



MATTEO LUPANO

La riforma della mediazione

Introduzione

La legge delega 26 novembre 2021, n. 206 consente al Governo di intervenire non solo su molteplici aspetti del processo civile, ma anche sulla disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ADR). Si può dire anzi che questi ultimi siano tra i protagonisti della riforma, venendo toccati da interventi di ampio respiro accompagnati dalla messa a disposizione di una significativa dotazione finanziaria.

Il ruolo attribuito agli strumenti di ADR si evince sin dalla loro collocazione all'inizio del provvedimento, composto da un unico articolo suddiviso in 44 commi e loro articolazioni. Fatte le dovute proporzioni, sembra di vedere recuperata la prospettiva del codice di rito del 1865, che si apriva con il titolo preliminare dedicato a conciliazione e compromesso. Più prosaicamente, ci si può rallegrare poiché il legislatore ha nuovamente e chiaramente dato segno di considerare la mediazione e la negoziazione assistita non un ripiego né l'abdicazione dello Stato ai propri compiti, ma una giustizia alternativa di dignità pari a quella amministrata dal giudice nel processo¹.

Le nuove norme in tema di risoluzione alternativa delle controversie sono numerose e complesse, dunque credo sia preferibile focalizzare questo scritto solo su quelle in tema di mediazione². Nei prossimi paragrafi verrà preso in esame il contenuto della legge delega a questo riguardo, raffrontandolo all'occorrenza con le proposte avanzate dalla commissione Luiso e, ancor prima, dalla commissione Alpa, e mettendo in luce potenzialità e profili critici di una riforma che, quando sarà attuata, determinerà un'evoluzione importante dell'istituto, a poco più di dieci anni dalla sua travagliata introduzione.

Come si vedrà, il legislatore non abbandona l'obbligatorietà, anzi la estende ad alcune materie ulteriori, e cerca con maggior forza, senza scadere nell'irragionevolezza, di indurre le parti ad avviare concretamente una trattativa, ossia a superare la fase informativa del primo incontro (art. 8, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) intraprendendo la mediazione vera e propria. Accanto a questi interventi *lato sensu* coercitivi ve ne sono altri, a mio parere preponderanti, che mirano a rendere la mediazione più attraente, aumentando la sua convenienza sul piano economico, assicurando una migliore formazione degli operatori e qualità degli organismi, creando sinergie tra magistrati, avvocati, organismi e università. Nel quadro attuale credo che l'obbligatorietà continui ad essere nel nostro Paese un "male necessario". Questa considerazione e l'equilibrio raggiunto tra il primo e il secondo gruppo di interventi mi induce complessivamente ad una valutazione positiva della riforma. La sua attuazione potrà contribuire a far percorrere con più convinzione la strada della mediazione, il che giova senz'altro anche al conseguimento degli ambiziosi obiettivi che ci siamo prefissi per accedere ai finanziamenti del progetto *Next Generation EU*.

Maggiori risorse

La prima scelta compiuta dal Parlamento nella legge delega su cui credo sia opportuno soffermarsi è quella di impiegare risorse non solo per rendere più efficiente il processo civile, ma anche per incentivare il ricorso alla mediazione: una decisione da approvare per tre ordini di ragioni.

¹ Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 3 e segg.; Danovi, in *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, di Danovi e Ferraris, Milano, 2013, 8 e segg.; Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di Chiarloni, Bologna, 2016, 84 e segg.; Luiso, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2018, 182 e segg.

² Anche la negoziazione assistita è interessata da novità molto significative: basti pensare alla possibilità di farne uso nelle controversie di lavoro e di svolgere al suo interno attività di istruzione stragiudiziale utilizzabile nel successivo giudizio.



Nel corso degli anni non sono mancate ripetute e giuste critiche agli interventi sulle riforme processuali “a costo zero”³, ossia senza maggiori oneri per la finanza pubblica. La l. 206/2021 destina invece risorse significative alla giustizia civile. Il finanziamento anche degli ADR è condivisibile, sia perché è coerente con l’idea che gli strumenti alternativi offrano una forma di giustizia complementare, sia perché un maggior utilizzo di questi ultimi può ridurre la pressione sugli uffici giudiziari e quindi favorire il conseguimento dei risultati concordati con le istituzioni europee. In secondo luogo, il legislatore si è mostrato consapevole che il successo della mediazione civile non dipende solo da, pur importanti, fattori culturali o dall’incisività con la quale il tentativo di conciliazione viene imposto, ma anche dalla sua convenienza. Le parti non sono soggetti puramente razionali, ciononostante nella gran parte dei casi tengono in attenta considerazione i profili economici della lite, quindi far pendere la bilancia in modo più marcato dalla parte della mediazione rappresenta verosimilmente un intervento efficace⁴.

Infine, a mio avviso, la compatibilità dei costi attuali della mediazione con la giurisprudenza della Corte di Giustizia è dubbia. I giudici di Lussemburgo hanno in più occasioni affermato che gli strumenti di ADR obbligatori sono compatibili con il diritto dell’unione ad alcune condizioni, tra cui il non presentare “costi ingenti”⁵. La valutazione della loro gravosità è rimessa al giudice nazionale e nel nostro Paese essa ha portato a disapplicare l’art. 5, d.lgs. 28/2010, sia pur in decisioni sporadiche⁶. Gli interventi come quello odierno che riducono nei fatti il costo della mediazione obbligatoria rendono meno probabili ulteriori pronunce dello stesso tenore. A ciò si aggiunga che il costo della mediazione obbligatoria rappresenta un ostacolo all’accesso alla giustizia - sia pur ragionevole e compatibile con il dettato costituzionale - dunque della sua riduzione ci si deve senz’altro rallegrare.

Per le misure in tema di ADR, il comma 39 della legge delega stanziava 4,4 milioni di euro per il 2022 e 60,4 a decorrere dal 2023. Il comma 4 aggiunge che il rispetto di questi limiti di spesa andrà monitorato annualmente e, qualora le risorse dovessero risultare insufficienti, dovrà essere previsto un incremento automatico del contributo unificato. La regola denota una grande attenzione per gli strumenti alternativi e, in teoria, potrebbe determinare la crescita eccessiva⁷ del contributo unificato, tuttavia perché questo accada dovrebbe verificarsi un aumento macroscopico sia del ricorso alla mediazione che degli accordi, uno scenario oggi poco probabile.

Le risorse individuate dalla l. 206/2021 vengono impiegate (comma 4, lettera a) per:

- 1) “riordinare e semplificare gli incentivi fiscali” in materia, incrementando l’esonero dall’imposta di registro di cui all’art. 17, d.lgs. 28/2010 e
- 2) accrescere il credito d’imposta di cui all’art. 20, d.lgs. 28/2010, semplificando la procedura per il suo riconoscimento;
- 3) finanziare l’estensione del patrocinio a spese dello Stato alla mediazione (e alla negoziazione assistita);
- 4) riconoscere agli organismi di mediazione un credito d’imposta commisurato alle indennità non esigibili dai soggetti che possono beneficiare del patrocinio a spese dello Stato.

La legge delega non indica in quale misura l’esonero del verbale di accordo dall’imposta di registro andrà incrementata, ma sia la relazione della commissione Luiso (§ III.2) che la relazione tecnica sottoposta al Parlamento⁸ ne ipotizzano il raddoppio, dagli attuali 50.000 € a 100.000 €.

³ Mi limito a citare, tra i molti, lo scritto di Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge “a costo zero” (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221 e segg.

⁴ Dalfino, *Mediazione cit.*, 556 e segg.

⁵ CGUE, 18 marzo 2010, Alassini c. Telecom Italia ed al., C-317/08, ECLI:EU:C:2010:146, in *Giur. it.*, 2010, 2585, con nota di Besso, in *Foro It.*, 2010, IV, 361, con nota di Arnone e Porreca e in *Corr. giur.*, 2010, 1289, con nota di Rizzo; Id., 14 giugno 2017, Menini - Rampanelli c. Banco Popolare, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, in *Foro it.*, 2017, IV, 551, con nota di Mancaloni e Scannicchio e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1631, con nota di Ferraris.

⁶ Trib. Verona, 28 settembre 2017, in *Foro It.*, 2018 I, 328.

⁷ L’aumento del contributo unificato potrebbe dirsi eccessivo qualora scoraggiasse significativamente dall’agire in giudizio le parti che non beneficiano del patrocinio a spese dello Stato (per queste ultime il contributo è prenotato a debito).

⁸ V. dossier 225/1 relativo al DDL n. 1662 (Senato - XVIII legislatura): https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/dossier/52664_dossier.htm



L'importo è considerevole e impone di prendere in considerazione l'eventualità di condotte elusive. L'art. 1 del d.lgs. 28/2010 definisce la mediazione come l'attività finalizzata alla "ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia", è chiaro quindi che non vi può essere mediazione senza controversia (*rectius*, mediazione di cui al d.lgs. 28/2010, che garantisce l'incentivo fiscale). L'organismo e il mediatore quindi, a mio parere, devono rifiutare di dar corso al procedimento qualora emerga chiaramente che le parti non stanno cercando di conciliare, bensì di trasferire beni a condizioni agevolate simulando l'esistenza di un conflitto tra loro⁹.

Un secondo intervento significativo concerne il credito d'imposta di cui all'art. 20, d.lgs. 28/2010. La norma attualmente consente di ottenere un credito commisurato all'indennità corrisposta all'organismo di mediazione, sino ad un massimo di 500 €, in caso di accordo e di importo dimezzato in caso di insuccesso. Beneficiarne tuttavia è in concreto difficile, se non impossibile, poiché il decreto prevede che ogni anno il Ministero della giustizia individui le risorse da impiegare a questo scopo e che il credito d'imposta di cui il cittadino può concretamente fruire sia determinato effettuando la proporzione tra richieste e risorse stanziata¹⁰. Il Ministero deve inoltre indicare di volta in volta all'interessato l'importo spettante e comunicare all'Agenzia delle entrate l'elenco dei beneficiari e dei crediti.

La legge delega, oltre alla semplificazione della procedura, prevede un incremento del credito, che dovrà essere anche "commisurato al compenso dell'avvocato", nei limiti dei parametri professionali¹¹, e al contributo unificato, laddove la mediazione si svolga a lite pendente e si concluda con un accordo che determina l'estinzione del processo. Non si indica anche in questo caso l'importo massimo riconoscibile, ma è evidente che esso non potrà essere mantenuto agli attuali 500 €. Nel contempo viene demandato di rivedere le spese di avvio della mediazione e le indennità spettanti agli organismi, oggi individuate nel d.m. 18 ottobre 2010, n. 180.

Per quanto concerne infine il patrocinio a spese dello Stato, occorre ricordare che oggi - oltre alla sua esclusione nella negoziazione assistita, argomento su cui non mi soffermerò *ratione materiae* - vi sono non pochi dubbi sulla sua operatività nel procedimento di mediazione. La tesi che la nega radicalmente è da respingere¹², pur trovando qualche conforto nell'assenza di previsioni in proposito nel d.lgs. 28/2010 e nel fatto che il d.l. 21 giugno 2013, n. 89 ("decreto del fare"), pur introducendo l'assistenza obbligatoria dell'avvocato in mediazione, contiene all'art. 85, comma 4, una clausola di invarianza finanziaria. L'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 5 e 8 del d.lgs. 28/2010 e degli artt. 74 e 75 TUSG porta infatti a concludere che, avendo il legislatore reso in alcune materie la mediazione condizione di procedibilità della domanda giudiziale e avendo imposto di parteciparvi assistiti da un avvocato, i non abbienti in quelle materie devono poter fruire del patrocinio a spese dello Stato, in caso contrario la disciplina risulterebbe in contrasto con la tutela del diritto di azione sancita dalla Carta fondamentale.

Restano tuttavia incertezze tanto per la mediazione facoltativa, alla quale non si attaglia l'argomento appena illustrato, quanto per quella obbligatoria conclusasi con accordo senza che la lite abbia inizio.

Una parte della giurisprudenza afferma che il raggiungimento di un accordo prima della proposizione della domanda giudiziale, se la mediazione è obbligatoria, non esclude la possibilità di beneficiare del patrocinio a spese dello Stato¹³, poiché quest'ultimo, pur essendo finalizzato alla rappresentanza e alla difesa in giudizio, si estende a tutte le attività stragiudiziali necessarie per poter agire. L'orientamento parrebbe trovare conforto anche nella giurisprudenza della Cassazione, che lo ammette per le attività stragiudiziali "strettamente dipendenti dal mandato alla difesa", da considerare strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali¹⁴. Gli stessi giudici di legittimità hanno tuttavia escluso che il patrocinio operi per l'attività puramente stragiudiziale¹⁵ e hanno recentemente negato la liquidazione

⁹ Lonero, *Profili fiscali nella mediazione delle controversie civili e commerciali*, in *ADR e mediazione*, a cura di Corradino e Sticchi Damiani, Torino, 2012, 129.

¹⁰ Dalfino, *Mediazione cit.*, 588.

¹¹ Cfr. la tabella 25 *bis* del d.m. 10 marzo 2014, n. 55, introdotta dal d.m. 8 marzo 2018, n. 37.

¹² Dalfino, *Mediazione cit.*, 570.

¹³ Trib. Firenze, 13 gennaio 2015, in *adrintesa.it* e Id., 13 dicembre 2016, in *altalex.com*; Trib. Ascoli Piceno, 12 settembre 2016, in *concilialex.it*; Trib. Bologna 13 settembre 2017, in *mediazioneiima.it*.

¹⁴ Cass., 19 aprile 2013, n. 9529.

¹⁵ Cass., 23 novembre 2011, n. 24723.



del compenso ad un difensore che aveva assistito la parte non abbiente in una mediazione anteriore al processo conclusasi con accordo¹⁶. Altra parte della giurisprudenza di merito è di questo stesso avviso¹⁷.

Posizioni come quella illustrata da ultimo sono chiaramente nocive per la mediazione: esse inducono l'avvocato, anzitutto nell'interesse del cliente che non può farsi carico del compenso, a consigliare di non avviare la mediazione prima del processo o di non conciliare, pertanto la finalità deflattiva dell'istituto risulta frustrata. Trovo quindi auspicabile che la delega - menzionando genericamente l'estensione alla mediazione - venga esercitata sancendo la possibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato in tutte le mediazioni, obbligatorie e volontarie¹⁸, tanto anteriori quanto successive alla proposizione della domanda giudiziale.

L'ampliamento della mediazione obbligatoria (ma non della mediazione civile *tout court*)

La legge delega, al comma 4, lettera c, prevede l'estensione dell'obbligatorietà della mediazione alle liti in materia di contratti di associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, società di persone, somministrazione e subfornitura. Viene così recepita la proposta della commissione Luiso (§ III.3)¹⁹, che sollecitava l'estensione dell'obbligatorietà a questi contratti di durata anche alla luce dell'ambito di applicazione dell'attuale condizione di procedibilità, considerato relativamente contenuto in quanto riguarda, secondo le stime, solo il 15% del contenzioso civile.

L'omogeneità di queste materie è senz'altro positiva, ma non risulta agevole determinare in quale misura la soglia percentuale appena citata potrà essere superata. I dati statistici pubblicati nel sito web della direzione generale di statistica presso il Ministero della giustizia non consentono infatti, per il loro livello di aggregazione, di determinare l'entità del contenzioso in questi ambiti.

Va segnalato che l'elenco contenuto nella delega menziona il contratto d'opera senza far cenno all'opera intellettuale²⁰, la possibilità di estendere anche a quest'ultimo la condizione di procedibilità è pertanto dubbia.

L'estensione dell'obbligatorietà avverrà in via sperimentale, per un quinquennio. Al termine di questo periodo occorrerà verificare i risultati raggiunti e l'opportunità di una definitiva stabilizzazione della regola: lo schema è ben noto e venne adottato, con termine quadriennale, anche al momento della reintroduzione della mediazione obbligatoria nel 2013 (d.l. 69/2013)²¹.

Conclusa la fase di monitoraggio, la l. 206/2021 delega il Governo ad armonizzare la normativa in materia di ADR raccogliendo "tutte le discipline", eccezion fatta per quella concernente l'arbitrato, in un Testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione (TUSC), valorizzando ciascuna competenza alla luce della materia in cui gli strumenti in questione vengono utilizzati (comma 4, lettera b).

Il comma 4, lettera c, della legge delega prosegue elencando alcune caratteristiche che l'obbligatorietà della mediazione dovrà possedere, riprendendo quanto già afferma l'art. 5, comma 1 *bis*, del d.lgs. 28/2010: le parti devono essere

¹⁶ Cass., 31 agosto 2020, n. 18123.

¹⁷ Trib. Tempio Pausania, 19 luglio 2016, in *eclegal.it*; Trib. Roma, 11 gennaio 2018, in *ilcaso.it*.

¹⁸ Il rischio di abusi può essere prevenuto mediante la valutazione di non manifesta infondatezza delle ragioni di chi chiede l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato prevista in materia civile dall'art. 74 TUSG.

¹⁹ Un ampliamento dell'obbligatorietà della mediazione era auspicato anche dalla commissione Alpa, che tuttavia (nella sua proposta di maggioranza) lo limitava alle controversie in materia di subfornitura, franchising, leasing mobiliare non finanziario e società di persone. La proposta di minoranza menzionava invece, tra gli altri, anche i contratti d'opera.

²⁰ L'estensione al contratto "di opera professionale" era invece prevista nella proposta di minoranza della commissione Alpa, v. proposte di modifica dell'art. 5, d.lgs. 28/2010. La relazione è consultabile in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Alpa_relazione_articolato_7mar2016.pdf

²¹ In prossimità della scadenza del termine era stata costituita con d.m. 7 marzo 2016 la commissione Alpa che, alla luce dell'andamento della mediazione obbligatoria negli anni precedenti, aveva formulato due proposte: una, di maggioranza, tesa all'estensione della sperimentazione sino al 2023, l'altra, di minoranza ed in seguito recepita dal legislatore, di definitiva stabilizzazione dell'obbligatorietà. I dati concernenti l'andamento della mediazione obbligatoria sono consultabili nel sito <https://webstat.giustizia.it/StatisticheGiudiziarie/Mediazione%20Civile.aspx>. Si veda inoltre la relazione del ministero sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2016 in <https://www.giustizia.it/>



assistite da un avvocato, la condizione di procedibilità si considera soddisfatta se il primo incontro si conclude senza accordo e l'obbligatorietà non è d'ostacolo alla trascrizione della domanda giudiziale né alla possibilità di ottenere provvedimenti urgenti e cautelari.

Richiamando regole già contenute nell'art. 5, il Parlamento parrebbe voler puntualizzare che le possibilità di intervento per l'esecutivo riguardano solo l'incremento delle materie, non anche la disciplina della mediazione obbligatoria. Per porre questo limite, tuttavia, era sufficiente l'attuale *incipit* della lettera c, che consente di "estendere" la mediazione obbligatoria a nuovi ambiti. L'elencazione inserita dai redattori della norma - mutata rispetto alla proposta della commissione Luiso - è invece foriera di equivoci, poiché riguarda solo alcune e non tutte le regole contenute nell'attuale art. 5: ad esempio non si cita il termine entro cui può essere rilevata l'improcedibilità, né si menzionano i procedimenti nei quali la condizione di procedibilità non opera.

A mio avviso l'ipotesi che si siano volute prefigurare regole dell'obbligatorietà differenti *ratione materiae* va scartata, non solo perché una frammentazione sarebbe foriera di difficoltà applicative senza apportare benefici percettibili, ma anche alla luce di un dato letterale. L'utilizzo dell'espressione "fermo restando che"²² denota la volontà di mantenere inalterata la disciplina dell'obbligatorietà e in nessun'altra parte della legge delega si affida al Governo il compito di modificarla, eccezion fatta per quanto prevede la lettera d in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, di cui dirò tra poco.

Il testo elaborato dalla commissione Luiso prevedeva che fossero "fatti salvi i casi per i quali la legge preveda altre procedure obbligatorie di soluzione stragiudiziale delle controversie", la legge delega utilizza invece le parole "fermo restando il ricorso" a tali procedure ulteriori. La proposta della commissione considerava quindi l'obbligatorietà della mediazione residuale, destinata a cedere il passo agli altri strumenti obbligatori settoriali, il Parlamento ha invece optato per la coesistenza della prima e dei secondi.

Resta da comprendere come saranno regolati i rapporti tra i vari strumenti nel futuro decreto delegato. Il tenore letterale della legge delega, a mio parere, consente di percorrere due strade: prevedere che le condizioni di procedibilità siano cumulative e debbano essere soddisfatte congiuntamente, oppure che la condizione di procedibilità sia una sola e possa essere soddisfatta facendo ricorso alternativamente alla mediazione o ad un altro procedimento previsto dalla legge (ad esempio, per i contratti di somministrazione di elettricità e gas, il tentativo di conciliazione offerto dall'ARERA). La prima soluzione è stata adottata nel 2014 nella negoziazione assistita²³ e non ha dato buona prova di sé²⁴; la seconda, decisamente auspicabile, è invece fatta propria dal d.lgs. 28/2010 che, all'art. 5, consente ad esempio di soddisfare la condizione di procedibilità in ambito bancario anche rivolgendosi all'Arbitro bancario e finanziario (ABF).

Da ultimo, è opportuno segnalare che la l. 206/2021 - contrariamente a quanto auspicato dalla commissione Luiso - non fa cenno alla possibilità di risolvere in mediazione (non obbligatoria, ma facoltativa) le controversie lavoristiche, di cui all'art. 409 c.p.c. In questa materia il comma 4, lett. q, consente infatti l'impiego della sola negoziazione assistita²⁵, precisando che ciascuna parte deve essere assistita da un proprio avvocato - analogamente a quanto accade per la separazione e il divorzio - e, se lo ritiene, può farsi affiancare anche da un consulente del lavoro.

La logica di questa restrizione è poco comprensibile: il d.lgs. 28/2010 afferma all'art. 8 che in mediazione le parti devono essere assistite da avvocati nel corso dell'intero procedimento, dunque non si vede per quale ragione la negoziazione assistita da un avvocato per parte sia una sede idonea alla risoluzione di queste liti e non anche la mediazione in cui è indispensabile la presenza anche di un terzo neutrale qual è il mediatore. Sarebbe stato quindi

²² Comma 4, lettera c: "fermo restando che, quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, le parti devono essere assistite da un difensore...".

²³ Art. 3, comma 5, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con l. 10 novembre 2014, n. 162.

²⁴ Le principali criticità riguardano il campo assicurativo, in particolare la sovrapposizione con le procedura regolata all'art. 148 cod. ass. Da ultimo il d.lgs. 30 dicembre 2020, n. 187, disciplinando il nuovo sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'art. 187.1 cod. ass. (l'Arbitro per le controversie assicurative, AAS, di prossima istituzione), ha stabilito l'equivalenza tra quest'ultimo e il ricorso alla negoziazione assistita, dando segno di voler abbandonare la strada delle condizioni di procedibilità cumulative.

²⁵ Il lettore ricorderà che questa possibilità era stata in origine introdotta nel provvedimento che disciplina la negoziazione assistita, all'art. 7 del d.l. 132/2014, ma soppressa dal Parlamento al momento della conversione con l. 162/2014.



preferibile consentire l'utilizzo anche di quest'ultimo strumento, eventualmente precisando, a maggior garanzia della parte debole, che l'assistenza di un avvocato per parte in materia di lavoro condiziona la validità dell'accordo.

Onere di avviare la mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo

L'art. 5, comma 4, del d.lgs. 28/2010 afferma che nel procedimento per ingiunzione la condizione di procedibilità sorge solo nel giudizio di opposizione, dopo che il giudice si è pronunciato sulle istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione, ma non indica su quale parte gravi l'onere di dare avvio al procedimento e quali siano le conseguenze dell'inerzia.

Sino ad ora si sono confrontate due tesi. La prima²⁶, inizialmente recepita dalla Cassazione e fatta propria anche da alcuni giudici di merito, fa gravare sull'opponente l'onere di instaurare la mediazione e dalla sua mancata soddisfazione ricava la necessità di dichiarare improcedibile l'opposizione, con conseguente esecutività (e passaggio in giudicato) del decreto ingiuntivo²⁷.

La seconda²⁸, cui hanno aderito nel 2020 le sezioni unite²⁹, afferma che l'onere di instaurare la mediazione grava sull'opposto, di conseguenza, qualora egli non vi provveda, il decreto ingiuntivo deve essere revocato e va dichiarata l'improcedibilità della domanda giudiziale.

La commissione Luiso aveva proposto (art. 2, lett. j) un intervento chiarificatore al riguardo, da attuarsi demandando al legislatore delegato di stabilire che l'obbligo grava sull'opposto, in altre parole consolidando definitivamente la soluzione fatta propria dalle sezioni unite. La legge delega, al contrario, al comma 4, lettera d, prevede che venga individuata "la parte che deve presentare domanda di mediazione, nonché ... il regime del decreto ingiuntivo laddove la parte obbligata non abbia soddisfatto la condizione di procedibilità". Il governo potrà quindi liberamente optare per l'una o l'altra soluzione.

Indipendentemente dalla scelta che verrà compiuta, il tenore letterale della legge delega offre un riscontro significativo in merito alle attività necessarie per soddisfare la condizione di procedibilità, argomento su cui mi soffermerò più diffusamente nel prossimo paragrafo. La norma infatti, come si è visto, menziona esplicitamente la presentazione della domanda e chiede di determinare di conseguenza la sorte del decreto opposto, mettendo in luce che per la parte onerata non è necessario acconsentire allo svolgimento della "mediazione vera e propria", successiva alla fase informativa del primo incontro.

La partecipazione delle parti

²⁶ Cass., 3 dicembre 2015, n. 24629, in *Foro it.*, 2016, I, 1319 e *Giur. it.*, 2016, 71, con nota di Benigni; Id., 16 settembre 2019, n. 23003; Trib. Nola, 24 febbraio 2015, in *Giur. it.*, 2015, 1123, con nota di Benigni, *Incombe sull'opponente ex art. 645 c.p.c. l'onere di proporre l'istanza di mediazione*; Trib. Torre Annunziata, 5 dicembre 2017, in *eclegal.it*; Trib. Bologna, 8 marzo 2018, in *101mediatori.it*; Trib. Bari, 11 settembre 2018, in *eclegal.it*; Trib. Roma, 28 dicembre 2018, in *diritto.it*; Trib. Napoli, 19 luglio 2019, in *iusletter.com*. In dottrina di questo avviso Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 40; Trisorio Liuzzi, *L'onere di promuovere la mediazione dopo l'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 111 e segg.; Luiso, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2019, 78.

²⁷ V. ad es. Trib. Milano, 9 dicembre 2015, in *Soc.*, 2016, 1151; Trib. Reggio Emilia, 21 gennaio 2016, in *eclegal.it*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr. Cuomo Ulloa, in *Nel prisma della mediazione*, Torino, 2016, 14 e segg.

²⁸ Trib. Varese, 18 maggio 2012, in *Giur. it.*, 2012, 2620, con nota di Tedoldi, *Mediazione obbligatoria e opposizione a decreto ingiuntivo*; Trib. Ferrara, 7 gennaio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 3732; Trib. Cuneo, 1° ottobre 2015, in *adrintesa.it*; Trib. Firenze, 16 febbraio 2016, in *ilcaso.it*; Trib. Grosseto, 7 giugno 2018, in *iusletter.com*. In dottrina Reali, *La mediazione come condizione di procedibilità della domanda tra dubbi interpretativi e incertezze applicative*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 979 e segg.; Dalfino, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: quando la Cassazione non è persuasiva*, in *Foro it.*, 2016, I, 1325 e segg.; Balena, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1284 e segg.; Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 58 e segg.

²⁹ Cass., 18 settembre 2020, n. 19596, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 1135 e segg., con nota di Bove, *Onere della domanda di mediazione nel procedimento per ingiunzione*, in *Corr. giur.*, 2021, 559, con nota di Stella, *L'onere di mediazione grava sul creditore opposto: non un caso di overruling*, in *Giur. it.*, 2021, 338, con nota di Amendolagine, *Nell'opposizione a decreto ingiuntivo la mediazione grava sul creditore*.



Il successo della mediazione dipende dalla scelta delle parti di (ri)avviare un dialogo: solo così diviene possibile raggiungere un accordo che soddisfi gli interessi di tutti i soggetti coinvolti e migliori i rapporti tra loro. In questo modo si pone realmente fine al conflitto anziché farlo divenire solo latente, come accade spesso nel processo, ove lo sconfitto avverte un desiderio di rivalsa che, se le interazioni con l'altra parte proseguono, rende più probabili ulteriori liti.

Perché il dialogo inizi e dia buoni frutti è necessario che le parti accettino di “sedersi al tavolo”, ossia di partecipare alla mediazione, ed è preferibile che lo facciano personalmente e non per il tramite di un rappresentante³⁰. Il d.lgs. 28/2010, tuttavia, dopo la riforma del 2013 prevede che nel corso del primo incontro il mediatore illustri le caratteristiche e la funzione del procedimento e quindi chieda di “esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione” (art. 8). L'art. 5, comma 2 *bis*, del decreto, afferma nel contempo che nella mediazione obbligatoria “la condizione [di procedibilità] si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo”.

Sul significato da attribuire alla regola contenuta all'art. 5 gli interpreti sono divisi. Alcuni interpreti³¹ e la stessa Corte di cassazione³² reputano sufficiente la partecipazione alla fase informativa citata poc'anzi: il rifiuto di andare oltre, cui ovviamente consegue il mancato accordo, soddisfa la condizione di procedibilità.

Numerosi giudici di merito³³ ritengono invece necessario che la parte onerata accetti di proseguire, sostenendo che la condizione di procedibilità non è soddisfatta qualora venga rifiutata la “mediazione effettiva”. Questo orientamento viene adottato con maggiore frequenza per la mediazione demandata dal giudice³⁴, nonostante nel testo della legge non vengano esplicitate differenze tra le varie ipotesi di obbligatorietà: tanto il comma 1 *bis* (mediazione obbligatoria per materia) quanto il comma 2 dell'art. 5 impongono infatti genericamente di esperire il procedimento.

L'art. 8 del d.lgs. 28/2010 prevede poi due sanzioni a carico di chi non partecipa alla mediazione senza giustificato motivo: il giudice può trarre argomenti di prova e, se la mediazione è obbligatoria, deve condannare la parte costituita al pagamento a favore dello Stato di una somma pari al contributo unificato. Viene tuttavia sanzionata la vera e propria assenza, non il rifiuto della mediazione effettiva³⁵.

Le sanzioni per la mancata partecipazione ingiustificata, inoltre, sono scarsamente efficaci. La prima, che consente di trarre argomenti di prova, è apparsa da subito di difficile applicazione³⁶. Non si vede infatti come il giudice possa ricavare dall'assenza di una parte elementi di convincimento tendenti ad escludere la fondatezza delle sue pretese nel merito, poiché questa è la funzione degli argomenti di prova.

³⁰ V. per tutti la relazione della commissione Alpa, pag. 30.

³¹ 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 *Riv. dir. proc.*, 2015, 565; Benigni, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*, in *Giur. it.*, 2015, 643 e segg.; Dalfino, “*Primo incontro*”, *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, in *Foro it.*, 2019, I, 3261.

³² Cass., 27 marzo 2019, n. 8473, in *Foro it.*, 2019, I, 3250, in *Giur. it.*, 2019, 2128 con nota di Luiso, *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, in *Quest. giust.*, 18 aprile 2019, con nota di Giovannucci, *La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*, in *Judicium*, 2019, con nota di Lucarelli, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro* e in *Riv. dir. proc.*, 2020, 434, con nota di Melucco, *Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento della condizione di procedibilità nella mediazione*. La corte, tuttavia, si sofferma sulla questione indicata nel testo solo *obiter*, in quanto la decisione si fonda unicamente sulla possibilità di partecipare alla mediazione per mezzo di un rappresentante, argomento che verrà approfondito nel prossimo paragrafo.

Nello stesso senso, in seguito, Trib. Milano, 3 maggio 2019, in *altalex.com*.

³³ In tal senso numerosi precedenti del Trib. Firenze, a partire dal 17 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, 641 ed inoltre Trib. Palermo, 16 luglio 2014, *ibidem*; Trib. Bologna, 16 ottobre 2014, in *avvocati.rimini.it*; Trib. Siracusa, 17 gennaio 2015, in *adrintesa.it*; Trib. Roma, 19 febbraio 2015, *ibidem*; Trib. Pavia, 9 marzo 2015, in *Contratti*, 2015, 504; Trib. Milano, 7 maggio 2015, in *adrintesa.it*; Trib. Vasto, 23 aprile 2016, in *mondoadr.it*. I giudici fiorentini hanno ribadito la propria posizione anche dopo la sentenza della Cassazione citata nella precedente nota, v. Trib. Firenze, 8 maggio 2019, in *Guida dir.*, 2019, 28, 40; dello stesso avviso anche Trib. Roma, 27 giugno 2019, in *altalex.com*.

³⁴ Per le argomentazioni a sostegno della tesi segnalata nel testo rinvio a Trib. Firenze, 17 marzo 2014 cit.

³⁵ Fanelli, “*Interferenze*” *ancor più qualificate tra mediazione e processo dopo il c.d. “decreto del fare” e la legge n. 98/2013*, in *Judicium*, 2013, §7; Dalfino, *Mediazione cit.*, 386.

³⁶ Balena, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 346; Dalfino, *Mediazione cit.*, 387 e segg.



La condanna al pagamento di una somma pari al contributo unificato risponde invece ad una logica lineare, ma è di entità tutto sommato modesta³⁷.

Le proposte di riforma avanzate negli ultimi anni hanno cercato in vario modo di accrescere la partecipazione alla mediazione. La commissione Alpa aveva proposto di imporre esplicitamente lo svolgimento della mediazione effettiva al fine di soddisfare la condizione di procedibilità³⁸, stabilendo che alla fase informativa seguisse l'inizio della trattativa senza soluzione di continuità.

La legge delega, recependo le proposte della commissione Luiso, adotta invece una diversa linea d'azione, prevedendo di "riordinare le disposizioni concernenti lo svolgimento della procedura di mediazione nel senso di favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse, regolando le conseguenze della mancata partecipazione" (comma 4, lettera e).

Le conseguenze in questione, a mio parere, non possono riguardare l'avveramento della condizione di procedibilità per svariate ragioni:

- la norma fa riferimento allo svolgimento della procedura e non alla sua obbligatorietà;
- la legge delega non consente di sopprimere la facoltà delle parti, al termine della fase informativa del primo incontro, di esprimersi sull'avvio della mediazione vera e propria;
- nel contempo, il comma 4, lettera c, prevede per le nuove materie soggette alla condizione di procedibilità che quest'ultima si considera avverata se il primo incontro si conclude senza accordo;
- infine, come si è ricordato in precedenza, per l'opposizione a decreto ingiuntivo il comma 4, lettera d, lega chiaramente alla presentazione della domanda e non allo svolgimento della mediazione effettiva la soddisfazione della condizione di procedibilità.

Il comma 4, lettera e, consente quindi unicamente una revisione delle sanzioni - eufemisticamente definite "conseguenze" - per la mancata partecipazione oggi contenute all'art. 8 del d.lgs. 28/2010 e non il modo di soddisfare la condizione di procedibilità.

La legge non dice come debba avvenire il riordino, limitandosi a chiarire che vanno favorite la partecipazione personale - argomento di cui mi occuperò nel prossimo paragrafo - e "l'effettivo confronto sulle questioni controverse", ossia la mediazione effettiva. Sotto questo profilo, la differenza rispetto alla disciplina attuale è sensibile: come detto poc'anzi, oggi viene sanzionata solo l'assenza *tout court*, in futuro comporterà conseguenze negative anche il rifiuto ingiustificato di andare oltre la fase informativa del primo incontro.

La scelta compiuta nella legge delega mi pare condivisibile, a condizione che le future sanzioni possiedano un'adeguata efficacia deterrente. Così facendo, infatti, non si incide sulla condizione di procedibilità, correndo il rischio di porsi in rotta di collisione tanto con la tutela costituzionale del diritto d'azione quanto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di costi degli ADR obbligatori, ma si può comunque orientare il comportamento delle parti colpendo l'atteggiamento di chiusura verso la mediazione effettiva che possieda anche una caratteristica ulteriore: l'essere irragionevole.

A venire sanzionata sarà dunque la mancata partecipazione alla mediazione effettiva priva di un giustificato motivo. La conservazione di una simile regola elastica, oggi contenuta nell'art. 8 del d.lgs. 28/2010, appare inevitabile, non essendo possibile tipizzare le ragioni che rendono condivisibile il rifiuto di partecipare. È auspicabile che il giudice effettui al riguardo un attento controllo, in particolare escludendo che per rifiutare la mediazione sia sufficiente la convinzione, anche esatta, di avere ragione. Un simile atteggiamento si fonda infatti sulla considerazione del processo come unico strumento per risolvere le controversie e sul rifiuto a priori degli ADR: una visione respinta dallo stesso

³⁷ Bove, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *Società*, 2012, 304 e segg.; Dalfino, *Mediazione cit.*, 389.

³⁸ Cfr. artt. 5 e 8. Imporre la mediazione effettiva comporta un significativo aumento di costi, ma, come si ricorderà, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia gli strumenti di ADR obbligatori devono presentare un costo "non ingente". La commissione Alpa aveva pertanto proposto di modificare anche l'art. 17, comma 5 *ter*, del d.lgs. 28/2010, prevedendo un'indennità ridotta, legata al valore della lite ma in ogni caso non superiore a 200 €. Questa soluzione tuttavia, a mio avviso, oggi sarebbe difficilmente in grado di contenere a sufficienza i costi della mediazione obbligatoria, alla luce del compenso cui ha diritto l'avvocato per la partecipazione alla fase di trattativa in base ai venti parametri forensi.



legislatore in provvedimenti come il d.lgs. 28/2010. Chi ritiene di essere nel giusto, semmai, ha buone ragioni per respingere una proposta troppo esigua, non per rifiutare di accostarsi ad un procedimento conciliativo.

Quanto alla natura delle sanzioni, auspico che il legislatore delegato riveda profondamente le scelte compiute dai redattori dell'art. 8, d.lgs. 28/2010.

La possibilità di trarre argomenti di prova è sostanzialmente inutile e andrebbe abolita. Meglio sarebbe invece - accanto alla condanna al pagamento di una somma pari al contributo unificato o un suo multiplo³⁹ - prevedere specifiche conseguenze sul riparto delle spese processuali. Al riguardo tuttavia occorrono regole chiare, dal funzionamento prevedibile: se viene lasciata discrezionalità al giudice, chi intende rifiutare la mediazione ben difficilmente modificherà il suo comportamento. Oltre a sperare di persuadere il magistrato dell'esistenza di un giustificato motivo, la parte confiderà infatti sulla forza di trascinarsi, quantomeno sul piano psicologico, dell'aver ragione (ipotizzando che il rifiuto provenga da chi confida di vincere la causa nel merito).

La soluzione preferibile è rappresentata:

- in caso di vittoria della parte assente in mediazione, dall'esclusione del rimborso delle spese;
- in caso di sconfitta, dall'applicazione dell'art. 96, comma 3, c.p.c.

Le regole appena ipotizzate non si spingono alla condanna alle spese del vittorioso, che la legge delega non prevede espressamente e, alla luce della giurisprudenza costituzionale in casi analoghi⁴⁰, non è consigliabile introdurre. Credo inoltre che esse abbiano il pregio di risultare applicabili tanto all'attore quanto al convenuto, evitando lo sbilanciamento a favore del secondo presente, ad esempio, nell'art. 91, comma 1, c.p.c.⁴¹.

Segue: la possibilità di nominare un rappresentante

Un'ulteriore linea di intervento riguarderà la possibilità di partecipare alla mediazione per mezzo di un rappresentante. Come si ricorderà, la Cassazione⁴² nel 2019 ha preso posizione sull'argomento, affermando che la presenza personale della parte è auspicabile, ma non imposta dalla legge, pertanto i contendenti possono rilasciare una procura a chiunque, compreso l'avvocato che li assiste, purché con essa venga conferita la rappresentanza sostanziale, il potere di disporre del diritto controverso. La procura, inoltre, non può essere autenticata dal difensore, poiché egli dispone solo del potere di attestare la provenienza della firma in calce alla procura alle liti. Il d.lgs. 28/2010 tuttavia non detta al riguardo alcun requisito formale⁴³, né i giudici di legittimità hanno chiarito se e per quale ragione occorra, ad esempio, una scrittura privata autenticata. Nel silenzio della legge, quindi, la procura deve avere la stessa forma prevista per l'accordo che si deve concludere (art. 1392 c.c.), ossia quella scritta (art. 11, d.lgs. 28/2010)⁴⁴.

La pronuncia della suprema corte, pur essendo a mio avviso condivisibile⁴⁵, ha messo in luce come il d.lgs. 28/2010 non assicuri con sufficiente forza - anzi, non assicuri affatto - la partecipazione personale delle parti, il che riduce l'efficacia conciliativa dell'istituto, fondato sulla riapertura del dialogo, di un canale di comunicazione tra le parti.

³⁹ La commissione Alpa aveva proposto di innalzare la sanzione, prevedendo un minimo pari al contributo unificato e un massimo del triplo (v. proposte di modifica dell'art. 8, d.lgs. 28/2010).

⁴⁰ V. da ultimo Corte cost., 19 aprile 2018, n. 77, in *Foro it.*, 2019, I, 97, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 257, con nota di Di Grazia e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1636, con nota di Nascosì; Id., 11 dicembre 2020, n. 268, in *Giur. it.*, 2021, 2103, con nota di Novella.

⁴¹ Sull'art. 91, comma 1, c.p.c., come modificato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, v. per tutti Cordopatri, *Un principio in crisi: victus victori*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 265; Giorgetti, *Art. 91 c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, Torino, 2009, 48; Menchini, *Art. 91 c.p.c.*, in *La riforma della giustizia civile*, a cura di Balena, Caponi, Chizzini e Menchini, Torino, 2009, 24; Passanante, *Il nuovo regime delle spese processuali*, in *Il processo civile riformato*, a cura di Taruffo, Bologna, 2010, 228.

⁴² Cass., 27 marzo 2019, n. 8473 cit. La tesi fatta propria dalla Cassazione in precedenza era stata sostenuta da Trib. Cassino, 3 aprile 2017, in *101mediatori.it*; Trib. Verona, 11 maggio 2017, in *altalex.com*.

⁴³ La necessità dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata è invece sancita per il tentativo di conciliazione giudiziale dall'art. 185 c.p.c., che tuttavia conferisce esplicitamente anche al difensore il potere di autentica.

⁴⁴ Luiso, *La mediazione cit.*, 2133.

⁴⁵ Nello stesso senso Luiso, *La mediazione cit.*, 2132 e seg.; Dalfino, *Primo incontro cit.*, 3260. Parte della giurisprudenza di merito non condivide invece la soluzione della Cassazione: v. Trib. Firenze, 8 maggio 2019, in *admotariato.org* e Trib. Roma, 27 giugno 2019, in *altalex.com*. In precedenza Trib. Firenze, 26 novembre 2014, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 588, con nota di Raiti, *Il primo incontro di mediazione e condizione di procedibilità*



La commissione Luiso prima e il Parlamento poi⁴⁶ hanno ritenuto necessario intervenire: il comma 4, lettera f, della legge delega consente di nominare un rappresentante munito dei poteri per conciliare solo in presenza di giustificati motivi e purché questi sia a conoscenza dei fatti. La norma prosegue stabilendo che anche le persone giuridiche e gli enti devono partecipare mediante rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e in grado di concludere l'accordo. Un primo ordine di problemi suscitato dalla norma concerne la nozione di giustificato motivo. È evidente la necessità di una norma elastica, non essendo possibile tipizzare le ragioni che rendono condivisibile la scelta di nominare un rappresentante. Mi auguro che, sia pur senza eccedere nel rigore, questa nozione non venga estesa oltre misura, in particolare considerando giustificato motivo la convinzione di non essere in grado di affrontare la trattativa per mancanza delle necessarie conoscenze tecniche (a questi fini è possibile farsi assistere dall'avvocato, non sostituire). La verifica della sussistenza dei giustificati motivi, a mio avviso, spetta unicamente al giudice: l'organismo e il mediatore non possono interrompere la mediazione qualora ritengano ingiustificata la presenza del rappresentante, anche perché in questo modo la mancata conciliazione da rischio diviene certezza. Semmai è possibile ricordare all'interessato quanto prevede la legge e invitarlo a valutare attentamente con il rappresentato l'opportunità di procedere in questo modo.

Il giudice dovrà prendere in esame le ragioni che hanno indotto a rilasciare la procura e, qualora né l'interessato le chiarisca, né risultino dagli atti, ritenerle insussistenti. In altri termini, la parte rappresentata ha l'onere di dimostrare l'esistenza dei giustificati motivi.

Quid iuris se i motivi non sono giustificati? La legge delega non prende posizione. Di certo non si può ipotizzare che venga meno il potere rappresentativo: la norma vuole accrescere la partecipazione personale delle parti per facilitare la conciliazione, sarebbe quindi illogico far discendere dalla nomina "immotivata" di un rappresentante l'inefficacia dell'accordo. Appare dunque verosimile che, se l'accordo non è raggiunto, la parte rappresentata venga equiparata a quella assente e sanzionata di conseguenza: d'altro canto il comma 4, lettera e, della legge delega, come si ricorderà, menziona il riordino delle conseguenze della mancata partecipazione nell'ottica di favorire la "partecipazione personale delle parti". Una presa di posizione sul punto ad opera del futuro decreto delegato, in ogni caso, è auspicabile.

Le conseguenze appena ipotizzate dovrebbero prodursi anche nei confronti della persona giuridica rappresentata in mediazione da soggetti non a conoscenza dei fatti.

La legge delega mira infine a favorire la partecipazione delle parti recependo nel d.lgs. 28/2010 la "mediazione online", che si è sviluppata nel corso della pandemia e ha riscosso un notevole successo⁴⁷, rivelandosi uno strumento utile anche dopo il ritorno alla normalità. Lo svolgimento del procedimento a distanza al momento continua ad essere possibile ai sensi dell'art. 83, comma 20 *bis*, d.l. 18 marzo 2010, n. 18; il legislatore delegato si limiterebbe quindi a collocare la disciplina al di fuori della legislazione emergenziale, stabilizzandola.

Il comma 4, lettera p, della l. 206/2021, come già il d.l. 18 marzo 2020, n. 18, prevede che i mezzi telematici ed i collegamenti da remoto siano ammessi solo con l'accordo delle parti. Non sono invece menzionate le altre regole contenute nel d.l. 18/2020, in particolare quelle concernenti l'impiego della firma digitale, la possibilità per l'avvocato di attestare l'autografia della sottoscrizione del verbale e dell'accordo di conciliazione da parte del proprio cliente e la

della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2 bis, d.leg. 4 marzo 2010, n. 28, e in *Giur. it.*, 2015, 641, con nota di Benigni, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*.

⁴⁶ La proposta di ammettere la nomina di un rappresentante solo per giustificati motivi era stata avanzata anche dalla commissione Alpa, che aveva proposto di riformulare l'art. 8 del d.lgs. 28/2010 come segue: "Le parti devono essere presenti di persona oppure, per giustificati motivi, tramite un rappresentante diverso dall'avvocato che le assiste in mediazione. Il rappresentante deve essere a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia. Per le persone giuridiche è richiesta la partecipazione tramite un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia". Nella legge delega non è stata recepita l'idea di vietare il conferimento del potere rappresentativo all'avvocato.

⁴⁷ Secondo le statistiche della Camera arbitrale di Milano, nel 2020 il 90% delle mediazioni si è svolta a distanza: v. <https://www.camera-arbitrale.it/it/mediazione/statistiche-mediazione.php?id=405>. Le potenzialità di questo strumento, in ogni caso, erano state messe in luce anche in precedenza: v. ad es. Lombardi, *La mediazione nell'epoca della comunicazione sul web*, in *Mediazione e progresso*, a cura di Lucarelli e Conte, Milanofiori Assago, 2012, 362 e segg.



notificazione dell'accordo. La commissione Luiso aveva invece proposto di inserire norme al riguardo e una semplificazione ulteriore rispetto a quanto previsto dal d.l. 18/2020 (§ III.7).

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

Regole volte a favorire partecipazione e conciliazione del condominio...

La mediazione delle controversie condominiali⁴⁸ presenta da sempre alcune criticità, a fronte delle quali il legislatore ha condivisibilmente scelto di intervenire.

In primo luogo l'art. 71 *quater* disp. att. c.c. afferma che legittimato a partecipare alla mediazione è l'amministratore, "previa delibera assembleare da assumere con la maggioranza di cui all'art. 1136, secondo comma, c.c."⁴⁹. I tempi di convocazione dell'assemblea potrebbero imporre il rinvio del primo incontro⁵⁰ - con il conseguente incremento della durata del procedimento e il rischio che esso non riesca a concludersi entro i tre mesi previsti dall'art. 6, d.lgs. 28/2010 - e, soprattutto, la necessità di interpellare preventivamente i condomini consente di adottare una linea ostruzionista a priori, che preclude l'avvio del dialogo con la controparte.

La legge delega prevede che venga riconosciuta la legittimazione *iure proprio* dell'amministratore a dare avvio e a partecipare alla mediazione, senza consultare il condominio. In questo modo il rispetto delle regole contenute nel d.lgs. 28/2010 diviene altamente probabile: l'amministratore sarà solerte, essendo responsabile nei confronti dei condomini sia per il mancato avvio del procedimento (ossia per la dilazione conseguente al rilievo dell'omissione ed eventualmente anche per l'improcedibilità della domanda dichiarata in seconda battuta dal giudice), sia per la mancata partecipazione allo stesso, cui, come abbiamo visto, consegue l'irrogazione di sanzioni.

Il comma 4, lettera h, della legge delega afferma inoltre che l'accordo e la proposta del mediatore vanno sottoposti all'assemblea per l'approvazione "con le maggioranze previste dall'articolo 1136 del codice civile". L'art. 71 *quater* disp. att. c.c. prevede invece che la proposta debba essere approvata "con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma".

Una prima differenza riguarda la menzione non solo della proposta, ma anche dell'accordo ed è figlia della maggiore autonomia riconosciuta all'amministratore. Questi può non solo partecipare alla mediazione, ma anche concordare con la controparte il contenuto dell'ipotetico accordo, che verrà sottoposto all'assemblea non come semplice offerta dell'altra parte, bensì come ipotesi di conciliazione ritenuta meritevole di approvazione dall'amministratore. Se l'assemblea non approva, l'accordo, com'è ovvio, si considera non concluso. Quanto alla proposta, la legge delega specifica che essa proviene dal mediatore. Con ciò credo si sia voluto evitare che l'amministratore rifiuti il coinvolgimento nella trattativa: egli non può limitarsi a prendere atto di quanto l'altra parte propone, impegnandosi a riferire ai condomini, deve prendere posizione. Se l'amministratore trova l'offerta accettabile, all'assemblea verrà sottoposto un accordo; in caso contrario l'accordo non è raggiunto e il mediatore potrà formulare una propria proposta.

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

⁴⁸ La nozione di controversie condominiali è data dall'art. 71 *quater* disp. att. c.c.

⁴⁹ L'amministratore privo della necessaria delibera assembleare attualmente non può neppure dare avvio al procedimento di mediazione per soddisfare la condizione di procedibilità: Cass., 8 giugno 2020, n. 10846.

⁵⁰ La necessità di rinviare il primo incontro per consentire la convocazione dell'assemblea è espressamente prevista al comma 4 dell'art. 71 *quater* disp. att. c.c.



... e della pubblica amministrazione

Le pubbliche amministrazioni sovente non partecipano al procedimento di mediazione a causa di un atteggiamento “difensivo” dei funzionari, timorosi di incorrere in responsabilità erariale⁵¹. Il rischio, in verità, potrebbe sussistere solo in caso di accordo, ma i funzionari non prendono neppure in considerazione l’eventualità di conciliare e pertanto trovano inutile presentarsi.

L’assenza della pubblica amministrazione è stata talora - a mio avviso giustamente - sanzionata dalla giurisprudenza ai sensi dell’art. 8, d.lgs. 28/2010⁵², tuttavia si avverte l’esigenza di nuove regole che favoriscano la partecipazione alla mediazione dei funzionari pubblici. A tale proposito la l. 206/2021, recependo i suggerimenti non solo della commissione Luiso (§ III.8), ma anche della commissione Alpa⁵³, delega il Governo ad introdurre uno “scudo erariale” per i rappresentanti delle amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 che riecheggia la norma in tema di responsabilità dei magistrati contenuta nella legge Vassalli. La conciliazione non sarà infatti fonte di responsabilità “salvo il caso in cui sussista dolo⁵⁴ o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti”.

Di certo questa esenzione faciliterà la partecipazione delle pubbliche amministrazioni alla mediazione, ma credo che la ritrosia di queste ultime verrà definitivamente superata solo quando sarà chiarito - ad esempio tramite un’apposita circolare - che non solo i rischi connessi alla conciliazione sono ridotti, ma anzi la scelta di non presentarsi espone l’ente a sanzioni e, qualora il giudice irrogasse una condanna qualificando come ingiustificata l’assenza, il funzionario sarebbe esposto al serio rischio di incorrere in responsabilità erariale.

La “consulenza tecnica” in mediazione

L’art. 8 del d.lgs. 28/2010 consente al mediatore, in caso di necessità, di “avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali”⁵⁵. La norma non impone di ricorrere all’esperto esclusivamente per risolvere una questione non giuridica, quindi il suo ausilio potrebbe essere chiesto anche, ad esempio, al fine di definire meglio i dettagli dell’accordo: si pensi ai comproprietari di un fabbricato intenzionati ad individuare il miglior modo per dividerlo in natura. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, egli sarà chiamato a svolgere una funzione analoga a quella del consulente tecnico d’ufficio nel processo e il legislatore ne è ben consapevole, tanto da aver inserito il riferimento agli albi istituiti presso i tribunali.

⁵¹ Nella relazione della commissione Luiso, § III.8, si evidenzia che il comportamento descritto nel testo viene giustificato sul piano formale facendo appello alla circolare 10 agosto 2012, n. 9, del Dipartimento della funzione pubblica. In tale circolare, tuttavia, si afferma unicamente che l’amministrazione “procede alla valutazione in concreto sulla convenienza a partecipare al procedimento di mediazione” e non si prescrive né si consiglia la mancata partecipazione generalizzata, anzi si rammentano le sanzioni a carico di chi non si presenta senza giustificato motivo.

⁵² V. ad es. Trib. Roma, 25 maggio 2020, in *adrprogestitalia.com*. Il provvedimento ritiene possibile fondare sull’assenza in mediazione anche la condanna *ex art. 96*, comma 3, c.p.c., tesi non condivisibile in quanto il comportamento in questione non può essere considerato di per sé indicativo di mala fede o colpa del soccombente.

⁵³ La proposta formulata in questo ambito dalla commissione Alpa era ancor più incisiva: non solo prevedeva lo scudo erariale, ma imponeva anche la partecipazione della pubblica amministrazione, sia pur senza comminare specifiche sanzioni: “È obbligo per le amministrazioni pubbliche [...] di partecipare alla mediazione assistiti dalla propria avvocatura, ove presente” (modifica dell’art. 8, d.lgs. 28/2010).

⁵⁴ L’art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato nel 2020, trova applicazione anche nella nostra materia, pertanto per ravvisare una responsabilità per dolo occorre che sia provata la volontà dell’evento dannoso. Ritengo inoltre che operi lo scudo erariale “temporaneo” di cui all’art. 21, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, previsto per i fatti compiuti dal 17 luglio 2020 al 30 giugno 2023 (in origine la scadenza era fissata al 31 luglio 2021). A tale riguardo tuttavia è opportuno ricordare che lo scudo limita la responsabilità nei soli casi in cui il danno è stato provocato mediante una condotta attiva, non anche per omissione o inerzia, come accade qualora l’ente sopporti maggiori costi o divenga destinatario di sanzioni a fronte del rifiuto di partecipare alla mediazione.

⁵⁵ Dalfino, *Mediazione cit.*, 399 e segg.



L'esperto nella gran parte dei casi illustra le conclusioni cui è giunto in una relazione. Attualmente la possibilità che quest'ultima venga prodotta nel successivo giudizio viene tuttavia generalmente esclusa alla luce dell'inutilizzabilità sancita all'art. 10 del d.lgs. 28/2010, mentre è discussa la possibilità di farne uso sulla base di un accordo, anche preventivo, intervenuto tra le parti⁵⁶. Questa regola scoraggia il ricorso al parere dell'esperto, poiché le parti sono consapevoli che, se l'accordo non sarà raggiunto, il giudice dovrà disporre *ex novo* una consulenza tecnica, con una sostanziale duplicazione di costi⁵⁷.

Prima di procedere oltre è opportuno sottolineare che l'art. 8 del d.lgs. 28/2010 non richiede l'assenso delle parti alla nomina dell'esperto: il mediatore, a rigore, può provvedere autonomamente, al pari del giudice. In concreto ciò accade perché se entrambi i contendenti non desiderano la nomina dell'esperto, la reazione ad un "colpo di mano" del mediatore sarebbe verosimilmente l'abbandono del procedimento da parte di entrambi. Nondimeno, a mio avviso, sarebbe stato preferibile cogliere l'occasione per stabilire che almeno uno dei contendenti deve approvare la scelta di avvalersi di un esperto⁵⁸.

La legge delega, al comma 4, lettera i, tenta di mitigare l'inconveniente appena descritto: rendendo possibile la produzione in giudizio della relazione si cerca di favorire la scelta di ricorrere alla "consulenza tecnica in mediazione". Affinché la relazione sia producibile occorre il consenso delle parti, da esprimere al momento della nomina dell'esperto, dunque prima di conoscere il parere di questi, per ovvie ragioni. La l. 206/2021 non prende posizione in merito alla forma di tale accordo, ma è evidente la necessità che esso risulti da un documento, anch'esso producibile in giudizio. Le parti potranno quindi sottoscrivere un'apposita intesa, oppure il verbale che dà conto del loro assenso. Un interrogativo di maggiore portata concerne la necessità che la rinuncia alla riservatezza provenga anche dalla parte assente in mediazione. Sul punto, per prevenire contrasti interpretativi, è opportuno che il legislatore delegato prenda posizione, auspico in senso negativo. Chi ha deciso di non partecipare al procedimento, infatti, non può pretendere che gli atti di quest'ultimo restino riservati. Una conferma in tal senso si ricava dall'art. 10 del d.lgs. 28/2010, che, come detto, attualmente è d'ostacolo alla produzione della relazione: le informazioni acquisite nella mediazione sono inutilizzabili "salvo il consenso della parte dalla quale provengono", ma l'assente non fornisce alcuna informazione, dunque la sua autorizzazione non può essere necessaria. La stessa conclusione deve valere nel nostro caso, caratterizzato da *eadem ratio*: alla riservatezza della relazione hanno interesse solo le parti presenti, che possono interagire con e fornire informazioni all'esperto.

Veniamo ora all'efficacia probatoria della relazione. La l. 206/2021 ne sancisce la libera valutabilità. La proposta della commissione Luiso tentava invece di prevenire in modo più incisivo il rischio di duplicazione di costi, prevedendo che restasse fermo "il potere del giudice in ordine alla sua valutazione [della relazione], all'eventuale rinnovo del giuramento, all'integrazione dei quesiti". Non essendo menzionata la sostituzione del CTU, appariva chiaro che l'incarico di consulente tecnico avrebbe dovuto essere affidato di regola a chi aveva già ricoperto il ruolo di esperto in mediazione, al fine di ottenere una sorta di supplemento di perizia. Il testo approvato dal Parlamento lascia invece maggiore libertà al giudice, riducendo la portata della riforma.

⁵⁶ Tiscini, *op. cit.*, 67; Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in *Judicium*, 2011, §4; D'Alessandro, *Inutilizzabilità ex lege delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione ed accordi processuali sulla prova: convivenza possibile?*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 1046 e segg.; Dalfino, *Mediazione cit.*, 426; Ferraris, *Mediazione civile e giurisprudenza: storia di un rapporto controverso*, in *Contr.*, 2017, 709 e segg.

⁵⁷ V. relazione della commissione Luiso, § III.7.

⁵⁸ Non sarebbe stato invece opportuno richiedere il consenso di entrambe le parti, poiché questo requisito avrebbe reso possibili condotte ostruzionistiche.



Con la previsione della sola libera valutabilità invece, a mio avviso, si è voluto sottolineare che il giudice non è solo libero di discostarsi dal parere dell'esperto - com'è ovvio - ma può anche disporre senza vincoli *ex novo* una consulenza tecnica e designare quale CTU un soggetto diverso dall'esperto⁵⁹. Non trova applicazione l'art. 196 c.p.c.⁶⁰.

L'interpretazione appena suggerita è avvalorata da quanto prevede per l'istruzione stragiudiziale svolta all'interno della negoziazione assistita la successiva lettera t, n. 3 del comma 4: possono essere acquisite dichiarazioni di terzi (l'equivalente di una testimonianza) utilizzabili nel successivo giudizio, ma "fatta salva la possibilità per il giudice di disporre la rinnovazione" delle prove.

La menzione della libera valutabilità denota inoltre l'intenzione del legislatore delegante di considerare la relazione dell'esperto come mezzo di prova in senso proprio, facendo tornare alla memoria l'assetto che la perizia aveva nel codice del 1865. Credo quindi che, se la delega verrà attuata in questi stessi termini, la relazione dell'esperto potrà essere utilizzata anche per l'accertamento dei fatti - e fondare da sola la decisione, al pari delle altre prove libere - nella stessa misura in cui è ammesso il ricorso alla consulenza tecnica c.d. percipiente⁶¹.

La mediazione demandata dal giudice

La mediazione demandata (o delegata, o disposta) dal giudice⁶² nasce come facoltativa nell'impianto originario del d.lgs. 28/2010. Sopravvissuta per questo alla declaratoria di incostituzionalità del 2012⁶³, con il "decreto del fare" viene rivista e resa anch'essa obbligatoria. L'art. 5, comma 2, del decreto oggi consente al giudice di primo grado e d'appello di "disporre l'esperimento del procedimento di mediazione" alla luce di una pluralità di fattori: la natura della lite, lo stato dell'istruzione, la condotta delle parti. Il provvedimento fa sorgere la condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

I dati raccolti dal Ministero della giustizia⁶⁴ mostrano che nei casi in cui il giudice ordina di ricorrere alla mediazione non perché non è stata assolta la condizione di procedibilità prevista per materia dall'art. 5, comma 1 *bis*, del d.lgs. 28/2010, bensì sulla base di una sua valutazione discrezionale il tasso di accordo è più elevato. Esiti analoghi emergono dai resoconti dei progetti realizzati presso alcuni tribunali con l'ausilio del laboratorio di mediazione "Un altro modo"⁶⁵ delle università di Firenze, Siena e Pisa. Le ragioni di questa differenza vanno con ogni probabilità ricercate nella sinergia tra l'autorevolezza del giudice, che persuade le parti sull'utilità in concreto di avviare una trattativa, e la professionalità del mediatore.

La mediazione demandata, tuttavia, non è diffusa in modo uniforme sul territorio nazionale, anzi viene utilizzata "a macchia di leopardo", principalmente nelle sedi ove sono attivi specifici progetti o magistrati molto attenti allo sviluppo dell'istituto. Appare ragionevole quindi la scelta del Parlamento di incentivarne l'impiego agendo su quattro versanti:

⁵⁹ L'art. 63 c.p.c. richiama le ipotesi di astensione obbligatoria, con conseguente facoltà di ricasazione, previste all'art. 51 c.p.c. In particolare, con riferimento al n. 4 di quest'ultima norma, la giurisprudenza ha affermato in un precedente ormai piuttosto remoto che il consulente tecnico è tenuto ad astenersi qualora abbia già prestato assistenza in tale veste in un altro grado del processo (Cass., 22 aprile 1994, n. 3835). Una sentenza più recente sostiene invece che il giudice può ricorrere allo stesso consulente tecnico nella fase cautelare e nel giudizio di cognizione (Cass., 16 maggio 2011, n. 13827) e l'ipotesi presa in esame nel testo appare più facilmente riconducibile a questa fattispecie.

⁶⁰ V., per tutti, Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 894.

⁶¹ Sul punto si fa nuovamente riferimento a Comoglio, *op. cit.*, 842 e segg., con ampi richiami di dottrina e giurisprudenza.

⁶² Dalfino, *Mediazione cit.*, 310 e segg.

⁶³ Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, edita in numerose riviste tra cui *Giur. it.*, 2013, 605, con nota di Besso, *La Corte costituzionale e la mediazione*.

⁶⁴ <https://webstat.giustizia.it/> - Nel momento in cui scrivo i dati più aggiornati sono quelli al 30 settembre 2021, dai quali risulta che la mediazione demandata discrezionalmente dal giudice ha un tasso di accordo del 25% (39% se si considerano solo i casi in cui le parti accettano di andare oltre il primo incontro). Se invece il giudice rileva che non è stata soddisfatta la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 per materia, il tasso di accordo scende al 15% (31% se si supera lo scoglio del primo incontro).

⁶⁵ <https://www.unaltromodo.org/category/news/>



- collaborazione tra uffici giudiziari, università, organismi di mediazione, avvocatura e altri enti e associazioni professionali finalizzata alla formazione degli operatori, al monitoraggio delle esperienze e al tracciamento dei provvedimenti che demandano la mediazione⁶⁶;
- predisposizione di percorsi formativi specifici dedicati ai magistrati;
- valorizzazione al fine della valutazione di carriera dei magistrati della partecipazione a questa formazione e della definizione delle liti a seguito di mediazione o conciliazione ottenuta in altra sede (comma 4, lettera o, della legge delega);
- supporto dell'ufficio per il processo, che coadiuva il giudice nella valutazione dei presupposti di mediabilità (comma 18, lettera b, n.1).

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

L'incidenza delle conciliazioni - in mediazione e fuori di essa - sulla carriera dei magistrati offre un riscontro ulteriore, se ve ne fosse bisogno, dell'abbandono della prospettiva del processo come unico strumento di risoluzione delle liti. Il magistrato compie il suo dovere e va valutato positivamente sia che attribuisca la ragione ed il torto, sia che propizi, ove possibile, l'accordo tra le parti.

Il monitoraggio delle esperienze e il tracciamento dei provvedimenti riveste grande importanza, perché consente di rendere progressivamente più accurata la scelta delle cause adatte alla mediazione. Ritengo infatti che l'invio in mediazione non sia opportuno per tutte le liti mediabili - ossia quelle che vertono su diritti disponibili - ma solo qualora vi siano ragionevoli prospettive di conciliazione. La stessa legge delega mi sembra muoversi in questa prospettiva, facendo incidere sulla carriera del magistrato non l'invio in mediazione in quanto tale, ma la definizione della lite grazie alla mediazione demandata.

Il ricorso generalizzato alla mediazione demandata, inoltre, non farebbe che creare una *chicane* processuale di scarsa efficacia, depotenziando nel complesso la decisione del giudice: la mediazione demandata oggi è efficace in quanto il giudice fa comprendere alle parti che l'impiego della mediazione è particolarmente opportuno nella loro lite alla luce di alcune specificità e non sulla base di una valutazione astratta analoga a quella che il legislatore ha compiuto nell'individuare le materie soggette a condizione di procedibilità.

Ai fini di una selezione accurata è di grande importanza anche l'ausilio dell'ufficio per il processo, i cui componenti necessitano a propria volta di una specifica formazione. Un impatto ancora maggiore potrebbe avere in futuro l'impiego di un'intelligenza artificiale in grado di riconoscere le liti da inviare in mediazione con precisione progressivamente crescente, sempre, com'è ovvio, limitando il suo ruolo a quello di mero suggeritore, con il giudice libero di recepire o meno l'indicazione in base alla sua esperienza. Affinché tutti gli interessati possano partecipare allo sviluppo di questa tecnologia è tuttavia necessario che vengano resi pubblici i dati frutto del monitoraggio, con un livello di analiticità molto superiore a quello delle statistiche sull'andamento del contenzioso oggi disponibili⁶⁷.

Esaminando le linee d'azione prefigurate nella legge delega emerge infine una significativa esigenza di maggiore formazione di qualità: dei magistrati, degli operatori, di chi siede nell'ufficio per il processo, dei mediatori stessi (come vedremo nel prossimo paragrafo). L'università in questo campo può e deve essere protagonista⁶⁸, non solo investendo e mettendo le proprie forze a disposizione della società, ma anche assicurando che i futuri giuristi vengano formati da subito su questi temi. Ai laureandi non deve essere richiesto unicamente di conoscere il processo civile, ma anche, obbligatoriamente, gli strumenti alternativi, per la conoscenza dei quali risulta altrimenti necessario "correre ai ripari" in un momento successivo.

⁶⁶ La proposta della commissione Luiso specificava la possibilità di attivare nei tribunali protocolli con enti territoriali "sulla base di progetti già realizzati e monitorati", con la supervisione del Ministero della giustizia.

⁶⁷ La necessità di dati più accurati, di recente, è stata sottolineata anche da Nappi, *I primi dieci anni della mediazione delle controversie civili e commerciali in Italia: riflessioni e proposte*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 411 e segg.

⁶⁸ In questo senso, tra gli altri, si era espresso un decennio fa già Caponi, *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida dir.*, 2010, 12, 48 e segg., più di recente v. Nappi, *op. cit.*, 434 e segg.



Formazione dei mediatori, accreditamento e controllo degli organismi

La l. 206/2021 contiene numerose previsioni tese ad innalzare il livello qualitativo della mediazione:

- deve essere rivista la disciplina concernente la formazione e l'aggiornamento dei mediatori (comma 4, lettera l);
- vanno riformati i requisiti richiesti per costituire un organismo e iscriverlo nel registro di cui all'art. 16, d.lgs. 28/2010 (comma 4, lettera n);
- devono essere riconsiderati i requisiti di idoneità dei responsabili degli organismi e gli obblighi gravanti su questi ultimi e sui responsabili scientifici degli enti di formazione (comma 4, lettera o).

Il tema della formazione dei mediatori è da sempre oggetto di dibattito e da più parti la durata minima dei corsi a ciò deputati è stata considerata esigua⁶⁹. Al riguardo è prevista una soglia di 50 ore, ai sensi dell'art. 18, comma 2, lettera f, del d.m. 18 ottobre 2010, n. 180. È quindi comprensibile che il Parlamento abbia incluso nella delega un punto concernente la revisione della formazione iniziale e del successivo aggiornamento periodico, prevedendo che la loro durata debba essere aumentata. In attesa che il futuro decreto legislativo prenda posizione, si può osservare che in questo modo l'iter di formazione verrà regolato direttamente dalla legge e non più da un provvedimento di rango inferiore come il d.m. 180/2010: ad un incremento dello standard si accompagna un irrigidimento normativo.

La legge delega non chiarisce se debba essere introdotta una norma transitoria, ma è auspicabile che questo profilo venga attentamente disciplinato, indicando esplicitamente se i nuovi standard riguardano anche i mediatori che hanno già completato il percorso formativo iniziale e, nel caso, assegnando un congruo termine per adeguarsi. La "nuova" formazione permanente riguarderà invece, per forza di cose, tutti i mediatori.

Il comma 4, lettera l, della l. 206/2021 prosegue chiedendo di rivedere i criteri di idoneità per l'accreditamento dei formatori teorici e pratici, senza specificare come; alla luce di quanto previsto per la formazione dei mediatori, è lecito attendersi maggiore severità. Anche in questo caso è bene segnalare che i requisiti oggi sono dettagliati nel d.m. 180/2010 (art. 18) e non nel d.lgs. 28/2010.

Infine la legge delega afferma che i mediatori privi di una laurea in discipline giuridiche - l'art. 4 del d.m. 180/2010 richiede infatti una qualsiasi laurea almeno triennale o l'iscrizione a un ordine o collegio professionale - dovranno svolgere in prima battuta un adeguato percorso formativo "di approfondimento giuridico". Il corso per futuri mediatori, quindi, non dovrà essere teso a fornire conoscenze giuridiche di base, che si considerano già possedute alla luce o del percorso universitario o della formazione preliminare appena citata, bensì ad approfondire altri temi. In particolare è auspicabile che vengano affrontati gli argomenti consigliati dal CEPEJ, tra cui: teoria del conflitto, stili di mediazione, tecniche di *problem solving*, di comunicazione e di ascolto⁷⁰.

Il tenore della legge delega, a mio avviso, non esclude un intervento anche sul percorso di formazione dell'avvocato: da un lato infatti si prevede genericamente che la formazione aumenti, senza distinguere tra categorie di mediatori, dall'altro la previsione citata da ultimo rappresenta un'implicita presa d'atto dell'insufficienza della sola formazione giuridica, che può far apparire opportuno un intervento ad ampio spettro (auspicato dalla commissione Luiso, v. § III.9). Come si è giustamente osservato, "non è affatto detto che chi sia avvocato sia anche in grado di svolgere quel ruolo"⁷¹.

Veniamo ora ai requisiti degli organismi di mediazione, dei loro responsabili e dei responsabili degli enti di formazione. La l. 206/2021 ne consente la revisione finalizzata ad assicurare maggiore qualità e trasparenza del procedimento, ma non delinea in modo più dettagliato il contenuto del futuro decreto delegato. Si può ipotizzare che vengano ripresi i contenuti della proposta formulata dalla commissione Luiso, maggiormente analitica sotto due punti di vista:

⁶⁹ Pagni, *La competenza e la professionalità del mediatore nel difficile equilibrio tra autonomia negoziale e ruolo del terzo*, in *Foro it.*, 2011, V, 200 e segg.; Impagnatiello, *La mediazione civile nella cornice europea*, in *Giur. it.*, 2012, 219; Danovi, *op. cit.*, 103; Dalfino, *Mediazione cit.*, 367 e segg.

⁷⁰ V. relazione della commissione Luiso, § III.9 e linee guida CEPEJ consultabili all'indirizzo <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/mediation>

⁷¹ Dalfino, *Mediazione cit.*, 545.



- auspica la previsione di requisiti più stringenti di “solidità finanziaria, efficienza, specializzazione dell’oggetto sociale e trasparenza” degli organismi e degli enti di formazione;
- ipotizza, nel quadro di una più ampia revisione dei criteri di idoneità e degli obblighi dei responsabili di organismi ed enti di formazione, di “prevedere un numero massimo di organismi di mediazione ed enti di formazione per i quali si può svolgere detta funzione”.

Ancora una volta è opportuno considerare che i requisiti in parola sono elencati nel d.m. 180/2010 e non nel d.lgs. 28/2011.

La commissione Luiso aveva suggerito altresì di tenere conto di quanto previsto dall’art. 4 della direttiva 2008/52/CE, ove si prevede che gli Stati membri incoraggino nel modo che ritengono più appropriato l’elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, così come “qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione”.

L’impatto delle nuove regole è difficilmente prevedibile, vista la genericità della delega. Probabilmente la previsione di requisiti più stringenti favorirà gli organismi più grandi e strutturati, i quali, disponendo di maggiori risorse, sono in grado di adeguarsi più facilmente, garantendo un servizio qualitativamente migliore.

Conclusioni

La legge delega, come ho anticipato all’inizio di questo scritto, prefigura una riforma della mediazione che trovo nel complesso condivisibile. La riduzione del contenzioso non sembra infatti essere stata l’unica prospettiva presa in considerazione dal legislatore. Accanto ad un’estensione dell’obbligatorietà e all’introduzione di regole che colpiscono il rifiuto preconcetto del tentativo di risolvere stragiudizialmente la lite, sono stati previsti numerosi altri interventi tesi ad incrementare la qualità della mediazione e a far fronte ad alcune sue criticità: basti pensare alla migliore formazione per i mediatori, al controllo più penetrante sugli organismi e sui loro responsabili, alle risposte ai timori dei pubblici funzionari, alla esplicita ammissione del patrocinio a spese dello Stato e, più in generale, all’investimento di maggiori risorse.

Vi è poi l’intervento sulla mediazione demandata dal giudice, forse in assoluto il più rilevante per due ordini di ragioni. Anzitutto esso denota una piena consapevolezza che la risoluzione appropriata delle controversie non è necessariamente quella giurisdizionale, in secondo luogo offre un’importante prospettiva per il futuro.

La spinta verso l’impiego della mediazione è realmente proficua solo per le liti che hanno una ragionevole probabilità di chiudersi con una conciliazione. Sinora tuttavia, in mancanza di strumenti per individuare con precisione le dispute adatte, si è optato per un’obbligatorietà “ad ampio spettro”. Le sinergie tra giudice, mediatore, avvocato e università e l’esistenza di una struttura di supporto attualmente individuata nell’ufficio per il processo rappresentano i primi presupposti per apprendere a fare un uso più mirato della mediazione, il che può determinare l’aumento del numero complessivo di accordi. Questo passaggio è necessario poiché, se oggi si sopprimesse *sic et simpliciter* l’obbligatorietà, gli atteggiamenti preconcetti ancora assai diffusi prenderebbero il sopravvento, precludendo la conciliazione anche in molti casi in cui l’impiego del processo non rappresenta affatto la strada migliore, più razionale. Occorre quindi che nell’esercizio della delega e nell’adozione dei futuri provvedimenti attuativi si riservi la massima cura al potenziamento della mediazione demandata.