

ADR e proposte di riforma per la giustizia civile

di Gianfranco Gilardi

già presidente del Tribunale di Verona

Nelle dichiarazioni programmatiche del nuovo Governo è stata sottolineata l'importanza delle ADR nel quadro complessivo della giustizia civile. Un particolare rilievo è stato attribuito alla mediazione e, nel suo ambito, alla mediazione demandata. Ma, affinché tali strumenti possano porsi davvero quali sedi *complementari* e *coesistenziali* rispetto alla giurisdizione, è necessaria una serie di interventi, tutti realizzabili nell'immediato o nel breve periodo, idonei ad assicurarne il migliore e più efficace funzionamento.

1. Le dichiarazioni programmatiche della Ministra della giustizia

Nelle dichiarazioni con le quali ha illustrato le linee programmatiche del proprio dicastero¹ la Ministra Marta Cartabia, ribadendo la centralità della giustizia civile in un progetto riformatore di ampio respiro, e richiamando i tre principali ambiti ricompresi nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza², ha sottolineato come prioritari e tra loro strettamente connessi l'azione *riorganizzativa* della macchina giudiziaria, il versante *amministrativo* e la *valorizzazione delle A.D.R.*

Con riguardo al primo aspetto, è stata evidenziata la necessità di interventi rivolti:

alla piena attuazione dell'Ufficio del processo³, mediante potenziamento delle strutture già costituite ai sensi dell'art. 16 - *octies* d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 e l'inserimento (sul modello dei *clerks* dei paesi anglosassoni) di assistenti incaricati della classificazione dei casi, della ricerca dei precedenti giurisprudenziali e dei contributi dottrinali pertinenti, della predisposizione di bozze di provvedimenti⁴ 5;

¹ In questo articolo non vengono esaminati i capitoli delle dichiarazioni programmatiche dedicati alla giustizia tributaria, alla giustizia penale, al Consiglio superiore della magistratura ed all'ordinamento giudiziario.

² Valorizzazione del personale e delle risorse umane; potenziamento delle infrastrutture digitali con la revisione e diffusione dei sistemi telematici, della gestione delle attività processuali e di trasmissione di atti e provvedimenti; edilizia giudiziaria ed architettura penitenziaria.

Per alcune considerazioni al riguardo cfr. S. Rossetti, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e il ruolo dell'Associazione Nazionale Magistrati*, in *Questione Giustizia*, 22 dicembre 2020 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza-e-il-ruolo-dell-associazione-nazionale-magistrati>)

³ In argomento cfr., tra gli altri, R. Braccialini. *L'Ufficio per il processo tra storia, illusioni, delusioni e prospettive*, in *Questione Giustizia*, 1 giugno 2020 (http://questionegiustizia.it/articolo/l-ufficio-per-il-processo-tra-storia-illusioni-delusioni-e-prospettive_01-06-2020.php) nonché il documento in data 2 aprile 2021 di AreaDG *"Dieci proposte per la riforma della Giustizia civile"* (<https://www.areadg.it/articolo/dieci-proposte-per-la-riforma-della-giustizia-civile>).

⁴ Anche nel documento del 9 marzo 2021 inviato dagli Osservatori sulla giustizia civile alla Ministra della Giustizia sono stati indicati quali aspetti prioritari delle esigenze organizzative la copertura delle vacanze dell'organico di magistrati e personale di cancelleria e <<la *rifondazione dell'Ufficio del processo*>>, da attuare immaginando <<*nuove figure di assistenti del giudice che costituiscano l'Ufficio, assunte in modo stabile o, quantomeno, per un periodo di tempo adeguato, e con mansioni raccordate alle dinamiche del processo telematico*>>, nonché <<*figure di assistenti giuridici, formati nella materia della sezione ove l'Ufficio si colloca, specialmente ove esistano sezioni specializzate (imprese, immigrazione), ma anche per settori delicati come la famiglia e le persone minori*>>. Nell'ambito dell'Ufficio del processo potrebbero poi svolgere la propria attività i tirocinanti, che vedrebbero in tal modo <<*soddisfatte anche le loro esigenze formative*>>.

⁵ Per ricevere i bonifici di Next Generation EU, l'Italia deve dimostrare di avere progetti credibili al fine di accelerare in due aree fondamentali: pubblica amministrazione e giustizia civile. In Italia la parte del Recovery riservata alla giustizia sta prendendo corpo sulla base di un budget da poco più di tre miliardi di euro. Di questi, 2.3 miliardi saranno impegnati per assumere con contratti triennali dal gennaio prossimo ventiduemila nuovi dipendenti nel sistema giudiziario; ed almeno 16.500 laureati, in Legge od Economia, verranno addetti

- * alla individuazione e diffusione delle *best practices* esistenti;
- * all'incremento di una formazione specifica per le figure apicali degli uffici giudiziari.

Con riguardo al profilo amministrativo, è stata riaffermata l'esigenza di integrare il personale delle cancellerie e di sopperire alla carenza di professionalità tecniche diverse da quelle di natura giuridica, essenziali per attuare e monitorare i risultati dell'innovazione organizzativa⁶.

Per ciò che concerne le ADR, dopo aver richiamato il dato di esperienza secondo cui - anche in una prospettiva comparata con altri sistemi giuridici - le forme alternative di risoluzione dei conflitti producono effetti virtuosi di alleggerimento dell'amministrazione della giustizia, la Ministra ha opportunamente sottolineato che il significato delle ADR <<supera questa intuitiva potenzialità>>, rivestendo esse un ruolo di <<complementarità>> e di <<coesistenza>> rispetto alla giurisdizione. Particolarmente rilevante, in questo senso, è il ruolo della mediazione, da potenziare con interventi normativi volti ad estenderne la portata (specie nei settori dove statisticamente si sono verificate maggiori possibilità di successo e dove la mediazione porterebbe un indiscutibile valore aggiunto), mediante la previsione di appositi incentivi (processuali, economici, fiscali) e con lo sviluppo di una più compiuta interrelazione tra mediazione e giudizio, valorizzando a tal fine la *mediazione delegata dal giudice*.

In un contesto normativo che, al contrario di altri paesi, è privo di previsioni inerenti all'obbligo di rinegoziare i rapporti in determinate circostanze⁷, occorre prestare particolare attenzione alla giustizia <<preventiva>> e <<consensuale>> quale strada da percorrere per il contenimento di una possibile esplosione del contenzioso quando cesseranno gli effetti dei provvedimenti che bloccano gli sfratti, le esecuzioni, le procedure concorsuali, i licenziamenti, il contenzioso bancario. <<La rinegoziazione dei contratti in condizioni di eccessiva onerosità sopravvenuta; le controversie per il pagamento di somme di denaro; i rapporti in crisi di natura societaria e commerciale; le relazioni critiche tra la banca e i clienti; le pretese verso la pubblica amministrazione da parte dei cittadini e imprese in attesa di risposta, sono solo alcune tipologie di situazioni che, in mancanza di un intervento urgente, dedicato e congruo, renderanno la giustizia del nostro paese gravemente insostenibile>>.

Anche al fine di prevenire la sopravvenienza di un numero patologico di ricorsi - ha rilevato il Presidente della Corte di cassazione nel discorso inaugurale del nuovo anno giudiziario - si rendono dunque indispensabili in ambito civile <<forme di risposta differenziate rispetto a quelle tradizionali>>, in modo da <<giungere alla definizione del conflitto senza percorrere necessariamente i tre gradi di giurisdizione>>; ed in tale prospettiva <<deve essere valorizzata, nelle sue molteplici potenzialità, la mediazione>>.

2. Le riforme processuali.

Del tutto condivisibilmente nelle linee programmatiche della Ministra Cartabia il metodo della delega legislativa viene indicato come quello più adatto per il cammino delle riforme, avendo esso l'effetto di coinvolgere il Parlamento nella definizione dell'oggetto, dei principi e dei criteri direttivi degli interventi (peraltro assicurando << un continuo confronto tra governo e parlamento anche in fase di attuazione dei decreti legislativi delegati >>), ed anche perchè la legge delega - tanto più <<in un contesto come quello attuale>> - permette di disegnare un quadro d'insieme, al cui interno conseguire una realizzazione <<graduale delle riforme possibili, attraverso lo sviluppo dei vari decreti legislativi, che hanno ad oggetto i vari segmenti prefigurati nel quadro generale, secondo un percorso realistico, ma allo stesso tempo capace di assicurare una certa coerenza d'insieme>>.

all'Ufficio del processo come assistenti e collaboratori di giudici e magistrati con compiti di ricerca e stesura delle bozze dei provvedimenti (fonte: *Corriere della sera*, 19 marzo 2021).

⁶ Nella parte del richiamato Recovery riservata alla giustizia sono previsti n. 1.660 nuovi posti con funzioni tecniche e amministrative per laureati sulla base di contratti triennali, n. 750 per diplomati specializzati e n. 3000 per non specializzati. 350 milioni dovrebbero essere investiti nella digitalizzazione degli archivi dei casi pendenti, nella sicurezza per il lavoro da casa e per una banca dati su cui lavorare con sistemi di intelligenza artificiale (fonte: *Corriere della sera*, 19 marzo 2021).

⁷ Sul punto mi permetto di rinviare al mio *Appunti sulla "mediazione a scopo di conciliazione"*, in *Questione giustizia*, 30 giugno 2020

E meritano certamente consenso sia la considerazione secondo cui <<*un processo civile lento e malato difficilmente potrà affiancarsi a sistemi alternativi validi ed efficaci*>>, con conseguente necessità di non perdere di vista la disciplina processuale, sia il rilievo che occorre evitare <<*l'equivoco per il quale l'obiettivo di una giustizia più effettiva ed efficiente, oltre che più giusta, possa essere raggiunto solo attraverso interventi riformatori sul rito del processo o dei processi*>>, essendo invece necessario seguire contestualmente tre direttrici tra loro inscindibili e complementari: <<*sul piano organizzativo, nella dimensione extraprocessuale e in quella endoprocessuale*>>.

Ma, sebbene i tempi sembrano escludere la possibilità di <<*coltivare illusorie ambizioni di riforme di sistema non praticabili nelle condizioni date*>> ed indizzare invece verso <<*correzioni selettive ad alcune disfunzioni*>> e verso l'estensione o l'adattamento <<*di modelli già sperimentati e, se possibile, già "misurati", anche dalle agenzie internazionali di monitoraggio (per es. CEPEJ), nella loro capacità di propiziare decisioni più tempestive*>>, occorre qui ribadire, ancora una volta, che il moltiplicarsi di modifiche limitate e parziali della disciplina processuale, che si sono andate accumulando per interi decenni al di fuori di una visione sistematica e sul presupposto dell'impossibilità di interventi diversi da quelli consistenti in semplici novellazioni, ha finito per determinare una proliferazione di riti (non riassumibili - per quanto concerne il processo di cognizione - nel solo rito ordinario, in quello sommario ex art. 702-bis c.p.c. e nel procedimento avanti al giudice di pace: basti pensare alla molteplicità dei riti camerale disseminati nel sistema) ed una congerie di norme il cui effetto anziché aiutare a risolvere le questioni ha finito per moltiplicarle rendendo sempre più difficoltosa l'attività degli interpreti e degli operatori chiamati ad una incessante opera di ricostruzione dell'ordinamento giuridico e ad una faticosa ricerca del rito di volta in volta applicabile⁸. Sicché potrebbe affermarsi che il nodo di fondo non stia tanto nella scelta tra <<*il mantenimento dei modelli di rito attuali (ordinario e sommario di cognizione ex art. 702-bis c.c., procedimento avanti al giudice di pace), con adeguati interventi di supporto miranti a ridurre i tempi e assicurare che la causa possa pervenire alla prima udienza con il thema decidendum già definitivamente cristallizzato*>> da un lato, e <<*l'introduzione di un nuovo rito, semplificato e sostitutivo di quello ordinario attualmente in vigore*>> secondo la linea immaginata da d.d.l. n. 1662/2020, dall'altro; quanto invece nella presa d'atto (su cui da tempo la cultura giuridica e la comunità degli studiosi hanno cercato inutilmente di richiamare l'attenzione) che la disciplina del processo civile italiano richiede con urgenza la riconduzione ad una cornice organica e coerente di regole e principi. Si impongono, in particolare, la riaffermazione che un processo deve servire ad attuare le leggi sostanziali poste a presidio dei diritti ed a consentirne la realizzazione entro un quadro preciso di garanzie di cui l'imparzialità del giudice, il contraddittorio delle parti e la sua effettiva esplicazione, la parità delle armi e la ragionevole durata del giudizio sono profili strettamente connessi.

Ho i miei dubbi che, in questo quadro, il rito sommario di cognizione ex art. 702-bis c.c., possa costituire davvero un utile criterio di riferimento, anche perché la prova data nei fatti da tale rito non sembra poi così esaltante⁹, mentre parrebbe più proficua, in un disegno di ampio respiro (più

⁸ Anche nel documento elaborato dall'Associazione Italiana tra gli Studiosi del Processo Civile con riguardo al disegno di legge di riforma del processo civile, approvato il 31 luglio 2019 dal Consiglio dei Ministri, si metteva in evidenza, <<*preliminarmente ad ogni altra valutazione*>>, come fosse <<*inutile, per non dire dannoso, intervenire ancora sulle regole del processo*>>, quando è noto che i problemi incidenti sull'efficienza della macchina della giustizia civile attengono quasi esclusivamente <<*al piano strutturale e organizzativo*>>, e veniva rilevato come <<*l'incessante moto riformatore, che ha interessato la giustizia civile nell'ultimo decennio, non solo non ha prodotto risultati positivi in termini di durata e di efficienza del processo, ma ha comportato un senso di diffuso disagio tra gli operatori, in quanto è principio pacificamente riconosciuto che la stabilità delle regole processuali costituisce fattore primario per una più virtuosa attività degli avvocati e del giudice*>>. Cfr. altresì, più recentemente, ed in senso analogo, G. Balena, S. Boccagna, G. Costantino, M. De Cristofaro, S. Menchin, *Osservazioni sulle proposte di riforma del processo civile*, in *Giustizia insieme*, 29 luglio 2019 (<https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/717-osservazioni-sulle-proposte-di-riforma-del-processo-civile>) ove si osserva tra l'altro che il modestissimo miglioramento registrato negli ultimi anni relativamente al rapporto tra cause sopravvenute e cause definite <<*è dipeso esclusivamente da un considerevole calo delle sopravvenienze (a sua volta verosimilmente dovuto alla crisi economica e al notevolissimo incremento dei costi della giustizia)*>>, nonché il documento di AreaDG richiamato in nota 3, ove vennero messi in luce gli effetti positivi che l'interdipendenza con l'organizzazione e l'innovazione tecnologica ha determinato nell'ultimo decennio nel settore della giustizia civile.

⁹ G. Costantino, *Sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione: contro la pubblicità ingannevole* (Note Sulla genesi del disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei ministri il 5 dicembre 2019 e sui

complesso, ma non per questo utopistico) la <<realizzazione di un unico rito di cognizione non solo coerente con le tecnologie oggi disponibili, ma anche trasparente, garantito, semplice, unitario e flessibile>> incentivando <<la definizione di tutte le controversie in limine litis, in base alla individuazione dei termini della controversia, dei fatti e delle questioni in discussione>>, razionalizzando <<la disciplina delle impugnazioni, dirette a correggere gli errori del primo giudice, non ad integrarne le omissioni, determinate dalle esigenze produttive, a scapito della qualità delle decisioni>>¹⁰; semplificando ed unificando il procedimento di legittimità <<anche mediante il superamento o la riduzione dell'impegno richiesto per lo smistamento dei ricorsi>> ¹¹.

Ove si volesse ritenere che i tempi non sono ancora maturi per una profonda revisione sistematica¹² e si intendesse percorrere - come tutto fa pensare - la strada degli aggiustamenti della disciplina vigente per il tramite di interventi limitati e parziali, credo non possa comunque prescindere dalla necessità di avere sullo sfondo, e come linea guida portante, la ricomposizione - entro il quadro di un processo tendenzialmente unitario, duttile nelle forme e ricco nei mezzi di tutela, ed idoneo anche in virtù di tale duttilità a consentire la capacità di risposta del sistema a seconda delle esigenze del caso concreto - dei troppi frammenti in cui le leggi processuali si sono andate disperdendo,

principii e i criteri direttivi della proposta: dubbi e perplessità su una riforma che non potrà mantenere ciò che promette), in *Questione Giustizia*, 11 dicembre 201. Vedi anche D. Cerri, *Modesta proposta per la giustizia civile (Contra oratores)*, in *Giustizia insieme*, 22 marzo 2021 (<https://www.giustiziainsieme.it/it/news/121-main/processo-civile/1626-modesta-proposta-per-la-justizia-civile-contra-oratores-di-david-cerri>)

¹⁰ Senza peraltro trascurare la proposta, avanzata in dottrina, di apertura dell'appello ai "nova", allo scopo di assicurare due gradi di fatto e di ridurre il sovraccarico della cassazione.

¹¹ E' quanto si legge in «*Giustizia 2030. Un libro bianco per la giustizia e il suo futuro*», un'opera collettiva ed interdisciplinare alla quale diverse professionalità si sono applicate per quasi un anno con l'intento di sviluppare una visione strategica capace di <<trasformare la giustizia in leva positiva per supportare la rinascita del Paese>>.

Per quanto concerne il procedimento di legittimità, si legge nel documento che esso << andrebbe sfronato e ripulito dalle intemperanze legislative, frutto delle riforme degli ultimi anni>>; che <<dovrebbe essere regolato lo «spoglio» dei ricorsi civili, secondo il modello operante per quelli penali, in base al quale la selezione è compiuta dalla sezione «tabellarmente» competente e non da una sezione generalista>> e che, pur volendosi conservare la previsione dell'adunanza camerale in luogo della pubblica udienza, si renderebbe necessario <<regolare lo smistamento, al fine di evitare la necessità di un doppio esame del ricorso: in funzione dello smistamento e in funzione della decisione>>; che, infine, occorrerebbe <<garantire il controllo di legittimità di tutti i provvedimenti decisori e definitivi, mediante il chiarimento delle nozioni di «questioni attinenti» o «inerenti» alla giurisdizione>>.

Nel documento sono altresì contenuti preziosi suggerimenti con riguardo all'esecuzione forzata, rilevandosi tra l'altro come il perseguimento dell'efficienza delle procedure esecutive richieda sia di mettere mano <<a una completa riforma dei sistemi di censimento dei patrimoni, da strutturare secondo schemi uniformi, in modo da consentire il dialogo tra le banche di dati e il loro accesso semplificato, se del caso sotto il controllo dell'autorità giudiziaria>>, sia di attuare <<una radicale ristrutturazione degli strumenti telematici di archiviazione, catalogazione e accesso alle informazioni patrimoniali>>, dal momento che la ricerca dei beni da pignorare mediante accesso telematico diretto alle banche dati da parte dell'ufficiale giudiziario <<è ad oggi inattuata e sostituita dal più farraginoso accesso alle informazioni tramite i gestori, su istanza del creditore>>.

Sul giudizio di Cassazione cfr., tra gli altri, G. Costantino, *I procedimenti di legittimità nella prospettiva del superamento dell'emergenza sanitaria*, in *Questione Giustizia*, 23 febbraio 2021 <https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-procedimenti-di-legittimita-nella-prospettiva-del-superamento-dell-emergenza-sanitaria>.

¹² E' a questa idea, ad esempio - come mi piace ricordare ancora una volta - che si ispira lo schema di articolato «*Per un nuovo codice di procedura civile*», elaborato tempo addietro da Andrea Proto Pisani con alle spalle circa cinquant'anni di studio sul processo civile, e che lega in uno sviluppo coerente, attento ai principi costituzionali oltre che al contesto europeo ed alle Carte fondamentali dei diritti, un titolo preliminare sui principî fondamentali dei processi giurisdizionali, un primo libro concernente le parti, il giudice e gli atti processuali, un secondo sul processo a cognizione piena, un terzo sui processi sommari, un quarto sui processi di esecuzione, un quinto sulla giurisdizione volontaria, un sesto sui modi alternativi di risoluzione delle controversie.

Tutto ciò avrà qualche speranza di successo se l'opera di pulizia, di revisione e di semplificazione dei testi¹³ (tutt'altro che semplice, anche in relazione al tempo ristrettissimo - 23 aprile – assegnato alla Commissione ministeriale che dovrà elaborare un testo di legge delega per la riforma del processo civile, finalizzato all'approvazione del Recovery plan) verrà intrapresa collegando in una visione unitaria - per riprendere le parole del documento "Giustizia 2030" appena citato - gli obiettivi di una giustizia <<più connessa>>, <<più integrata>>, <<meglio organizzata e innovativa>>, <<più vicina, semplice e sostenibile>>¹⁴.

Certamente in questo percorso non potranno essere trascurate le profonde trasformazioni indotte dalla lunga fase dell'emergenza, di cui sembra ancora lontano uno sbocco sicuro. E se, come ho avuto modo di osservare in altra occasione¹⁵, il "diritto dell'emergenza", giustificato da situazioni eccezionali, non può avere la pretesa (per quanto estesi possano esserne stati e possano esserne ancora gli effetti e lunga la durata) di modellare anche il futuro, ciò non esclude ed anzi impone sin da ora un'opera di ricostruzione attenta e paziente¹⁶, capace di individuare le misure di questa fase idonee ad essere utilizzate anche *per il dopo*, quando l'emergenza sarà auspicabilmente superata e, comunque, sarà possibile pensare ad una nuova "normalità": individuando - quanto alle regole del processo - ciò che per legge dovrà esser affidato irrinunciabilmente all'oralità e ciò che invece dovrà essere affidato agli scritti; ciò che potrà essere compiuto "in presenza" e ciò che potrà svolgersi "a distanza" e "da remoto", per scelta del giudice assunta nel contraddittorio delle parti o su richiesta congiunta di esse: nella consapevolezza che "digitalizzazione", processo "da remoto", "trattazione scritta", "trattazione orale", "trattazione a distanza" debbono essere assunti pur sempre in un ruolo servente rispetto al processo, manifestandosi appunto quali aspetti della sua duttilità e funzionalità.

Come si legge nel richiamato documento degli Osservatori sulla giustizia civile, occorre certamente investire nella giustizia digitale quale << supporto al servizio giustizia, con ruolo strumentale rispetto alla ricerca intellettuale del giurista >> e quindi anche per assicurare <<la prevedibilità delle decisioni>> per il tramite di <<banche dati, raccolta di precedenti, tabelle, calcoli>>; ed è superfluo sottolineare i benefici effetti che un'adeguata banca dati (tuttora mancante soprattutto per ciò che concerne la giurisprudenza di merito) potrebbe apportare con riguardo alla maggiore celerità del processo, alla costruzione dialettica di cui si nutre il nostro sistema giurisdizionale ed alla stessa *qualità* della giustizia, fermo restando che il criterio della predittività¹⁷ non può trasformarsi nel risultato di decisioni affidate ad algoritmi ed all'intelligenza artificiale.

Ma, soprattutto, gioverà ricordare che l'opera di ricostruzione cui si aspira non potrà essere compiuta senza un preciso filo conduttore capace di orientare le scelte; e questo filo conduttore altro non può essere che la Costituzione il cui disegno di una società più sicura, più libera e più giusta -

¹³ Un'opera di cui fa parte anche il principio della chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti processuali, che secondo le dichiarazioni della Ministra Cartabia dovrà trovare una <<chiara affermazione>> con <<l'introduzione di specifiche disposizioni volte a renderlo effettivo>>.

Come si legge nel richiamato documento degli Osservatori sulla Giustizia civile, <<la moderna funzione della giurisprudenza, dove è fondamentale l'argomentazione giuridica per ricostruire la tutela effettiva invocata dalle persone in un sistema di fonti multilivello, comporta ancor di più la necessità dell'osservanza dei criteri di chiarezza e sintesi>>; e su questo molto possono incidere <<percorsi di formazione comune e un'opera culturale, più che una norma del codice, pur auspicabile>>. Ma, <<prima ancora, i principi di chiarezza e sintesi riguardano il legislatore perché la tecnica legislativa, specie negli ultimi tempi non adeguata a tali principi>> ha creato effetti devastanti, ha prodotto inflazione ed ha contribuito alla non prevedibilità delle decisioni.

¹⁴ Così il documento "Giustizia 2030" appena citato.

¹⁵ Cfr. *Appunti sulla "mediazione a scopo di conciliazione"*, citato in nota 7.

¹⁶ Cfr. in argomento *Giustizia civile: bilancio della pandemia e idee per il futuro prossimo*, a cura di M. G. Civinini, in *Questione giustizia* 15 febbraio 2021, ove sono raccolti gli interventi svolti da M. G. Civinini, C. Cecchella e G. Ruffini alla *Giornata europea della giustizia* svoltasi il 27 ottobre 2020 presso il Tribunale di Pisa (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-civile-bilancio-della-pandemia-e-idee-per-il-futuro-prossimo>)

¹⁷ A. Traversi, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?* in *Questione Giustizia*, 10 aprile 2019 (<http://www.questionegiustizia.it/articolo/intelligenza-artificiale-applicata-alla-giustizia-ci-sara-un-giudice-robot-10-04-2019.php>); C. Castelli, D. Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, ivi, 15 maggio 2018 (http://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva-la-qualita-della-giustizia-in-due-tempi_15-05-2018.php)

affidato alla nuova tavola di valori e di garanzie proclamata all'indomani di tragedie che avevano sconvolto l'umanità - conserva tutta la sua attualità al cospetto delle profonde ripercussioni provocate dalla pandemia sulla salute pubblica, le relazioni sociali, il mondo dell'economia e del lavoro, le condizioni delle persone, con uno spaventoso allargamento delle diseguaglianze e delle povertà, vecchie e nuove.

Anche in un programma riformatore ispirato alla gradualità degli interventi, ma pur sempre attento alla tutela dei diritti fondamentali, non potrà dunque essere eluso (tanto più in un contesto in cui - almeno in astratto - la garanzia del processo è assicurata con le modalità più sofisticate per gli interessi di natura patrimoniale anche nella loro dimensione più individualistica) il ripristino di garanzie come ad es. la reintroduzione del grado d'appello per le domande di protezione internazionale¹⁸. Più in generale, occorre riaffermare il valore della giurisdizione anche e soprattutto quale <<*strumento di attuazione di una giustizia a servizio della persona e della sua dignità*>>¹⁹; e ciò rimanda all'esigenza (non più rinviabile, anche se ben poco si intravede all'orizzonte in questa direzione) di strumenti effettivi ed efficaci di protezione dei soggetti *più vulnerabili* in una prospettiva capace di individuare i tratti irrinunciabili di una tutela giurisdizionale a tutti comune²⁰.

Quanto sopra non esclude ovviamente l'utilità di modifiche limitate e parziali, che nel contesto attuale sono state considerate ancora una volta come l'unica strada percorribile²¹. Ed in un percorso graduale (ma pur sempre ispirato ad una coerente visione d'insieme) alcuni interventi si rendono certamente necessari oltre che attuabili già nell'immediato. Per esemplificare (e per riprendere alcuni passaggi del ricordato documento degli Osservatori sulla giustizia civile) si rende senz'altro opportuna un'opera di <<*razionalizzazione e ridefinizione del perimetro di intervento della giurisdizione*>>, a cominciare - pur facendo salvi settori come quelli affidati al giudice tutelare, i casi in cui sono coinvolti minori, gli interventi sostitutivi in materia societaria - da una profonda revisione nel campo sconfinato della volontaria giurisdizione, e dal trasferimento di alcuni compiti ad altre figure professionali (ingiunzioni non esecutive, alcune fasi delle esecuzioni forzate, etc.). Né certamente mancheranno modifiche della disciplina processuale; e più sopra sono state richiamate, esemplificativamente, utili proposte contenute nel ricordato documento *"Giustizia 2030. Un libro bianco per la giustizia e il suo futuro"*, cui altre potrebbero aggiungersene fin da ora, anche con decreto legge, senza alcun onere di spesa né problemi di rilievo con riguardo all'attuale organizzazione degli uffici giudiziari civili²².

¹⁸ Per riferimenti alla tutela giudiziaria in materia di protezione internazionale cfr., tra i più recenti, I. Pagni, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *Questione Giustizia*, 8 febbraio 2021; A. Di Florio, *Il ricorso per Cassazione in materia di protezione internazionale: alcune domande eretiche*, ivi, 25 gennaio 2021; C. Favilli, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, ivi, 2 ottobre 2020; L. Neri, A. Guariso, *Il giudizio di legittimità e la protezione internazionale. La parola alla difesa*, ivi, 11 settembre 2020; F. Mangano, *La Corte costituzionale e l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo (Corte cost. n. 186 del 2020)*, ivi, 23 dicembre 2020 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-costituzionale-e-l-iscrizione-anagrafica-dei-richiedenti-asilo-corte-cost-n-186-del-2020>); *Il diritto alla protezione internazionale e l'impegno della giurisdizione*, ivi, fascicolo n.3/2020, (<https://www.questionegiustizia.it/rivista/il-diritto-alla-protezione-internazionale-e-l-impegno-della-giurisdizione>).

¹⁹ Così il documento degli Osservatori sulla giustizia civile ripetutamente citato.

²⁰ L'argomento è stato toccato da L. Minniti al convegno organizzato da Magistratura Democratica sul tema *"In mezzo al fango e alla neve. La rotta balcanica fuori e dentro i tribunali"*, tenutosi online il 26 marzo 2021.

²¹ Nelle dichiarazioni programmatiche ripetutamente citate, esclusa la possibilità di delineare programmi inattuabili, ed indicato come primo compito <<quello di verificare il lascito del precedente governo ed esaminare e valutare quanto dell'esistente meriti di essere salvato e, all'occorrenza, modificato e implementato>> ci si propone di agire seguendo la strada degli emendamenti ai testi già incardinati.

²² Alludo, ad esempio - tenendo conto di proposte ripetutamente avanzate in dottrina - al rilievo attribuibile alla contumacia o alla non opposizione del convenuto in caso di diritti disponibili; alla condanna con riserva delle difese del convenuto, sulla base dell'esempio del *référé provision française*; alla accennata possibilità di acquisire, anteriormente all'inizio del processo, e nel rispetto pieno del contraddittorio, dichiarazioni testimoniali e l'esibizione di documenti; alla introduzione di una consulenza tecnica stragiudiziale (che potrebbe dimostrarsi anche decisiva per la soluzione amichevole della lite) esperibile su richiesta di parte con l'assistenza di un avvocato, ed utilizzabile - previo rispetto di determinate condizioni - nell'eventuale futuro giudizio di merito, impregiudicate le questioni relative alla sua ammissibilità, rilevanza ed al metodo seguito dal consulente, nonché fatta salva la possibilità di una sua rinnovazione nel corso di tale giudizio.

3. Giustizia civile e ADR.

Come anticipato, nelle linee programmatiche della Ministra della Giustizia è stato riservato uno spazio significativo alle ADR e, in particolare, alla mediazione. Tale impostazione sembra discostarsi da quella del disegno di legge delega n. 1662 (presentato in epoca *pre-covid* dal Ministro della Giustizia Bonafede) in cui alla mediazione si guarda con un certo sfavore così da sottrarre la responsabilità sanitaria ed i contratti finanziari, bancari e assicurativi al campo delle materie per le quali l'esperimento della mediazione è oggi previsto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale²³, lasciando freme il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie previsto da leggi speciali, quali i procedimenti di cui al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. n. 58 del 1998), quello istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d. lgs. n. 385 del 1993), il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 187-*ter* del codice delle assicurazioni private (d. lgs. n. 209 del 2005) nonché - per le controversie in materia di responsabilità sanitaria - l'accertamento tecnico preventivo disciplinato dalla legge n. 24 del 2017, peraltro escludendo che esso costituisca condizione di procedibilità della domanda nei casi in cui la decisione della controversia sia tale da non richiedere indagini di natura tecnica. Il carattere di obbligatorietà viene escluso, quanto alle controversie derivanti da circolazione stradale, anche per la negoziazione assistita, nell'ambito della quale si intenderebbe attrarre (peraltro senza configurarla quale condizione di procedibilità dell'azione) alcune delle materie di cui all'articolo 409 del cpc²⁴. Sempre con riguardo alla negoziazione assistita si propone inoltre di introdurre²⁵ la possibilità di svolgere - nel rispetto del principio del contraddittorio, con specifiche garanzie per ciò che concerne le modalità della verbalizzazione e con la necessaria partecipazione di tutti gli avvocati che assistono le parti coinvolte - attività istruttoria, denominata "attività di istruzione stragiudiziale", consistente nell'acquisizione di dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia e nella richiesta alla controparte di dichiarare per iscritto, ai fini di cui all'articolo 2735 del codice civile, la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente²⁶.

Nel disegno di legge "Bonafede" vengono poi previste un'estensione della mediazione obbligatoria alle controversie derivanti da contratti di mandato e da rapporti contrattuali di mediazione, e l'introduzione di un meccanismo quanto mai complicato per lo scioglimento delle comunioni, un meccanismo in base al quale (pur dandosi atto che proprio in questo settore la mediazione si è dimostrata efficace) il procedimento previsto dal d.lgs. n. 28/2010 e succ. mod. verrebbe integralmente sostituito da un nuovo e diverso procedimento, articolato in più fasi, affidate ad uno dei professionisti iscritti nello speciale elenco di cui all'articolo 179-*ter* delle disp. att. Cpc e, in quest'ambito, ai soli notai ed avvocati.

²³ Nel ddl tale scelta viene motivata facendo riferimento all'insuccesso cui l'istituto sarebbe andato incontro con riguardo alle materie più sopra citate.

²⁴ Limitatamente alle controversie in cui si discute di diritti già negoziabili secondo la legislazione vigente, quali, ad esempio, il diritto al preavviso e il diritto al posto di lavoro.

²⁵ Purché sia prevista espressamente dalla convenzione di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto-legge n. 132 del 2014.

²⁶ Come si legge nella relazione al ddl, lo scopo è quello di agevolare l'accertamento dei fatti prima dell'inizio del processo, al fine di consentire alle parti di valutare meglio l'alea del giudizio, così incoraggiando soluzioni transattive. Gli elementi di prova ottenuti per tale via, nel caso di mancato raggiungimento di un accordo, potrebbero poi essere utilizzati in giudizio, ferma la possibilità di rinnovare l'istruttoria ove il giudice lo ritenesse opportuno.

La collocazione più appropriata di una simile proposta (opportunamente generalizzata, e salve le valutazioni in ordine al merito della formulazione) sarebbe in realtà quella della disciplina generale del processo, come auspicato da una parte della dottrina, e non l'ambito limitato della negoziazione assistita. Per di più la proposta lascia adito a dubbi, in quanto destinata svolgersi senza il coordinamento ed il controllo di un soggetto <<che con la sua sola presenza riesce ad oggettivizzare la controversia>>, <<cosa che fa anche il mediatore>> (così A. M. Tedoldi, nella relazione tenuta il 29 marzo 2021 al Webinar organizzato da Medyapro, dall'Università degli studi di Firenze e dall'Università di Verona sul tema *La giustizia del futuro. Le ADR nel piano di ripresa e resilienza*, relazione in cui viene evidenziato come nella mediazione la presenza di un soggetto terzo (il mediatore) è tale da creare equilibrio e parità di armi, laddove nella negoziazione assistita vi è il rischio che sia lasciato spazio solo allo <<scontro tra i difensori>> ed <<ai formalismi>>).

Solo nei prossimi giorni potremo conoscere quale strada verrà imboccata dalla delega legislativa.

Qui preme osservare che dietro l'opera di riduzione prefigurata nel ddl Bonafede²⁷ si nasconde una scelta ben più impegnativa sul piano della politica del diritto: quella cioè relativa al se affidare alle ADR un ruolo del tutto ancillare rispetto alla giurisdizione, incentrato unicamente sul profilo (pur relevantissimo) della deflazione dei carichi giudiziari, o anche un funzione *complementare e coesistenziale* come si legge nelle parole della Ministra della giustizia, conformemente a quella concezione che sembrava essere progressivamente maturata nel corso di ormai un decennio dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 28 ed in virtù della quale - ferma la funzione irrinunciabile del processo quale garanzia dei diritti costituzionalmente tutelata - la mediazione è entrata a far parte di un quadro composito ed integrato di tutele, in cui - per usare le parole dei documenti Cepej - *"i processi alternativi di risoluzione delle controversie ben possono essere percepiti come un altro pilastro del sistema giudiziario, quali strumenti idonei a sostenerlo e a migliorare l'accesso generale alla giustizia"* e che - aggiungo - si pongono insieme come un importante fattore democratico, per l'attitudine che hanno a dare spazio anche alla domanda "sommersa", nonché a contribuire alla costruzione di un nuovo sistema di relazioni.

Strumenti come questi, se assistiti da una doverosa attenzione a livello istituzionale e da un'adeguata coscienza culturale, capace di mettere da parte spirito di concorrenzialità e diffidenze, non solo idonei a costituire un ponte per la ricostruzione del legame sociale, ma - in una prospettiva ancora più avanzata - possono rivelarsi un fattore importante di educazione alla legalità ed uno strumento capace di operare, prima ancora che su quello della composizione, sulla *prevenzione* stessa dei conflitti. Non deve trascurarsi, infatti, che la mediazione (in ciò consiste una delle sue caratteristiche principali) non solo, quando ha esito positivo, mette fine ad un conflitto, ma può prestarsi a scongiurare tra le parti anche la conflittualità futura.

Sicché, di fronte all'affermato insuccesso che la mediazione avrebbe avuto in alcuni settori (ma, anche qui, occorrerebbe poter disporre di dati più precisi quanto ai criteri utilizzati per la raccolta e la valutazione dei dati, verificando tra l'altro se siano state effettuate analisi specifiche in relazione alle singole realtà territoriali ed ai singoli organismi di mediazione), prima ancora di pensare a ritagli - pur sempre possibili in base ad una analisi seria ed approfondita - ed a sostituzioni con altri strumenti la cui efficacia sul piano della stessa deflazione non è poi così sicura, occorrerebbe domandarsi che cosa è stato fatto in questi anni sul piano politico ed istituzionale, e anche su quello dell'impegno culturale che le categorie professionali erano chiamate ad assicurare, per favorire il successo dell'istituto di cui il legislatore, dopo averlo varato frettolosamente ed averne integrato la disciplina a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, sembra essersi completamente disinteressato, salvo il recupero di attenzione con qualche sporadico e confuso intervento nella fase dell'emergenza sanitaria²⁸: basta pensare, per rendersene conto, all'ineffettività di quel pur minimo credito d'imposta previsto dall'art. 20 d. lgs. n. 28/2019 e succ. mod., ma rimasto interamente sulla carta per non essere stato mai emanato il decreto ministeriale che, entro il 30 aprile di ogni anno, avrebbe dovuto darvi attuazione.

Non sarà del resto inutile sottolineare, ancora una volta e più in generale, che l'evoluzione normativa in tema di ADR non ha obbedito ad una linea organica e chiara, come dimostrano tra l'altro - per restare nel campo della mediazione - alcune incoerenze e lacune interne alla stessa legge

²⁷ La previsione di inserire nel campo della mediazione obbligatoria le controversie derivanti da contratti di mandato e da rapporti contrattuali di mediazione costituisce un ampliamento del tutto apparente, considerate per un verso la scarsa ricorrenza delle controversie come quelle appena indicate e, per l'altro verso, l'ampia sottrazione che verrebbe effettuata con riguardo ad altre materie.

²⁸ Mi riferisco, in particolare, alla disposizione aggiunta in sede di conversione del d.l. n. 28/2020 in base alla quale nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento disposte durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19 può essere valutato ai fini dell'esclusione ex 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, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda. Ben più chiaramente, invece, nel richiamato documento dell'UNAM si propone di estendere la condizione di procedibilità della mediazione, per un periodo di cinque anni, a tutte le controversie relative ad obbligazioni contrattuali, nonché relative alla loro esecuzione, risoluzione, invalidità e inadempimento.

istitutiva. Ed il moltiplicarsi di sedi conciliative e di strumenti stragiudiziali di risoluzione dei conflitti, avvenuto al di fuori di una visione sistematica e senza altro criterio unificante se non quello della deflazione dei carichi giudiziari, ha reso sempre più evidente la necessità di un coordinamento dei diversi istituti anche mediante la raccolta in un testo unico capace di superare sovrapposizioni, incongruenze e antinomie ed in base ad una logica tesa ad incentivare strumenti calibrati più sull'interesse generale dei cittadini, delle imprese e della società piuttosto che su quelli pur sempre circoscritti di questa o quella categoria professionale.

In quest'opera di risistemazione, possono certamente immaginarsi interventi capaci di favorire la media/conciliazione nei settori in cui essa è risultata particolarmente efficace, valorizzando altresì le esperienze che si sono dimostrate effettivamente positive²⁹. Si può indubbiamente rivolgere lo sguardo a percorsi "combinati" tra mediazione ed arbitrato come negli esempi di "ArbMed" e di "MedArb" già conosciuti nella pratica e diffusi anche all'estero, o ad interventi idonei a creare un rapporto più funzionale tra mediazione e processo³⁰. Ed è possibile persino immaginare - tenendo conto di quanto verrà osservato più avanti - una graduale attenuazione di quell'obbligatorietà³¹ che sino ad ora è stata in realtà l'unica leva efficace delle mediazioni.

Ma sarebbe assai meno comprensibile una linea, come quella che si scorge nel ddl "Bonafede", intenta a rifuggire piuttosto che a risolvere i problemi: una sorta di resa agli interessi di soggetti economici forti, come le banche e le imprese di assicurazioni che si sono dimostrate ostili fin dall'inizio alla mediazione, una rinuncia ad affrontare la sfida su quel terreno ben più impegnativo che la Ministra Cartabia ha mostrato di aver ben individuato nel fare riferimento alla *rinegoziazione* come ad una delle chiavi di volta per mantenere la coesione sociale, tanto più necessaria di fronte ai gravi sconvolgimenti determinati dalla pandemia. La stessa rimodulazione del procedimento di mediazione, prefigurata nel ddl "Bonafede" con riguardo allo scioglimento delle comunioni, sembra costituire la spia di un ritorno al tecnicismo che, se indubbiamente neppure nella mediazione può mancare (a meno di non pensare alla figura del mediatore come a quella di un praticone del tutto *naïf* e improvvisato), non può tuttavia costituire la caratteristica fondamentale dell'istituto.

Un'opera di risistemazione, dunque, da affrontare non con interventi improvvisati o sotto la spinta delle pulsioni particolari di questa o quella categoria professionale, ma con meditazione e lungimiranza, evitando di buttare all'aria un decennio di esperienza che pure si è andata faticosamente costruendo. Con l'avvertenza, peraltro, di saper guardare non soltanto alle esigenze di funzionalità degli strumenti alternativi e, in particolare, della mediazione, ma anche a quelle del processo, che è e deve restare il presidio fondamentale di tutela dei diritti, evitando che la spinta all'ampliamento delle materie sottoposte a mediazione possa conseguire l'effetto non di rafforzare l'efficienza della giustizia, quanto invece di indebolirla. Il riferimento al "recovery plan" deve allora costituire l'occasione per reclamare non solo ciò che è utile alla mediazione, ma anche ciò che serve

²⁹ E' utile, ad esempio, riflettere sulla constatazione dei buoni risultati conseguiti nel campo della media/conciliazione da enti ed organismi che si dedicano a specifiche tipologie di conflitti: come nei casi (ricordati nella relazione conclusiva della Commissione ministeriale istituita alcuni anni fa per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di "degiurisdizionalizzazione", presieduta dal prof. Guido Alpa) dei CORECOM per i conflitti in materia di comunicazioni, delle procedure promosse dall'Autorità per l'Energia e il Gas, e soprattutto per l'ABF che ci colloca tra i "rimedi alternativi", conosciuti in particolare nella realtà dell'ordinamento statunitense, la cui validità è fondata sulla forte specializzazione professionale del decidente, sull'estrema informalità del procedimento decisionale e su un costo di accesso relativamente modesto e sottolineata l'utilità di sedi di composizione in cui a un terzo neutrale è affidato - in una sorta di "giurisprudenza precognitrice - il compito di esaminare i fatti oggetto della controversie ascoltando le parti ed i rispettivi legali e fornendo quindi una previsione su come presumibilmente verrebbe deciso il conflitto se portato davanti ad un tribunale, senza che le disposizioni date dal valutatore abbiano mai esse stesse natura vincolante.

³⁰ Rinvio al riguardo, alla proposta di articolato di S. Paparo, M. Monnini, A. Proto Pisani, M. S. Zampetti, *Intervento di "pronto soccorso" per un processo(...un po' più ..) civile*, in *Foro it.*, 2017, V, 208, che ho già avuto modo di ricordare nel mio scritto in nota 7.

³¹ Come, ad esempio, quella che si ipotizza con la proposta di rimettere alla sola disponibilità della parte (e non anche al potere officioso del giudice) il rilievo dell'improcedibilità ex art. 5, comma 1- bis d.lgs. n. 28/2010 e succ. mod.

al processo. Trovo ad esempio molto opportuna la proposta dell'UNAM³² (che richiama le positive sperimentazioni già attuate in alcuni uffici giudiziari) di prevedere, anche attraverso convenzioni con le università, l'inserimento nell'ufficio del giudice di ausiliari e stagisti con il compito di esaminare i fascicoli processuali allo scopo di valutare la potenziale mediabilità delle controversie; ma tale proposta dovrebbe inserirsi in una più ampia riflessione intorno all'*ufficio per il processo* ed alla *magistratura onoraria* (temi cui ha fatto specifico riferimento la Ministra della giustizia nel suo discorso programmatico) in modo da realizzare anche per questa via una visione integrata e non antagonista o, peggio, conflittuale, della rete di protezione dei diritti, secondo la felice definizione che guarda appunto alle ADR come a strumenti complementari della giurisdizione.

4. Alcuni interventi possibili per migliorare il funzionamento della media/conciliazione.

Restando comunque nel quadro della legislazione vigente, con riguardo alla mediazione pare opportuno - nell'ottica di un più efficace funzionamento dell'istituto, e pur restando al metodo degli interventi di semplice novellazione - avanzare alcuni suggerimenti migliorativi, traendo spunto anche da ciò che l'esperienza concreta è venuta evidenziando.

a) Incentivi di natura economica e fiscale.

La strada degli incentivi di natura economica e fiscale costituisce un tassello importante delle misure rivolte all'incremento, anche qualitativo, delle mediazioni, tanto più se si vuole affidare tale effetto non a "pressioni" dipendenti da ricadute processuali³³, ma all'*intrinseca "appetibilità"* dello strumento proprio ed anche *in virtù del regime agevolativo di cui esso gode*³⁴.

Con riguardo agli incentivi in considerazione, sono state formulate le seguenti condivisibili proposte:

a) attivazione del credito d'imposta di cui all'art. 20 d.lgs. n. 28/2010 e succ. mod. rimasto lettera morta a distanza di dieci anni dall'approvazione della legge.

L'intervento è attuabile sin da ora, senza necessità di modifiche normative, semplicemente dando vita al decreto ministeriale che in base all'art. 20 dovrebbe essere emanato entro il 30 aprile di ciascun anno;

b) previsione di un credito d'imposta sul pagamento delle spese di assistenza legale in procedure di negoziazione assistita e di mediazione;

c) incremento della fascia di esenzione dall'imposta di registro per gli accordi di conciliazione dall'importo attuale di euro 50.000 fino all'importo di euro 100.000;

d) previsione del patrocinio a spese dello stato con riferimento all'assistenza legale in procedure di negoziazione assistita e mediazione.

³² Cfr. le "Considerazioni e proposte sulla riforma della giustizia civile con particolare riguardo agli strumenti di ADR", trasmesse al Ministro della Giustizia in data 25 febbraio 2021 dall'Unione Nazionale Avvocati per la Mediazione.

³³ Così il richiamato documento "Giustizia 2030. Un libro bianco per la giustizia e il suo futuro", ove si propone di eliminare il più possibile le interferenze tra mediazione e processo, in particolare quelle connesse alle ricadute in sede processuale della condotta assunta dalla parte nel procedimento di mediazione, in modo da consentire il più ampio campo di azione alla mediazione.

³⁴ Sia pur per fini diversi (e con lo scopo di <<superare il collo di bottiglia di un difficile processo decisionale conseguente all'ammassarsi incontrollato nel fascicolo di materiale assertivo e probatorio>> nel documento "Giustizia 2030" viene suggerito come incentivo la graduazione <<del pagamento del contributo unificato: una misura minima collegata alla proposizione della domanda ed una seconda parte, di importo più elevato, all'apertura della trattazione ovvero al passaggio della causa in decisione a seguito della valutazione negativa delle parti dell'opportunità di definire la lite con strumenti diversi dalla decisione giudiziale>>. Anche nelle dichiarazioni programmatiche della Ministra Cartabia viene sottolineata l'esigenza di introdurre <<discipline di favore per le spese giudiziali>>.

Uno dei primi interventi sulla regolamentazione delle spese non può infatti non proporsi di colmare la lacuna per effetto della quale il patrocinio a spese dello Stato (riconosciuto per l'attività svolta dai difensori nelle varie fasi del procedimento giudiziale, comprese quelle accessorie) non trova invece applicazione con riferimento all'attività di assistenza prestata dall'avvocato³⁵ nel procedimento di mediazione, che pure è prescritto come fase obbligatoria a pena di improcedibilità della domanda per determinate materie (e che obbligatorio può diventare per ordine del giudice anche al di fuori di esse). Pertanto – come viene sottolineato nel richiamato documento degli Osservatori sulla giustizia civile - appare opportuno prevedere anche per le liti interne quanto già contemplato dalla legge attuativa della direttiva sul *legal aid* per le liti transfrontaliere (art. 10 d. lgs. 27/5/2005 n.116) che estende il patrocinio ai procedimenti stragiudiziali obbligatori per legge o tali divenuti per ordine del giudice³⁶;

e) rimborso agli organismi di mediazione delle spese di mediazione per le parti che beneficiano del patrocinio a spese dello stato, anche attraverso un credito di imposta in favore degli organismi per gli importi non corrisposti³⁷.

b) Interventi di carattere ordinamentale.

La valorizzazione delle ADR e, in particolare, della mediazione in un progetto volto a “*coltivare e diffondere una nuova cultura giuridica, aperta a una pluralità di vie della giustizia*”, ed il particolare rilievo che assume in quest’ambito la mediazione demandata (tanto più se dovesse assumere la via principale della mediazione in caso di riduzione dell’ambito di quella obbligatoria *ope legis*), implicano tuttavia una riflessione attenta ad ulteriori profili, sia con riguardo agli aspetti organizzativi ed ordinamentali, sia con riguardo a limitate modifiche idonee a superare alcune lacune interne al testo del d.lgs. n. 28/2010 e succ. mod.

Se la mediazione deve, con riguardo a determinate categorie di controversie, precedere il processo che eventualmente la seguirà; e se essa, per disposizione del giudice, può affiancarsi ed inserirsi nel processo anche al di fuori di quei casi, è inevitabile che tra processo e mediazione venga a determinarsi una stretta relazione destinata a proiettarsi anche sul piano dell’organizzazione degli uffici giudiziari, della programmazione del lavoro dei giudici, delle verifiche - a livello dell’intero ufficio e delle singole sezioni - intorno all’incidenza che la mediazione può aver avuto o può presumersi che abbia sui carichi di lavoro: profili tutti intorno ai quali, forse e senza forse, non è ancora maturata un’adeguata consapevolezza.

Conseguentemente:

* le previsioni relative alla presumibile incidenza della tipologia di controversie interessate dalla mediazione obbligatoria dovrebbero entrare a far parte sia dei progetti organizzativi destinati a confluire nelle proposte concernenti le tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari, sia dei programmi per la gestione dei procedimenti pendenti che i dirigenti degli uffici giudiziari sono tenuti a formulare annualmente ai sensi dell’art. 37 d.l. n. 98/2011 convertito, con modificazioni, dalla legge n.111/2011.

Ai fini della formulazione, soccorrono *l’analisi dei flussi*, a cui le proposte ed i programmi di gestione debbono essere ancorati; l’esperienza concreta maturata all’interno dei singoli uffici giudiziari a ormai diversi anni dall’entrata in vigore della riforma; i dati elaborati e, comunque, da elaborare in sede ministeriale in base all’art. 11 del D.M. 18 ottobre 2010 n. 180 e succ. mod. (“*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*”).

³⁵ Con carattere di obbligatorietà, secondo l’opinione dominante.

³⁶ Anche nel documento dell’UNAM più sopra ricordato si propone di introdurre il patrocinio a spese dello stato con riferimento all’assistenza legale in procedure di negoziazione assistita e mediazione.

³⁷ Vedi il documento dell’UNAM ricordato in nota 32, in cui sono riprese alcune delle proposte della “Commissione Alpa”, e dove si suggerisce tra l’altro una <<*contribuzione straordinaria per consentire lo svolgimento gratuito delle mediazioni per le controversie derivanti dalle misure di contenimento legate al Covid, anche attraverso la previsione di un credito di imposta totale sulle spese di mediazione corrisposte agli organismi*>>.

legislativo 4 marzo 2010”); i dati informativi che i magistrati dell’ufficio potranno fornire nelle riunioni preparatorie rispetto all’elaborazione delle proposte tabellari e dei programmi di gestione, o in sede di osservazioni successive; l’apporto che potrebbe fornire la stessa avvocatura che ha la possibilità di partecipare con propri contributi alla formazione dei programmi organizzativi; il successivo controllo dei Consigli giudiziari in ordine alla completezza ed adeguatezza di tali programmi.

* Nella formulazione dei progetti organizzativi occorrerebbe tener conto anche dell’incidenza avuta e di quella che si presume possa avere la mediazione demandata ex art. art. 5, secondo comma d.lgs. n. 28/2010 e succ. mod. Ogni presidente di sezione dovrebbe fornire al riguardo specifiche informazioni in ordine agli effetti che l’istituto della mediazione ha avuto all’interno della sezione da lui presieduta o comunque coordinata. Soccorrono al riguardo, tra l’altro, le riunioni periodiche di confronto che i presidenti di sezione sono tenuti a convocare ai sensi dell’art. 47 *quater* ord. giud. e delle direttive del CSM³⁸, anche alla luce del dovere di collaborazione con il dirigente dell’ufficio per il raggiungimento degli obiettivi indicati nel documento organizzativo.

* Più in generale, la mediazione demandata ben potrebbe costituire un efficace strumento di programmazione del lavoro giudiziario, sia con riguardo alle agende individuali dei giudici, sia con riferimento all’organizzazione complessiva degli uffici da parte dei rispettivi dirigenti. Richiamo, al riguardo, le forme di cooperazione con le Università, le camere di commercio ed altri enti, avviate da tempo in alcuni uffici (in particolare nel Tribunale di Firenze, con il “Progetto Nausicaa” prima e con “Giustizia semplice” poi) che, anticipando e realizzando modelli embrionali di “ufficio per il processo”, hanno consentito di creare anche all’interno dei tribunali servizi di orientamento e informazione intorno alle finalità ed alle modalità procedurali della mediazione, uno staff dedicato e tavoli interistituzionali in grado di svolgere analisi del contenzioso della sezione; uno studio delle diverse tipologie di contenzioso e della loro attitudine a formare oggetto di mediazione, un successivo monitoraggio circa gli esiti degli atti d’invio alla mediazione e sui risultati delle procedure che seguono l’accoglimento dell’invito. In molti casi le parti sono state avviate alla mediazione dal giudice nelle more del rinvio già disposto per l’udienza di precisazione delle conclusioni; e tutto ciò ha comportato benefici effetti anche con riguardo alla riorganizzazione ed alla redistribuzione dei ruoli dei singoli magistrati.

* Quanto precede porta a ribadire l’opportunità che il CSM indirizzi ai dirigenti degli uffici giudiziari, nelle circolari relative all’organizzazione dei tribunali e delle corti d’appello, apposite indicazioni idonee a far sì che della mediazione (sia di quella prevista come condizione di procedibilità sia di quella demandata dal giudice) entri a far parte di specifica considerazione nei programmi organizzativi che i dirigenti sono tenuti periodicamente a predisporre.

* E’ ormai tempo che tra i criteri di cui tener conto nelle valutazioni di professionalità dei magistrati venga annoverato anche il corretto impiego dei provvedimenti di invio in mediazione (e della proposta ex art. 185 bis cpc); il che porta a sottolineare anche in questo campo, l’esigenza di un metodo organizzato ed efficiente di rilevazione dei dati, premessa necessaria tra l’altro per produrre sui magistrati la spinta ad utilizzare in modo più convinto e consapevole la mediazione demandata. Le statistiche pubblicate dal Ministero, ad esempio, non sembrano prendere in considerazione che in molti casi l’accordo successivo all’ordinanza di rimessione al mediatore è frutto non della mediazione ma del fatto che le parti, facendo tesoro delle indicazioni contenute nell’ordinanza, si sono accordate. Manca dunque una ricognizione di cosa c’è dietro tutti quegli eventi che la cancelleria registra semplicemente come 309 cpc, perché il sistema SICID è cieco e muto al riguardo. Ed è appena il caso di evidenziare come un monitoraggio serio, eseguito con criteri di affidabilità e completezza, costituisce la condizione anche per una migliore programmazione del lavoro giudiziario, sia per il singolo giudice o la singola sezione, sia per l’Ufficio nel suo complesso.

Tali lacune - che nelle dichiarazioni programmatiche la Ministra Cartabia ha mostrato di aver ben presenti³⁹ - appaiono tanto più gravi se si considera che, da un lato (ed in base alle stesse direttive

³⁸ Cfr., con riferimento al triennio 2020/2021, gli artt. 95 e 101 della circolare sulla formazione delle tabelle degli uffici giudicanti approvata dal CSM il 23 luglio 2020.

³⁹ <<E’ tempo di ripensare il rapporto tra processo davanti al giudice e strumenti di mediazione attraverso la previsione di misure premiali: per i giudici, ad esempio, attraverso la possibilità di rilevare statisticamente queste

del CSM), l'individuazione dei "carichi esigibili" nei programmi di gestione non può non *<<avere ad oggetto tutte le definizioni, cioè sia le sentenze che gli altri provvedimenti che concludono i singoli procedimenti>>*, la laboriosità del magistrato dovendo essere apprezzata *<<tenendo presente per un verso i procedimenti definiti con sentenze e, per altro verso, in particolare per il settore civile, i procedimenti cc.dd. altrimenti definiti>>*⁴⁰ e che, dall'altro lato, della produttività del magistrato entra necessariamente a far parte anche quella parte di lavoro espletata pur sempre nell'adempimento delle funzioni giudiziarie ma destinata a restare invisibile a causa delle lacune del sistema statistico.

* Da ultimo, è necessario ribadire il ruolo primario che potrebbe svolgere la formazione professionale sia in sede centrale (anche nell'ambito dei corsi per direttivi e semidirettivi ed in quelli per magistrati aspiranti ad incarichi direttivi o semidirettivi) sia nelle sedi decentrate: purché si tratti di iniziative non sporadiche ed occasionali, ma sistematicamente organizzate in modo da toccare i diversi profili inerenti sia alla mediazione, sia alla proposta conciliativa del giudice ex art. 185 bis cpc e da favorire non solo una cultura organizzativa tesa a valorizzare le potenzialità della mediazione quale risorsa per lo stesso (miglior) funzionamento della giustizia, ma insieme e soprattutto a far crescere la consapevolezza in ordine alla funzione sociale dell'istituto ed alla sua attitudine a porsi come strumento di tutela anche con riguardo alla mole imponente della domanda "sommersa". Ed è superfluo sottolineare quanto potrebbero essere proficui ed efficaci in questa direzione (anche per trarre utili suggerimenti dalla messa a confronto delle diverse esperienze) percorsi di *formazione comune* da programmare con la cooperazione della Scuola superiore della magistratura, degli Ordini professionali, delle Università e degli organismi di mediazione.

Nè può essere trascurata, sotto altro ma non meno rilevante profilo, l'esigenza di diffondere la conoscenza degli istituti di mediazione e conciliazione anche mediante l'apertura di appositi "sportelli informativi" presso gli Uffici degli Enti Pubblici e presso i Tribunali⁴¹.

c) Aspetti interpretativi.

Pare opportuno, infine, evidenziare alcuni aspetti della disciplina positiva che hanno dato origine a contrasti interpretativi non ancora sopiti⁴² e rispetto ai quali si dimostrerebbe opportuno un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

cc) Pluralità di domande successivamente proposte nel corso del medesimo processo o di domande connesse proposte in processi pendenti davanti a giudici diversi Com'è noto, con la novella di cui al d.l. 69/2013, convertito con mod. nella legge n. 98 del 2013, è stato stabilito che fermi i casi di mediazione obbligatoria, il giudice - valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti - possa disporre anche in sede d'appello l'esperimento del procedimento di mediazione che diventa in tal modo condizione di procedibilità della domanda

attività, sovente faticose, laboriose ma non contemplate dalle statistiche e quindi non valutate per le progressioni di professionalità>>.

⁴⁰ Con la conseguenza che spetta al dirigente, nell'individuazione della fascia di produttività sostenibile, il compito di *<<individuare e valorizzare debitamente tutte le ulteriori tipologie provvedimentali diverse dalle sentenze che impegnano i magistrati ed incidono significativamente sul tempo a disposizione per la trattazione e la definizione dei procedimenti civili>>*.

⁴¹ Sotto un più ampio e generale profilo, nel ricordato documento degli Osservatori sulla giustizia civile viene sottolineata l'esigenza di *<<assicurare la giustizia di prossimità non solo attraverso le piattaforme telematiche, ma anche con sportelli fisici diffusi sul territorio a seconda dei settori interessati e per materie specifiche (ad esempio per l'amministrazione di sostegno). Nel momento in cui si affronta lo sforzo della digitalizzazione, non bisogna perdere di vista la questione del digital divide che riguarda le persone più fragili o marginali>>*.

⁴² Non vengono presi in considerazione i contrasti che dipendono unicamente da una poco attenta applicazione interpretativa, come quello relativo alla natura del termine di 15 giorni assegnato dal giudice ex art. 5, secondo comma d.lgs. n. 28/2010 e succ. mod. per presentare la domanda di mediazione, temine che una parte della giurisprudenza ritiene perentorio (benché la legge non lo qualifichi come tale), con l'effetto paradossale di precludere, decorsi i 15 giorni senza che la domanda sia stata presentata, proprio quel tentativo di mediazione che il giudice ha ritenuto invece dovesse essere compiuto. Ben più persuasivamente si è osservato che l'avveramento della condizione debba essere verificato con riguardo al mancato esperimento del procedimento entro la data di rinvio del processo fissata dal giudice nell'ordinanza di invio in mediazione, ritenendosi sufficiente al riguardo che a tale data si sia svolto il primo incontro dinanzi al mediatore.

giudiziale. Nell'ordinanza con la quale il procedimento viene disposto, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 d.lgs. n. 28/2010 e, quando la mediazione non sia già stata avviata, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Uno dei temi controversi nella materia in esame riguarda l'atteggiarsi della condizione di procedibilità nel caso di una pluralità di domande successivamente proposte nel corso dello stesso processo o di domande connesse proposte in processi pendenti davanti a giudici diversi. Secondo un primo orientamento, che fa leva in particolare sul tenore letterale della norma (in cui la condizione di procedibilità è stabilita con riguardo alla "azione" e non al "processo") la mediazione sarebbe condizione di procedibilità anche delle domande fatte valere nel corso del processo dal convenuto, dai terzi intervenienti volontari o su chiamata e pure dallo stesso attore, sotto forma di *reconventio reconventionis*.

Secondo una diversa interpretazione, la mediazione obbligatoria non si estenderebbe invece alle domande riconvenzionali sollevate dal convenuto o proposte da eventuali terzi intervenuti nel processo⁴³.

Indubbiamente questo secondo indirizzo appare quello più idoneo ad evitare complicazioni e tortuosità nei percorsi processuali, e potrebbe essere avvalorato dalla considerazione che scopo del legislatore è stato quello di configurare il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità rispetto all'instaurazione del giudizio, sì che, una volta che il giudizio sia stato ritualmente instaurato e sia stata assolta quella condizione, ogni evento successivo dovrebbe considerarsi assorbito nel processo. Una soluzione intermedia potrebbe essere quella suggerita in dottrina secondo cui l'obbligo della mediazione dovrebbe essere escluso per tutte le domande riconvenzionali effettivamente caratterizzate dalla connessione oggettiva prevista dall'art. 36 c.p.c. (quelle, cioè, che dipendano realmente «dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione»), comprese le domande dirette ad ottenere l'accertamento con efficacia di giudicato, ai sensi dell'art. 34 c.p.c., di un rapporto pregiudiziale rispetto a quello oggetto della domanda originaria, limitandolo alle domande che non presentino un siffatto nesso (e che, per tale ragione, potrebbero finanche essere oggetto di un provvedimento di separazione ex art. 103, 2° comma, c.p.c.); ma sul punto è evidente la necessità di un chiarimento in sede legislativa.

dd) Provvedimento del giudice di invio in mediazione e contraddittorio delle parti.

La mediazione demandata costituisce uno degli aspetti più rilevanti nel raccordo tra processo e mediazione, ed uno degli snodi fondamentali per l'affermazione della mediazione quale tassello di una rete integrata di tutele, in cui l'uno e l'altra non vanno visti in funzione antagonistica, ma per così dire collaborativa.

Come è stato osservato⁴⁴, prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 69/2013 solo instaurando relazioni di fiducia, il giudice era in grado di motivare le parti alla mediazione e poteva invitarle in modo credibile al tentativo di conciliazione stragiudiziale. Ora che all'invito si è sostituito un ordine, la sostanza non cambia: giacché vi sarà sempre differenza tra un'imposizione calata dall'alto, ed un provvedimento assunto nel contesto di un colloquio, con il coinvolgimento delle parti e con il sostegno di una apposita motivazione. Su tali aspetti si trovano specifiche raccomandazioni nelle direttive comunitarie aventi ad oggetto gli "strumenti per lo sviluppo della mediazione" e per "garantire l'attuazione delle linee guida CEPEJ sulla mediazione", che contengono tra l'altro una preziosa guida alla mediazione demandata, come possibile supporto ai giudici, al personale non

⁴³ A favore di questo indirizzo si osserva tra l'altro che le disposizioni relative alle condizioni di procedibilità sono di stretta applicazione; che l'art. 5 comma 1-bis d.lgs. n. 28/2010 e succ. mod., prevede in capo al solo "convenuto" la facoltà di eccepire il mancato tentativo di mediazione; che una diversa interpretazione comporterebbe un allungamento notevole dei tempi del giudizio, in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo e si presterebbe all'ingresso di domande strumentali proposte al solo scopo di imporre al giudice l'invio in mediazione.

⁴⁴ L. Breggia, *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimentazione del progetto Nausicaa*, nel volume *Mediazione su ordine del giudice a Firenze – Prassi, problemi e linee guida di un modello*, edito da Utet, nella collana "Un altro modo" curata da R. Caponi, P. Lucarelli e I. Pagni

giudicante dei tribunali ed mediatore delegato, ed un altrettanto utile guida alla mediazione per avvocati elaborata in collaborazione con il Consiglio degli ordini forensi europei.

In un contesto in cui la scelta sul se demandare o no al mediatore è frutto non di una imposizione del giudice, ma di una verifica dialettica e ragionata intorno alla presumibile mediabilità della lite, nella motivazione che - sia pur succintamente - deve corredare il provvedimento di invio in mediazione possono ben inserirsi (per usare espressioni tratte da alcuni provvedimenti giurisprudenziali) indicazioni suscettibili di valere come un punto di riferimento per il mediatore e per le parti, le quali potranno desumere dall'ordinanza utili elementi di confronto con l'obiettivo della dismissione della lite e la ricerca di una strada alternativa alla sentenza. Può convenirsi sul fatto che il giudice nell'ordinanza inviti le parti a considerare l'opportunità di rivolgersi ad un organismo dalle "comprovate caratteristiche di competenza e professionalità", o il cui regolamento sia privo di limitazioni quanto alla possibilità del mediatore di formulare una proposta⁴⁵, e ancora che inviti il mediatore a valutare l'opportunità di disporre una consulenza tecnica od a formulare una proposta funzionale al raggiungimento di un accordo, indicando poi nel verbale il contenuto della proposta eventualmente formulata, l'eventuale mancata partecipazione personale al procedimento di questa o quella parte senza giustificato motivo, l'indicazione della parte che abbia dichiarato di non voler proseguire nella mediazione oltre l'incontro preliminare o che abbia opposto un rifiuto alla proposta di mediazione: tutto ciò, infatti, può essere funzionale alla verifica inerente alla condizione di procedibilità, alle valutazioni del giudice ex art. 116 c.p.c. ed alla disciplina delle spese ex art.8 d.lgs.n.28/2010 e succ.mod.

Ma non si deve dimenticare che la mediazione si fonda su un paradigma completamente diverso da quello che caratterizza i procedimenti virtualmente destinati a sfociare in una sentenza; che il ruolo degli attori che vi agiscono non è imperniato su una concezione "avversariale" ed "antagonista", ma è rivolto alla composizione del conflitto ed al raggiungimento di un accordo; che la mediazione (anche quando la si definisce come preziosa risorsa per la migliore efficienza della giustizia) non ha e non può avere una funzione "ancillare" rispetto alla giurisdizione ma deve, e non può che essere, fondata sull'autonomia del mediatore e delle parti.

Le indicazioni contenute nell'ordinanza del giudice che demanda le parti in mediazione non possono dunque risolversi in una *gabbia prescrittiva*, pena lo snaturamento dell'istituto. E se è vero che la legge, nel dettare con gli artt. 8 e 13 la regolamentazione specifica delle spese, fa salva l'applicabilità degli artt. 92 e 96 cpc, ciò non toglie che il riferimento a tali norme è fatto pur sempre con riguardo al processo *in sé* e che - sebbene la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., come introdotto dalla legge n. 69 del 2009 - non richieda né la domanda di parte né la prova del danno, essendo rivolta a salvaguardare finalità pubblicistiche correlate all'esigenza di una sollecita ed efficace definizione dei giudizi, essa postula pur sempre la soccombenza nonché un elemento soggettivo che - quand'anche non si ritenga di identificarlo come invece ritenuto dalla dottrina dominante e dalle S.U. della Corte di cassazione nelle sentenze n. 22405 e n. 9915 del 2018 - come "dolo" o "colpa grave", deve pur sempre assumere i caratteri della assoluta pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria, della manifesta inconsistenza giuridica delle posizioni assunte in giudizio o della palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione, elementi ritenuti rilevanti anche dalle sentenze della Cassazione che, discostandosi dall'insegnamento della Sezioni Unite, hanno ritenuto non necessaria la sussistenza del dolo o della colpa grave⁴⁶.

Sembrerebbe dunque alquanto problematico ipotizzare una condanna ai sensi della norma in considerazione quale effetto automatico delle direttive che il giudice abbia impartito con l'ordinanza di invio in mediazione. Ma poiché nella giurisprudenza di merito non mancano posizioni in quest'ultimo senso, forse è questo un altro aspetto sul quale un chiarimento legislativo, volto a

⁴⁵ Non è infrequente, ad esempio, che nei regolamenti degli organismi di mediazione la possibilità per il mediatore di formulare una proposta sia subordinata - in contrasto con l'art. 11, comma 1 del d.lgs. n. 28 del 2010 e succ.mod. - al consenso delle parti.

⁴⁶ Cfr. Cass.15 febbraio 2021, n.3830; 24 settembre 2020, n. 20018, *ord.*; 18 novembre 2019, n.29812, *ord.*

definire con maggior precisione i limiti dell'intervento del giudice nel percorso conciliativo/collaborativo, potrebbe dimostrarsi opportuno.

ee) Presenza personale delle parti.

Nella giurisprudenza di merito, salvo qualche isolata eccezione, è fermo il principio secondo cui (anche) nella mediazione demandata disposta dal giudice il tentativo di mediazione deve essere effettivamente avviato e le parti, presenti personalmente con l'assistenza del legale, non possono limitarsi ad incontrarsi ed informarsi, ma debbono partecipare alla vera e propria procedura di mediazione, salva la ricorrenza di situazioni oggettive o di questioni pregiudiziali che ne impediscano lo svolgimento.

Si è ritenuto che con tale orientamento si ponga in contrasto la Corte di cassazione la quale, pur dichiarando che nella mediazione obbligatoria la condizione di procedibilità può dirsi superata solo con la presenza personale delle parti assistite dai rispettivi difensori, nelle sentenze 27 marzo 2019, n. 8473 e 9 maggio 2019 n.18068 ha affermato che essa deve ritenersi soddisfatta 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.

Per vero le sentenze della Cassazione sono state pronunciate in fattispecie di mediazione obbligatoria, e non in quelle di mediazione demandata, rispetto alla quale l'obbligatorietà della partecipazione al procedimento deriva non già - come nel caso di cui all'art. 5 comma 1- *bis* del d. lgs. n. 28/10 e succ. mod. - da una valutazione generale ed astratta del legislatore in ordine alle materie da sottoporre al preventivo esperimento di mediazione, ma da una valutazione specifica e concreta ad opera del giudice in ordine alla concreta mediabilità della lite; ma ciò non vale a rendere condivisibile il principio affermato dalla Corte di legittimità, non sembrando che ciò che deve essere compiuto in sede di mediazione demandata, quando l'esperimento della mediazione diventa obbligatorio per effetto del provvedimento del giudice, possa far difetto allorché esso è conseguenza dell'obbligatorietà *ex lege*. Considerato, tuttavia, che in giurisprudenza continua a permanere un contrasto interpretativo anche dopo le ricordate sentenze della Corte di cassazione, vi è da valutare l'opportunità di un intervento del legislatore, anche e soprattutto per chiarire quali sia l'attività effettivamente richiesta affinché l'obbligo di entrare in mediazione possa considerarsi assolto⁴⁷.

ff) L'assistenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione.

Un altro contrasto interpretativo attiene al quesito se l'assistenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione sia o no obbligatoria. La giurisprudenza prevalente, facendo leva sul disposto degli artt. 5 (*"chiunque intende esercitare in giudizio...è tenuto, assistito dall'avvocato"*) ed 8 (*"al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"*) d.lgs. n. 28 del 2010 e succ. mod., è nel senso dell'obbligatorietà, con la conseguenza che l'assenza del legale inficerebbe il corretto esperimento della mediazione e renderebbe improcedibile la domanda giudiziale. Un altro indirizzo contrasta invece questa conclusione, argomentando in particolare dalla disposizione dell'art. 12 d.lgs. n. 28/2010 la quale, prevedendo che l'accordo eventualmente raggiunto costituisca titolo esecutivo nel caso in cui per tutte le parti aderenti alla mediazione vi sia stata l'assistenza degli avvocati (ai quali spetta di attestare e certificare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico), e che in tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale (non è invalido, ma) dovrà essere omologato su istanza di parte con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico, avrebbe per ciò stesso riconosciuto validità al procedimento di mediazione eventualmente svoltosi senza l'assistenza degli

⁴⁷ Della opportunità di <<*rivedere struttura e la finalità del primo incontro di fronte al mediatore*>> - sia pure << *al fine di garantirne l'effettivo svolgimento, ad un costo calmierato parametrato al valore della controversia*>> - si parla anche nel documento dell'UNAM più volte citato.

avvocati, anche se in questo caso l'accordo, per acquistare efficacia di titolo esecutivo, richiede appunto l'omologazione dell'autorità giudiziaria.

L'incoerenza del testo normativo potrebbe forse essere superata nel senso che l'assistenza dell'avvocato, pur necessaria al primo incontro e nel corso degli eventuali incontri successivi, non sia invece indispensabile per la firma dell'accordo (salvi i più limitati effetti appena indicati).

A sostegno di questa interpretazione potrebbero forse essere invocati il principio di autodeterminazione delle parti ed il diritto loro spettante di disporre dei propri interessi; ma anche sul punto in esame un chiarimento in sede legislativa si renderebbe quanto mai utile.

gg) Un intervento questa volta non esplicativo, ma aggiuntivo rispetto alla disciplina vigente, attiene all'opportunità di inserire nel testo del d.lgs. n. 28 una previsione volta ad incentivare la consulenza tecnica in mediazione. Come è stato osservato⁴⁸, la consulenza tecnica si dimostra spesso idonea a risolvere la controversia anche in materia bancaria (ed aggiungerei, anche in materia assicurativa nonché nel campo della responsabilità sanitaria). Espletarla in mediazione, in un contesto protetto e poi eventualmente - ove non fosse raggiunto un accordo - utilizzarla in giudizio con il consenso delle parti significa "lavorare sul concreto" ed avvalersi dell'opportunità di trovare una soluzione immediata anziché dover attendere i diversi anni di durata del processo.

⁴⁸ Cfr. A.M. Tedoldi, relazione citata