità di esperire procedimenti di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione e di accertamento dell'assenza di motivi di diniego del riconoscimento (non però in riferimento a transazioni giudiziarie: cfr. art. 36 del regolamento n. 125/2012) che dovranno essere promossi nelle forme del rito sommario di cognizione, o altro rito ordinario semplificato.

È poi stabilita la competenza della Corte d'Appello territorialmente competente ai sensi delle disposizioni e nei termini previsti da tali atti normativi e le relative decisioni potranno essere impugnate in Cassazione.

È infine previsto che i medesimi criteri sopra descritti si estendano con gli opportuni adattamenti, ai procedimenti volti ad ottenere la dichiarazione di esecutività di una decisione giudiziaria o extragiudiziale straniera, o in via principale l'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento delle medesime, o il diniego di tale riconoscimento, allorché l'efficacia di tali decisioni si fondi su una convenzione internazionale. Lo scopo di quest'ultima previsione è quello di estendere anche a tali decisioni giudiziali o extragiudiziali, per ragioni di uniformità, le previsioni stabilite nelle lettere precedenti, salva la possibilità di un loro adattamento alle eventuali specificità delle convenzioni in di volta in volta rilevanti. Ad esempio, la Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale conclusa a Lugano il 30 ottobre 2007, pur essendo un atto multilaterale siglato fra Unione Europea da un lato e Svizzera, Norvegia e Islanda dall'altro, espressione del multilateralismo dell'UE ha di fatto contenuto analogo a quello di cui al regolamento (UE) 1215/2012 del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e, pertanto, appare opportuno estendere alle relative procedure le medesime regole processuali nazionali di implementazione qui indicate per gli analoghi atti normativi europei.

7. La circolazione degli accordi di mediazione in UE e l'ingresso in Italia delle mediazioni "transfrontaliere". Com'è noto, la mediazione civile è stata introdotta in Italia dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, in attuazione della delega legislativa contenuta nell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e al fine di trasporre la direttiva europea n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Detto decreto è stato nel tempo modificato sia per colmare il vuoto normativo provocato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2012 che ha ritenuto costituzionalmente illegittima la cd. mediazione obbligatoria per difetto di delega legislativa, sia ad opera dei ritocchi operati dal successivo decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

Quanto al regime di circolazione delle mediazioni, quelle aventi ad oggetto controversie transnazionali in materia civile e commerciale che ricadono nel campo di applicazione della direttiva n. 2008/52/CE, la stessa direttiva prevede che *"il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione reso esecutivo in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri in conformità della normativa comunitaria o nazionale applicabile"* e quindi può soggiacere ai regimi del regolamento (UE) n. 1215/2012 (cd Bruxelles I-bis) se trasfuso in una decisione giudiziale, in una transazione giudiziale o in un atto pubblico, oppure dichiarato esecutivo dall'autorità nazionale competente.

Inoltre l'articolo 6 della medesima direttiva prevede espressamente che gli Stati membri devono assicurare che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere se il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di tale accordo può essere reso esecutivo a meno che, nel caso di specie, esso risulti contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di tale Stato membro non ne prevede l'esecutività.

È, quindi, la stessa direttiva a delineare due percorsi giurisdizionali o amministrativi utilizzabili affinché, in base alla legislazione nazionale degli Stati membri, il contenuto dell'accordo di mediazione diventi esecutivo. Anche sotto questo profilo, quindi, la direttiva prospetta una pluralità di soluzioni, rimesse alla legislazione nazionale, dichiarate compatibili con lo statuto generale europeo della mediazione. In ogni caso, si precisa espressamente che nessuna disposizione della direttiva pregiudica le norme applicabili al riconoscimento e all'esecuzione in un altro Stato membro di un accordo reso esecutivo nello Stato membro richiesto.

Quanto al regime nazionale italiano, viene in rilievo l'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, il quale prevede tre tipologie di accordi di mediazione. Nel primo tipo ricadono quelli di cui al primo comma, ovvero

quelli conclusi e sottoscritti dalle parti con l'assistenza di un avvocato, ai quali viene conferita efficacia esecutiva se "attestata e certificata" dagli avvocati la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. Non intervenendo alcuna autorità giudiziaria il regime di circolazione in Europa sarà solo quello del regolamento (UE) n. 1215/2012 (cd Bruxelles I-bis) e, pertanto, per essere fatti valere all'estero dovranno essere "trasfusi" in una decisione giudiziaria, in una transazione o in un atto pubblico e corredati del relativo certificato emesso dall'autorità competente all'emissione dei suddetti atti. Oppure, dovranno soggiacere al procedimento di rilascio dell'esecutività previsto dallo Stato membro richiesto.

Nel secondo tipo ricadono tutti gli altri accordi di mediazione diversi da quelli di cui al primo comma, per i quali è prevista l'omologazione da parte del presidente del tribunale previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. Detta homologazione consente all'accordo di mediazione di circolare nello spazio giudiziario europeo quale *decisione* (senza necessità di una successiva "riproduzione" in un'ulteriore decisione giudiziaria, in una transazione o in un atto pubblico) e il relativo attestato potrà essere rilasciato dall'ufficio giudiziario a cui appartiene il presidente che ha proceduto all'omologazione. In assenza di attestato, anche tali accordi dovranno soggiacere al procedimento di rilascio dell'esecutività previsto dallo Stato membro richiesto. Nel terzo comma dell'articolo 12 sono disciplinate le controversie transfrontaliere, ovvero sia le mediazioni concluse in altri Stati membri, per le quali è previsto un procedimento di homologazione innanzi al presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione. In questo caso l'intervento del presidente del tribunale consente all'accordo di mediazione di acquisire efficacia esecutiva.

Nelle controversie transfrontaliere, tuttavia, l'accordo di mediazione proveniente dall'estero potrebbe essere anche corredato da un attestato, nel qual caso esso potrebbe circolare ed essere riconosciuto in Italia alla stregua di una decisione come previsto dal regolamento (UE) n. 1215/2012.

8. I rapporti internazionali e l'efficienza dei sistemi giudiziari: quale impatto delle adr? Indagare l'impatto delle ADR Sull'efficienza dei sistemi giudiziari nazionali non è impresa agevole, attesa la notoria carenza di dati ufficiali affidabili e l'estrema varietà di tipologie di ADR.

Risultano invero diffusi fra i paesi dell'unione europea oltre 700 modelli di ADR diversi fra loro molti dei quali presenti anche all'interno di uno stesso paese.

È tuttavia opinione comune che i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie comportano conseguenze significative sulla domanda di accesso alla giustizia.

Il rapporto OCSE “Giustizia civile: come promuovere l'efficienza”, già nel 2013, aveva annoverato tali sistemi tra i fattori in grado di influenzare la domanda di giustizia.

Esiste inoltre una geografia estremamente variabile quanto ad interessi ed estensione delle legislazioni nazionali in materia di mediazione e di ADR in generale (si veda il portale www.e-justice.eu).

Dalla relazione della Commissione europea del 2016 sull'applicazione della direttiva n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale è emerso che la mediazione può contribuire a evitare procedimenti giudiziari inutili a spese dei contribuenti e a ridurre i tempi e i costi associati alle controversie giudiziarie. A lungo termine può creare una cultura non contenziosa in cui non esistono né vincitori né perdenti, ma partner. Inoltre la Commissione ha rilevato che la direttiva sulla mediazione ha introdotto vari modi per promuovere la composizione amichevole delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale e ha fornito un quadro europeo per la mediazione come metodo di risoluzione extragiudiziale o alternativa delle controversie. Ha poi reso noti i risultati dello studio, della consultazione pubblica online e della discussione con gli Stati membri in seno alla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, dai quali è risultato che l'attuazione della direttiva sulla mediazione ha avuto un impatto significativo sulla legislazione di molti Stati membri. La Commissione ha invero osservato che *“Oltre a definire alcuni requisiti chiave per l'uso della mediazione nelle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, la direttiva ha dato impulso in tutta l'Unione europea a un maggiore utilizzo della mediazione anche nelle controversie puramente nazionali. Ciò è dovuto in particolare al fatto che la maggior parte degli Stati membri ha esteso l'ambito di applicazione delle misure di recepimento della direttiva alle controversie nazionali. In generale, la direttiva ha fornito un valore aggiunto UE aumentando la consapevolezza tra i legislatori nazionali sui vantaggi della mediazione, introducendo sistemi di mediazione o dando l'impulso per estendere i sistemi di mediazione esistenti”*.

Ha poi osservato che lo studio e la consultazione pubblica mostrano che è molto difficile ottenere dati statistici completi sulla mediazione (numero di casi mediati, durata media e percentuali di successo dei procedimenti di mediazione), soprattutto per quanto riguarda la mediazione transfrontaliera. *“In particolare, mancano dati completi e comparabili per tutte le giurisdizioni. Tuttavia, durante la consultazione molti mediatori hanno fornito dati sulla loro attività, in particolare il numero di mediazioni condotte e le percentuali di successo, spesso notevoli. Complessivamente, i partecipanti alla consultazione sembrano d'accordo sul fatto che la mediazione consente importanti risparmi di costi in un'ampia*

gamma di controversie civili e commerciali e che in molti casi riduce significativamente i tempi di risoluzione delle controversie. Benché sia riconosciuto che, per la natura “non ufficiale” della mediazione rispetto alle procedure legali formali, sia più difficile ottenere dati completi sulla mediazione, una base dati più solida avrebbe un’importanza significativa per promuovere ulteriormente l’uso della mediazione. La rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale ha iniziato a lavorare per migliorare la raccolta di dati nazionali sull’applicazione degli strumenti dell’Unione in materia civile e commerciale, tra cui la direttiva 2008/52/CE”.

Inoltre la Commissione a invitato gli Stati membri ha dato operarsi maggiormente per promuovere e incoraggiare l’uso di una mediazione, assicurando che continuerà a cofinanziare mediante il programma Giustizia i progetti connessi alla mediazione E che continuerà a consultare la Rete europea di cooperazione giudiziaria (EJN) per promuovere ulteriormente l’utilizzo della mediazione, ad esempio per creare una banca dati più solida sull’uso della mediazione e per aumentare la consapevolezza del pubblico, in particolare riguardo alle informazioni disponibili sul sito web del portale europeo della giustizia elettronica relative ai sistemi di mediazione degli Stati membri.

La scarsità dei dati emerge, peraltro, anche dal rapporto *CEPEJ Evaluation Report 2020* e 2021.

Viene poi in rilievo la Risoluzione del Parlamento europeo, del 12 settembre 2017 sull’attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e (2016/2066), ove anche tale Istituzione ha rilevato *“la difficoltà di ottenere dati statistici globali sulla mediazione, inclusi il numero di casi mediati, la durata media e le percentuali di successo delle procedure di mediazione; (...) in assenza di una banca dati affidabile, è molto difficile promuovere ulteriormente la mediazione e accrescere la fiducia dei cittadini nella sua efficacia; sottolinea, d’altro canto, il ruolo sempre più importante della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale nel migliorare la raccolta dei dati nazionali sull’applicazione della direttiva sulla mediazione”*. Il Parlamento tuttavia ha anche affermato che la mediazione, in quanto procedura extragiudiziale alternativa, volontaria e confidenziale, può essere uno strumento utile per alleviare il carico dei sistemi giudiziari in taluni casi e *“fatte salve le necessarie misure di salvaguardia”*.

Si coglie invero anche un generale atteggiamento di cautela in Europa a che sia rispettato il “diritto ad un accesso effettivo alla giustizia”.

Sul punto è interessante quanto emerge dalla Relazione sullo Stato di diritto (2021) della Commissione europea – Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia (SWD 2021, 716 *final*) ove la Commissione ha rilevato come il governo

italiano abbia presentato un insieme di emendamenti al progetto di legge sulla riforma del processo civile volto ad aumentare l'efficienza di tale processo. Tali emendamenti includono, fra l'altro, un maggior ricorso alla risoluzione alternativa delle controversie, all'arbitrato e alla negoziazione assistita. In particolare è stato osservato che uno degli emendamenti mira a introdurre degli obblighi per la risoluzione stragiudiziale. A tale riguardo la Commissione ha affermato che *“l'obbligatorietà del ricorso alla risoluzione alternativa delle controversie prima di avviare un procedimento giudiziario può far sorgere preoccupazioni quanto alla compatibilità con il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”* (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2010, *Rosalba Alassini contro Telecom Italia SpA* (C-317/08) EU:C:2010:146, punti 61-66).

9. L'efficienza del sistema italiano e le misure del Recovery plan in tema di adr. Una fonte autorevole come l'Osservatorio sui conti pubblici diretto da Cottarelli, ha presentato il 5 giugno 2020 un pacchetto di proposte sulla giustizia civile nell'ottica di una ripresa post pandemica dal titolo *“Come ridurre i tempi della giustizia civile”*.

Si legge nel rapporto che la *“gestione del contenzioso civile è ancora affetta da una visione “tribunal-centrica” che vede lo Stato operare in regime di sostanziale monopolio, non c'è ragione perché una controversia tra privati debba essere necessariamente gestita solo dallo Stato, addossando a tutti i contribuenti la maggior parte del suo costo. Attraverso il ricorso alle procedure di Alternative Dispute Resolution (negoziiazione diretta, tavoli paritetici, mediazione e arbitrato) si amplia l'offerta degli strumenti di risoluzione delle controversie, senza gravare sulla spesa pubblica. Contemporaneamente, distribuendo la domanda di giustizia tra più soggetti che offrono il servizio si rendono più efficienti i tribunali, il cui carico di lavoro si riduce”*.

L'esigenza di migliorare l'efficienza della giustizia civile costituisce anche una delle principali raccomandazioni che l'Unione Europea ha rivolto all'Italia ed a cui sarà subordinata l'erogazione di una parte dei fondi del *Recovery Plan* (cfr. CSR 2019 e 2020).

Nell'ambito della riforma della giustizia civile già citata *supra*, sono stati dunque elaborati principi delega volti al rafforzamento del ricorso alla mediazione con un aumento degli incentivi fiscali a favore delle parti e degli avvocati.

È proprio il Recovery Plan italiano a rilevare che *“uno degli elementi essenziali per garantire una maggiore efficienza della giustizia civile è legato alla definizione di strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie. (...) Occorre tuttavia incrementarne l'utilizzo e in particolare garantire un maggior ricorso all'arbitrato, alla negoziazione assistita e alla mediazione. Tali strumenti*

consentono l'esercizio di una giustizia preventiva e consensuale, necessaria per il contenimento di una possibile esplosione del contenzioso presso gli uffici giudiziari. L'obiettivo principale di tale riforma è sostenere una più ampia diffusione degli strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie. In particolare, si intende rafforzare le garanzie di imparzialità, per quello che concerne l'arbitrato; estendere l'ambito di applicazione della negoziazione assistita; garantire una migliore e più estesa applicabilità dell'istituto della mediazione".

Finito di stampare nel mese di Febbraio 2022
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

