



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



L'ESPERIMENTO DEL TENTATIVO DI MEDIAZIONE EX OFFICIO IUDICIS NEL SISTEMA DEL NUOVO PROCESSO CIVILE

Il presente articolo si prefigge l'obiettivo di descrivere i recenti interventi legislativi che hanno interessato la materia delle ADR ed in particolare la mediazione civile e commerciale. Sono sinteticamente illustrate le origini del fenomeno delle ADR negli Stati Uniti, per poi focalizzarsi sullo sviluppo della mediazione nell'ordinamento italiano e soffermarsi diffusamente sul peculiare istituto della mediazione delegata di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. L'articolo, inoltre, approfondisce e mette a confronto i lavori della Commissione Alpa e della Commissione Luiso, che si sono interessate in tempi diversi dell'istituto, cercando di tracciare un filo conduttore ed individuare prospettive comuni alla luce della recente legge di riforma del processo civile.

di **Ida Virtuoso**

IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Alessio Giaquinto

Publicato, Venerdì 15 Aprile 2022



Abstract ENG

The aim of the article is to describe the recent legislative interventions that have affected the subject of ADR and in particular civil and commercial mediation. The origins of the ADR phenomenon in the United States are briefly illustrated, then the development of mediation in the Italian legal system is analyzed as well. Moreover, the legal instrument of delegated mediation, pursuant to art. 5, paragraph 2, legislative decree 4 March 2010, n. 28 is deepened. The article also examines and compares the work of the Alpa Commission and the Luiso Commission, which have been both interested in ADR methods, trying to trace a common thread and identify common perspectives in the light of the recent law of reform of the civil procedure.

Sommario: 1. Cenni sulle origini del fenomeno delle Alternative Dispute Resolution (ADR); 2. Le tipologie di mediazione disciplinate dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; 3. I nuovi orizzonti della mediazione delegata; 4. Gli indici di mediabilità.

1. Cenni sulle origini del fenomeno delle Alternative Dispute Resolution (ADR)

L'acronimo ADR (Alternative Dispute Resolution) definisce una categoria di tecniche e procedimenti quali la mediazione, la negoziazione e l'arbitrato che, attraverso la composizione stragiudiziale dei conflitti di natura contenziosa, permettono una risoluzione delle liti celere ed efficace, con la conseguente deflazione dell'eccessivo carico contenzioso dei Tribunali, a vantaggio di una maggiore qualità della funzione giudiziaria¹. La diffusione delle ADR rappresenta uno dei fenomeni giuridici più rilevanti degli ultimi decenni, con dimensione internazionale².

Le tecniche di gestione delle controversie sono semplificate sotto il profilo procedimentale e contenute dal punto di vista della durata e dei costi. Non comportano una compressione del diritto ad adire l'autorità giudiziaria ma offrono il vantaggio di realizzare una soluzione condivisa del conflitto che, depurato dalla valenza contenziosa ed avversariale, attraverso la "composizione" consente alle parti di mantenere ed anche consolidare le relazioni commerciali ed interpersonali³.

Le pratiche e i metodi di ADR presentano caratteri comuni e non si differenziano in ragione della loro appartenenza a diversi sistemi giuridici nazionali. Essi valicano i confini della territorialità, per designare uno spazio giuridico di comunicazione a confronto globale, favorito dalla estensione del mercato e della erosione delle prerogative derivanti dalle sovranità statali⁴.

Il ricorso ai metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, tuttavia, non può essere inteso unicamente quale strumento deflattivo di una richiesta di tutela giurisdizionale cui l'apparato giudiziario non riesce a far fronte, benché sia innegabile che la comparsa delle ADR è strettamente connessa alla crisi dei sistemi giurisdizionali dell'Occidente e alla esigenza della società contemporanea di ricercare nuovi e più efficaci modelli di giustizia⁵. L'affermarsi della mediazione civile e degli altri metodi di ADR nell'ordinamento giuridico italiano ha dato vita, nel corso dell'ultimo ventennio, ad un ampio dibattito scientifico che può essere reinterpretato alla luce dell'esperienza statunitense.

Le ADR trovarono un fertile terreno di nascita negli Stati Uniti, a partire dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso e si posero subito come un fenomeno trasversale, vasto e complesso, portatore di esigenze di grandi movimenti culturali che in quel momento attraversavano la società statunitense, in un contesto storico caratterizzato da profondi cambiamenti nel sistema giuridico, che misero in discussione il metodo di gestione delle controversie allora predominante⁶.

Nel corso di un decennio ebbe luogo quella che viene definita la cd. *Litigation Explosion*. Fra la metà degli anni Sessanta e i primi anni Novanta del secolo scorso, le cause civili dinanzi alle corti federali distrettuali aumentarono del trecento per cento e dagli anni Trenta agli anni Novanta, le *tort actions* aumentarono in misura quattro volte superiore rispetto al tasso di crescita economica⁷. Tale repentina impennata della litigiosità fu addebitata, oltre che ad un incremento delle attività economiche, anche a nuove forme di rivendicazione dei diritti⁸. Con la promulgazione, nel 1938, della *Federal Rules of Civil Procedure*, il processo civile americano fu riformato, abbandonando il formalismo tipico della *common law* in favore dell'*equity*⁹. Pertanto, con il superamento dei limiti imposti dal rigore procedurale, a favore di una maggiore discrezionalità, le Corti si aprirono al riconoscimento di nuovi diritti e di nuove forme di tutela nei confronti delle categorie più deboli e discriminate, favorendo così un incremento del contenzioso civile anche per pretese di scarso valore economico¹⁰. Alla crisi del sistema, inoltre, secondo alcuni autori¹¹, contribuì la previsione del cd. *contingent fee* o “patto di quota lite”, che favorì l'accesso alla giustizia anche alle categorie dei meno abbienti, i quali non avrebbero corrisposto il compenso all'avvocato in ipotesi di soccombenza¹². Quella che venne definita da qualcuno “*ipertrofia giuridica*” causò una pressione sulle istituzioni giuridiche ed una vera e propria minaccia per le istituzioni dello Stato, che perdevano di autorevolezza e di forza simbolica¹³.

In questo clima, la crisi della giustizia trovò puntualizzazione nella città di St. Paul, in Minnesota, il 6 aprile 1976, durante la *National Conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, ribattezzata *Pound Conference*, in

riferimento al celebre discorso del 1906 in cui il giovane avvocato e professore del Nebraska Roscoe Pound lamentava l'inefficienza di un diritto processuale le cui regole non erano più adeguate a tradurre diritti sostanziali in azioni concrete¹⁴.

Orientamento comune dei partecipanti alla conferenza era quello di ritenere necessario portare fuori dalle aule di giustizia le cd. controversie minori¹⁵, che potevano risolversi con metodi alternativi come la mediazione e l'arbitrato, garantendo così un maggiore e più efficace accesso alla giustizia per tutti. Dalla conferenza emersero due obiettivi strategici da perseguire: quello di snellire il lavoro delle corti e quello di ridimensionare il ruolo politico che la magistratura aveva assunto in quegli anni. Si trattava, quindi, di ridefinire il ruolo delle Corti che, con le loro decisioni, avevano assunto compiti di public policy piuttosto che di dispute-resolvers¹⁶.

Le misure individuate erano rivolte sia a snellire la procedura, sia ad incrementare il ricorso all'uso di sistemi alternativi. In questo senso Frank Sander, professore ad Harvard, presentò la teoria del Multidoors courthold system¹⁷. Tale teoria apparve particolarmente innovativa poiché non precludeva l'accesso alla giustizia ordinaria ad alcune controversie piuttosto che ad altre, ma propugnava la garanzia di una soluzione appropriata per ciascuna¹⁸. Le parti in conflitto potevano scegliere, attraverso il sistema del tribunale “multi-porte”, che contemplava la presenza di un alternative dispute resolution center, fra varie modalità di cui avvalersi per addivenire ad un soddisfacimento della propria domanda di giustizia¹⁹.

Nel 1998 fu promulgato il Dispute Resolution Act, che diede alla materia una sistemazione organica²⁰. L'ADRA prevede che ciascuna corte distrettuale federale degli Stati Uniti offra almeno una procedura di risoluzione alternativa al processo ordinario e che possa essere imposto alle parti il ricorso preventivo ad uno strumento di ADR anteriormente all'instaurazione del procedimento giudiziario²¹.

Negli Stati Uniti, dunque, hanno convissuto per lungo tempo due tendenze antitetiche: quella che considerava l'ADR come un rimedio ai problemi della giurisdizione, da impiegare come strumento al servizio dell'immutata ideologia giuridica, e quella che considerava il sistema di giustizia informale come un processo spontaneo, nascente dal basso, espressione di un disagio sociale e dell'esigenza di gestione di spazi di libertà al di fuori del controllo statale²².

È possibile riscontrare la medesima ambivalenza nell'ordinamento giuridico italiano, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, il quale ha per la prima volta – grazie alla spinta del legislatore eurounitario – disciplinato in modo organico la materia della mediazione civile e commerciale. L'avvento della mediazione

nell'ordinamento italiano rispecchia non solo un'esigenza deflativa, ma anche il sintomo di un progressivo indebolimento del ruolo dello Stato nella gestione dei conflitti tra privati, imponendo una urgente riflessione circa la necessità di una ridefinizione dei confini della giurisdizione civile. La ricerca di un ordine sociale negoziato che si affianca, senza contrapporsi, ad un ordine imposto. La nascita di organismi privati di gestione dei conflitti, cui lo Stato riconosce una funzione pubblica (tra le massime espressioni della sua sovranità interna), rappresenta la nascita di un modello orizzontale di giustizia, che inaugura nuovi equilibri sociali.

2. Le tipologie di mediazione disciplinate dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28

Come accennato supra, con il decreto legislativo n. 28/2010 e successive modificazioni, la materia della mediazione civile e commerciale in tema di diritti disponibili ha trovato una disciplina e riorganizzazione sistematica. Alla novella è seguito il Regolamento attuativo previsto dal D.M. n. 180 del 10 ottobre 2010, ma – com'è noto – la disciplina così introdotta ha subito notevoli ed incisivi interventi ed aggiustamenti nel corso del tempo²³, fino alla recente legge delega del 26 novembre 2021, n. 206, la quale consente al Governo di intervenire anche sulla disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, nel contesto di una più ampia riforma del processo civile (v. infra).

Secondo parte della dottrina, il d.lgs 28/2010, nella sua formulazione originaria, ha introdotto nell'ordinamento italiano la mediazione del tipo facilitativa e aggiudicativa²⁴, tuttavia quest'ultima forma era stata contemplata solo nella Relazione illustrativa, senza confluire nel d.lgs n. 28/2010²⁵.

Dinanzi agli Organismi di mediazione accreditati, ai sensi del d.lgs. n. 28/2010, si svolgono i procedimenti di mediazione volontaria, obbligatoria ex lege, per clausola o per ordine del giudice.

La mediazione volontaria²⁶ è tale in quanto liberamente scelta dalle parti e non è imposta da alcuna norma di legge, di statuto o contratto, né dall'autorità giudiziaria. L'ambito di operatività della mediazione volontaria si desume, per esclusione, in virtù del combinato disposto degli artt. 2 e 5 del d.lgs. n. 28/2010. Tali norme circoscrivono lo spazio della mediazione volontaria stragiudiziale e preventiva al giudizio, in forza di una libera scelta delle parti, manifestata mediante la presentazione di un'istanza congiunta ovvero di parte, seguita dall'adesione dell'altra. Inoltre, nella mediazione volontaria l'assistenza dell'avvocato è facoltativa e non obbligatoria²⁷.

La mediazione obbligatoria ex lege rappresenta una condizione di procedibilità della domanda giudiziaria nelle materie tassativamente elencate all'art. 5, comma 1-bis del

d.lgs. n. 28/2010.

Si ricordi che nell'ordinamento sono presenti alcune fattispecie di procedimenti stragiudiziali o giudiziali, alternativi alla mediazione civile e commerciale che, al pari di quest'ultima, consentono l'avveramento della condizione di procedibilità della domanda giudiziaria. Nell'alveo delle ipotesi stragiudiziali si collocano le forme di conciliazione presso la CONSOB e la procedura innanzi all'Arbitro bancario e finanziario (ABF)²⁸. La giudiziale è costituita dal procedimento obbligatorio di consulenza tecnica preventiva al fine della composizione della lite ex art. 696-bis c.p.c., contemplato dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli-Bianco), sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie²⁹.

Inoltre, la l. 25 giugno 2020, n. 70 (in vigore dal 30 giugno 2020), di conversione con modificazioni del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, dopo il comma 6-bis dell'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 1330, ha introdotto un'ulteriore ipotesi di mediazione obbligatoria come “condizione di procedibilità della domanda”, “ai sensi del comma 1-bis dell'art. 5 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28” in materia di obbligazioni contrattuali³¹. Tale condizione di procedibilità si applica, in modo estensivo, non solo con riferimento alle misure di contenimento della pandemia previste dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, ma anche a quelle “comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19 sulla base delle disposizioni successive”. La nuova disposizione ricomprende in maniera trasversale varie materie contrattuali, qualora taluno dei contraenti abbia dovuto affrontare misure di contenimento della pandemia³².

L'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010 contempla una peculiare modalità di attivazione del procedimento di mediazione, qualora il ricorso alla stessa sia stata concordata dalle parti preventivamente al sorgere di una lite. La necessità di esperire la mediazione è contenuta in apposite clausole di mediazione, incorporate all'interno di contratti, statuti o atti costitutivi. Trattasi di un presupposto processuale divisato dalle parti nella loro autonomia contrattuale. Sebbene tali clausole necessitino, come tali, di una preventiva concorde approvazione di tutte le parti, nel caso di loro attivazione il procedimento stragiudiziale preventivo diviene pattiziamente obbligatorio. Per tale ragione, si ritiene che le clausole de quo integrino una residua ipotesi di mediazione “forzata”, da tenere tuttavia ben distinta dalle fattispecie disciplinate dai commi 1-bis e 2 del medesimo art. 533.

Infine, l'art. 5, comma 2, d. lgs. 10 marzo 2010, n. 28, come modificato dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, sancisce l'obbligatorietà della mediazione demandata dal giudice qualora, in virtù di una sua valutazione discrezionale, nel corso del processo ed anche in sede di

appello, dovessero emergere elementi tali da suggerire un possibile componimento degli interessi in gioco, anche in relazione a materie non contemplate dal comma 1-bis. Disposta la mediazione ope iudicis, alle parti viene assegnato un termine di 15 giorni per la presentazione della relativa domanda dinanzi all' organismo di mediazione accreditato, scelto di comune accordo tra le parti o da quella che per prima abbia assunto l'iniziativa, secondo i criteri stabiliti dall'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010. Originariamente, la norma contemplava la facoltà in capo alle parti di non aderire all'invito giudiziale, mentre la versione attualmente vigente estende anche a tale fattispecie la medesima conseguenza in punto di improcedibilità della domanda che si verifica per il caso di mediazione obbligatoria in senso stretto di cui al comma precedente, ovvero la chiusura in rito del processo³⁴.

La mediazione delegata rappresenta un istituto peculiare, poiché si innesta a processo già pendente, cioè quando le parti hanno già deciso di ricercare una soluzione giurisdizionale – e dunque imposta – alla vertenza e la litigiosità tra le stesse ha ormai raggiunto livelli altissimi. A fronte di una disposizione legislativa piuttosto scarna, gli operatori giuridici hanno ricoperto un ruolo pivotale nella ricostruzione della disciplina dell'istituto, fissando le direttive generali per bilanciare la discrezionalità giudiziale con la necessaria efficienza e serietà della mediazione demandata³⁵.

In questo contesto, la recente riforma della giustizia civile assegna un ruolo significativo alla gestione negoziale delle liti, snodandosi lungo tre direttrici in una prospettiva di parziale continuità con le scelte del legislatore del 2010 prevedendo l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle ADR (in particolare della mediazione e della negoziazione), la semplificazione del procedimento di mediazione e la razionalizzazione della disciplina complessiva delle ADR, nonché il potenziamento degli incentivi fiscali.

3. I nuovi orizzonti della mediazione delegata

Il legislatore della riforma intende valorizzare l'istituto della mediazione delegata dal giudice.

La scelta è stata accolta con favore, poiché tesa a tesaurizzare un coacervo di esperienze positive avviate dalla prassi di taluni uffici giudiziari³⁶. In particolare, al comma 4, lettera o), dell'art. 1 della legge 26 novembre 2021, n. 206 si prevede di incentivare il ricorso a tale modalità di mediazione attraverso la collaborazione tra uffici giudiziari, università, organismi di mediazione, avvocatura ed altri enti e associazioni professionali, finalizzata alla formazione degli operatori, al monitoraggio delle esperienze ed al tracciamento dei provvedimenti che demandano la mediazione. È altresì contemplata la predisposizione di percorsi formativi ad hoc dedicati ai magistrati, nonché la valorizzazione - al fine della

valutazione di carriera degli stessi - della partecipazione a tali attività di formazione e della definizione delle liti a seguito di mediazione o conciliazione ottenuti in altra sede. Infine, è disposto che l'Ufficio per il processo svolga apposita attività di supporto e coadiuvo dell'autorità giudiziaria nella valutazione dei presupposti di mediabilità (comma 18, lett. b), n. 1). Il Parlamento ha avallato in gran parte le proposte della Commissione Luiso, la quale prevede un maggiore coinvolgimento dell'Ufficio per il processo, affiancando il giudice di esperti di mediazione laureati in giurisprudenza ed il rafforzamento della mediazione delegata attraverso incentivi per il giudicante dal punto di vista della valutazione della sua professionalità³⁷.

Appare evidente l'intento del legislatore di scardinare completamente la concezione che considera il processo l'unico strumento per la risoluzione delle controversie. Ciò lo si desume dal sistema premiale contemplato nei confronti del magistrato non in caso di mero invio in mediazione, ma per l'effettiva definizione della lite grazie allo strumento della mediazione demandata. A tal riguardo, l'attività di monitoraggio ed il tracciamento dei provvedimenti assumono un ruolo centrale al fine dell'individuazione accurata delle liti per le quali sussistano ragionevoli prospettive di conciliazione³⁸. Sotto questo aspetto, la mediazione delegata appare essere lo strumento più duttile ed efficace affinché possa essere valutata in concreto l'effettiva mediabilità della controversia, anche al di fuori delle materie tassativamente individuate dal legislatore, all'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010, per le quali la mediabilità è presunta.

4. Gli indici di mediabilità

Già la Commissione Alpa, nel 2017, aveva sottolineato le potenzialità dell'istituto della mediazione demandata dal giudice, auspicandone la promozione ed il corretto impiego.

Perché tale strumento eserciti una idonea efficacia persuasiva nei confronti delle parti, ormai esacerbate dal conflitto (si pensi, ad esempio, al caso in cui la mediazione venga disposta per la prima volta in grado di appello³⁹, magari dopo un tentativo obbligatorio già esperito senza successo), la Commissione suggeriva di imporre al giudice un preciso onere motivazionale, sebbene “di natura succinta” (cfr. art. 134 c.p.c.) in cui “dare atto degli indici di mediabilità della controversia... ai fini di un invio selettivo e calibrato sul caso concreto, e fornire altresì alle parti ed al mediatore elementi utili da valutare per lo svolgimento della mediazione” (pag. 33).

Alla luce di quanto detto, il ricorso alla mediazione demandata non può che partire da una reale presa di coscienza da parte di tutti i soggetti coinvolti nella singola fattispecie litigiosa circa l'efficacia dello strumento ed in questo contesto, per la Commissione Alpa, la motivazione fornita dal magistrato assume un ruolo imprescindibile. In essa, infatti, il

giudice potrà dar atto degli indici di mediabilità della controversia, ai fini di un invio selettivo e calibrato sul caso concreto e fornire altresì alle parti e al mediatore elementi utili da valutare per lo svolgimento della mediazione. In questo modo, l'istituto si atteggierebbe come effettivo strumento destinato a soddisfare pienamente l'interesse delle parti a conseguire un risultato utile per entrambe.

È stato sottolineato⁴⁰, inoltre, che l'analisi e la trattazione della causa svolta anche ai fini della conciliazione della stessa o dell'invio delle parti in mediazione è frutto di uno studio della causa e degli indici di mediabilità, nonché di un'attività di trattazione che andrebbero valorizzati. In questo senso, la Commissione Alpa proponeva di inserire, tra i criteri di valutazione della professionalità dei magistrati di cui tenersi conto, anche il corretto impiego dei provvedimenti di invio in mediazione e della proposta ex art. 185-bis c.p.c.

Inoltre, la Commissione Alpa ha rilevato che il buon uso della mediazione demandata risieda anche in percorsi di formazione della classe forense e della magistratura, richiedendo un mutamento culturale di tutte le categorie coinvolte⁴¹.

La Commissione Luiso, nel contesto degli obiettivi fissati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e lungo le direttrici programmatiche individuate dalla Ministra Marta Cartabia, tra cui figura la valorizzazione dei percorsi stragiudiziali complementari alla giurisdizione, mira a scardinare la convinzione che il sistema di risoluzione delle controversie debba necessariamente fondarsi sulla giurisdizione, intesa come unica strada percorribile per risolvere le liti. Tale ultimo aspetto è confluito nella legge 26 novembre 2021, n. 206, di riforma del processo civile. La mediazione coesiste ed è complementare rispetto alla giurisdizione. Il ricorso allo strumento non sopprime né preclude il libero accesso alla giustizia pubblica, ma è foriero di innumerevoli opportunità per le parti in termini di libertà di determinare la sorte della vertenza attraverso il dialogo pacifico, costruttivo ed assistito da adeguate competenze. Intervenire sulla complementarità e sulla coesistenza delle due strade, significa, dunque, ampliare la risposta del servizio giustizia a beneficio degli interessati e della comunità⁴².

Dal testo della riforma si evince che la concretizzazione di tale cambio di prospettiva, nonché la responsabilità della sua riuscita, risiede nelle mani degli operatori giuridici (magistrati, avvocati, mediatori, laureati esperti), ai quali spetterà l'arduo compito di responsabilizzare i fruitori attraverso la promozione dell'autodeterminazione nella gestione dei conflitti. Da qui, il ritorno in auge della mediazione delegata, ex art. 5, co. 2, d.lgs. n. 28/2010, con il correttivo del sistema premiale, l'importanza di una formazione specialistica ad hoc e la centralità dei nuovi assunti all'Ufficio per il processo nella creazione di un sistema di monitoraggio che sempre di più sembra virare verso la creazione di un sistema di giustizia predittiva⁴³.

L'ESPERIMENTO DEL TENTATIVO DI MEDIAZIONE EX OFFICIO IUDICIS NEL SISTEMA DEL NUOVO
PROCESSO CIVILE

Note e riferimenti bibliografici

- 1 A. PROTOPISANI, Appunti su mediazione e conciliazione, 2010, in Foro It., V, p. 142
- 2 M. CAPPELLETTI, B. GARTH B., Access to Justice, 1978, passim, Giuffrè
- 3 G. AUTORINO, D. NOVIELLO, C. TROISI, Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali, 2013, Maggioli
- 4 M.R. FERRARESE, Il linguaggio transnazionale dei diritti, 2000, in Rivista di diritto Costituzionale, pp.74-108
- 5 T. GALLETTO, La mediazione nello spazio giudiziario europeo e in Italia, in La nuova mediazione civile e commerciale, 2014, pp. 55 ss.
- 6 M.J. HOROWITZ, La trasformazione del diritto americano 1870-1960, 2004, passim, Il Mulino
- 7 L.M. FRIEDMAN, Litigation and Society, in Annu. Rev. Sociol., 1989, 15, pp. 17-29
- 8 M.A. FODDAI, Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America, in GIURETA: Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, vol. X, 2012, pp. 407-422
- 9 S. N. SUBRIN, How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective, in University of Pennsylvania Law Review, 1987, p. 909
- 10 I. PUPOLIZIO, Una comunità all'ombra del diritto, Giuffrè, 2005, p. 31
- 11 J.S. AUERBACH, Justice without Law, in Oxford University Press, 1983, pp. 9 ss.
- 12 W. K. OLSON, The Litigation Explosion. What Happened When America Unleashed the Lawsuits, Penguin Books, 1991, p. 38
- 13 F. E. SANDER, Varieties of Dispute Processing, in A. LEVIN e R. WHEELER (a cura di), The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future, West Publishing Co, 1979, p. 111. Per una analisi critica della relazione tra esplosione della litigiosità e la critica dell'ipertrofia giuridica, v. A. SARAT, The Litigation Explosion, Access to Justice, and Court Reform: Examining the Critical Assumptions, in Rutgers Law Review, vol. 37, 1985, p. 319. Altri autori pongono in dubbio l'esistenza del fenomeno della Litigation Explosion, ritenendo che la ribalta data allo stesso quale "emergenza" sia stata voluta dalle organizzazioni economiche e politiche che, attraverso la manipolazione dell'opinione pubblica e della classe politica, miravano ad ottenere la riforma del sistema giurisdizionale (ved. M. GALANTER, An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends About the Civil Justice System, in Arizona Law Review, n. 40, 1998, p. 721)
- 14 R. POUND, The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, in American Bar Association Reports, n.29, 1906, pp.405-420
- 15 Erano definite "garbage cases", letteralmente "cause spazzatura" quelle che comportavano un allungamento dei tempi della giustizia e ne incrementavano sensibilmente i costi, distogliendo l'attenzione e le energie degli organi giudicanti da casi economicamente più consistenti e giuridicamente più rilevanti. Alcuni autori hanno tuttavia notato come sono state incluse in detta categoria anche controversie in materie di una certa importanza pragmatica e sociale per i cittadini comuni, ad esempio quelle legate al diritto dei consumatori, ai vari tipi di danneggiamenti ed alla colpa medica (L. NADER, Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology, in Ohio St. J. on Disp. Resol. 9, 3, 1993-1994, il quale osserva che "the rationalization for ADR was from the outset articulated as protecting the courts from the "garbage cases," such as gender, environmental, and consumer cases, as well as protecting the courts from overload", p. 3; cfr. inoltre E. SILVESTRI, Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1999, p. 324)
- 16 M.A. FODDAI, cit., p. 417

17 F. E. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, in A. L. LEVIN and R. R. WHEELER, cit., p. 65

18 Particolarmente evocativa l'esemplificazione che ne fa T. SIMONSON, direttore del Multidoor Courthouse Program di Tulsa nel 1984: "If a patient is ill, does the doctor always operate? Of course not. The doctor and patient discuss all possible solutions. Likewise with the legal field - for each legal ailment, a variety of options need to be discussed" (cfr. L. RAY, A. L. CLARE, *The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future...Today*, in *Journal on Dispute Resolution*, vol 1:1, 1985, pp. 7-54).

19 "The ideal model proposed by Professor Sander includes a center offering sophisticated and sensitive intake services along with an array of dispute resolution services under one roof. A screening unit at the center would diagnose citizen disputes, then refer the disputants to the appropriate door for handling the case. Hence, the title Multi-Door Courthouse. A variety of agencies, including the police, prosecutors' offices, courts, legal services, and social services agencies would refer citizens to the Multi-Door Center. Intake officers would attempt to resolve citizens' complaints during initial contact, either through telephone conciliation or by giving additional information. If the intake officers cannot settle a case in one of these ways, they would refer citizens to the most appropriate available dispute resolution mechanism. Arbitration, mediation, conciliation, and adjudication would be institutionalized in the justice system and structured to fit individual needs." (cfr. L. RAY, L. CLARE, cit., p. 9). Si noti che il termine *alternative* non è riferito a procedure che si svolgono fuori dal giudizio ma sono court-annexed, il cui principio ispiratore è l'adeguatezza più che l'alternatività nel senso letterale del termine. Questo fu il modello di ADR che prevalse negli Stati Uniti negli anni immediatamente successivi alla Pound Conference.

20 A. KUMAR, *Alternative Dispute Resolution System: Global and National Perspective*, K.K., 2021, p. 94.

21 Nella Sezione 2 della legge, il Congresso afferma che il ricorso agli strumenti di ADR può fornire numerosi benefici: una maggiore soddisfazione delle parti, la possibilità di sperimentare nuovi metodi di risoluzione delle controversie, una maggiore efficienza nel raggiungimento degli accordi, nonché la deflazione del carico giudiziario (cfr. J. R. STERNLIGHT, *Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law? Lessons from Abroad*, in *De Paul Law Review*, 2006, n. 56, p. 569).

22 M.A. FODDAI, cit., p. 421.

23 Cfr. D.M. 145 del 6 luglio 2011 e D.M. 4 agosto 2014, n. 139, i quali hanno rappresentato lo strumento ministeriale per tentare di colmare lacune e punti deboli del d.lgs. 28/2010. Sotto il profilo della compatibilità costituzionale del testo normativo è d'uopo menzionare la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 272, del 24 ottobre 2012 e depositata il 6 dicembre 2012. Tale pronuncia dichiarava l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010, che aveva introdotto la mediazione obbligatoria, nonché l'illegittimità costituzionale consequenziale di altre parti del provvedimento (art. 6 in parte, art. 7 in parte, art. 8, comma 5, art. 11 in parte, art. 13 in parte, art. 17 in parte, art. 24). Successivamente, il Legislatore, con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 (cd. "decreto del fare"), convertito con modificazioni nella legge 9 agosto 2013, n. 98, ha reintrodotto la mediazione obbligatoria all'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28/2010, con decorrenza dal 21 settembre 2013. Il comma 1-bis ripropone, in luogo del comma 1 – costituzionalmente illegittimo –, per alcune materie la condizione di procedibilità, assoggettandone l'efficacia ad un termine quadriennale, in via sperimentale. Infine, il decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, nella legge 21 giugno 2017, n. 96 (cd. "manovrina"), ha definitivamente stabilizzato nell'ordinamento la disciplina della mediazione obbligatoria.

24 La mediazione facilitativa consente alle parti di instaurare un percorso di dialogo costruttivo e di confronto, ponendole in condizioni di negoziare e di trovare una soluzione condivisa, nel pieno rispetto dell'autonomia decisionale di ciascuna. In questo contesto, il mediatore si focalizza sul metodo, cioè sul processo dialettico di interazione tra le parti e si astiene dal fornire proprie valutazioni sulla questione controversa, per non condizionare la libera determinazione delle parti e per non compromettere la propria posizione di imparzialità. La mediazione valutativa è, invece, orientata al risultato: il mediatore ha come scopo primario il raggiungimento dell'accordo e fornisce un parere circa la fondatezza delle posizioni delle parti, dà suggerimenti sulle soluzioni percorribili e formula proposte di accordo. Sul punto, v. F. DANOVI, F. FERRARIS (a cura di), *ADR: una giustizia complementare*, Giuffrè, 2018, pp. 110 ss.

25 In particolare, lo schema del decreto prevedeva che al mancato accordo facesse seguito necessariamente la proposta del mediatore, accompagnata da rigidi adempimenti formali e con possibili conseguenze negative in caso di mancato accordo. Tale previsione non trovò approvazione e l'art. 11 co.1 del d.lgs. n. 28/2010 subordina la formulazione della proposta conciliativa alla concorde richiesta delle parti.

26 La direttiva 2008/52/CE, emanata in attuazione del Libro Verde del 2002 dedicato alle ADR in materia civile e commerciale, da un lato individua il campo di applicazione nelle controversie transfrontaliere, dall'altro, di fatto, apre la strada ad un più ampio utilizzo della conciliazione stragiudiziale anche in ambito interno. L'articolo 3, lett. a) del testo normativo definisce la mediazione come un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima, con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale, o prescritto dal diritto di uno Stato membro. La norma, nella sua formulazione, sembrerebbe alquanto equivoca perché se da una parte definisce la mediazione come una procedura volontaria, dall'altra afferma che il procedimento può essere suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale ovvero prescritto dal diritto interno. Secondo alcuni autori (I.C. IGLESIAS CANLE, *La Mediación en las Controversias Civiles y Mercantiles*, 2014, Tirant Lo Blanch, passim) la direttiva risponderebbe a ragioni di Realpolitik, accostando nella definizione la mediazione volontaria a quella obbligatoria. La vera mediazione non può che fondarsi sulla libertà delle parti di promuoverla o di parteciparvi, per cui, la mediazione obbligatoria risulterebbe nient'altro che un ossimoro. Sulla stessa linea si pongono anche le Nazioni Unite, nella UN Guidance for effective mediation del 2012: la mediazione è tale solo se si fonda sul libero consenso delle parti ed è supportata da una seria politica di investimenti pubblici (I.C. IGLESIAS CANLE, *La Mediación en las Controversias Civiles y Mercantiles*, cit.).

27 La Circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013, prot. n. 168322, stabilisce che “deve essere altresì chiarito che l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nella ipotesi di cd. mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5, comma 2), ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa”; di differente avviso è invece il Consiglio Nazionale Forense, che nella circolare n. 23-C del 6 dicembre 2013 ritiene obbligatoria l'assistenza tecnica dell'avvocato anche nella mediazione volontaria: “tale obbligo, tuttavia, sembra riguardare ogni modello di mediazione, atteso che il testo normativo non fa distinzioni al riguardo”. Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza C-75/16 del 14 giugno 2017, ha evidenziato l'incompatibilità della normativa italiana dettata dagli artt. 5, comma 1-bis e 8, comma 1 del d.lgs. 28/2010 – che prevedono in via generale l'assistenza obbligatoria da parte di un avvocato nel corso del procedimento di mediazione – e l'art. 8, lett. b) della direttiva 2013/11/UE, in materia di controversie Business to Consumer, la quale esclude invece espressamente che gli Stati possano obbligare le parti a farsi assistere da un avvocato nel corso di un procedimento di mediazione per la composizione di una lite insorta tra un professionista ed un consumatore (per approfondimenti, v. C. TROISI, *Saggi in tema di controversie civilistiche e rimedi stragiudiziali*, ESI, 2017, pp. 30 ss.; L. ORLANDO, *Mediazione obbligatoria: la Corte di Giustizia UE dice no all'assistenza obbligatoria dell'Avvocato*, in Riv. Cammino Diritto, Fasc. 06/2017).

28 Per approfondimenti, v. M.C. PAGLIETTI, *Stare indecisus. How decisions inconsistency affect the regulatory function of the banking Ombudsmen*, in Roma Tre Law Review, 01/2021, pp. 7 ss.

29 Per approfondimenti, v. F. AMBROSETTI, *La responsabilità medica: guida operativa alla riforma Gelli Bianco*, inquadramento, profili civili e penali, assicurazione, procedimento stragiudiziale e giudiziale, casistica, UTET, 2019.

30 Il comma 6-bis, dell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, inserito nell'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, ha introdotto la valutazione delle misure di contenimento della pandemia da COVID-19 previste dal medesimo decreto, ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore per inadempimento contrattuale.

31 In questo senso si ritiene che la norma de quo contempra una nuova ipotesi di mediazione civile e commerciale e non una delle altre diverse ipotesi di mediazione obbligatoria, comunque denominate, fatte salve dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010 (F. DIOZZI, *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, in *Officina civile e processo*, 2021, pp. 8 ss.). Siffatta opzione legislativa è stata accolta favorevolmente da parte della dottrina, considerandola un valido strumento di rinegoziazione del contratto (così VERTUCCI G., *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del coronavirus: prime riflessioni*, in *www.ilcaso.it*, 23 aprile 2020) e del rapporto, soprattutto nelle controversie concernenti contratti di durata tra contraenti abituali (F. DIOZZI, *La mediazione on-line nella legislazione anti-COVID-19. Un'opportunità emergenziale e un'occasione perduta*, in *www.ilcaso.it*, 9 maggio 2020).

32 Qualora parte attrice intenda esercitare la domanda di accertamento dell'esonero della responsabilità in una materia soggetta alla mediazione obbligatoria (ad esempio, locazione commerciale di immobili o affitto di azienda, con mancato pagamento del canone da parte di conduttori la cui attività sia ricompresa tra quelle soggette a

sospensione ex d.P.C.M. 11 marzo 2020), la domanda era e rimane soggetta a mediazione obbligatoria. Infatti, si verifica un cumulo tra le due ipotesi soggette a mediazione obbligatoria ex d.lgs. n. 28/2010: la prima per rinvio a tale fonte e la seconda in modo diretto (così F. VALERINI, Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure da COVID-19, in *Diritto e Giustizia*, 26 giugno 2020; E. FABIANI, L. PICCOLO, Legislazione d'emergenza epidemiologica Covid-19 e giustizia civile: le ultime novità introdotte con la . n. 70 del 25 giugno 2020, in Consiglio Nazionale del Notariato, Settore Studi, p. 10).

33 In presenza di una clausola di mediazione, la mancata attivazione del procedimento costituisce un'eccezione in senso proprio, rilevabile esclusivamente dal convenuto, entro un differente termine (la “prima difesa”) rispetto a quello (la “prima udienza”) contemplato per le fattispecie di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Inoltre, anche nel caso di rilievo tempestivo dell'eccezione, qualora successivamente le parti continuino a non dar corso al procedimento, al giudice non è consentita la chiusura del procedimento in rito ma – al contrario – deve proseguire nell'attività e ricavare dal contegno delle parti la sostanziale indisponibilità delle stesse ad un accordo (F. CUOMO ULLOA, La mediazione nel processo civile riformato, Giappichelli, 2011, p. 118), in ossequio al principio volontaristico che informa la materia contrattuale.

34 F. DANOVI, F. FERRARIS (a cura di), *ADR: una giustizia complementare*, cit., p. 123

35 G. DI MARCO, *La mediazione delegata*, in *Officina civile e processo*, 2017, pp. 14 ss.

36 Dai dati raccolti dal Ministero della Giustizia si evince come nei casi di mediazione demandata dal giudice, sulla base di una sua valutazione discrezionale, ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, il tasso di accordo è più elevato. Le ragioni di questa fenomenologia è da ricercare nella sinergia tra l'autorevolezza del giudice, che persuade le parti sull'utilità in concreto di avviare una trattativa, e la professionalità del mediatore (M. LUPANO, *La riforma della mediazione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 17 gennaio 2022). Anche il punto 6, lett. h) della Relazione illustrativa sottolinea che “gli esiti della sperimentazione condotta in alcuni tribunali del territorio nazionale, che prevedeva l'affiancamento dei giudici da parte di laureati esperti nella valutazione di mediabilità della causa, dimostrano che la mediazione demandata dal giudice ha prodotto un significativo effetto deflattivo del processo e un conseguente notevole risparmio sia dal lato dell'offerta che da quello della domanda di giustizia, atteso che numerosi processi sono stati interrotti o non sono stati avviati in ragione della acquisizione crescente di competenze negoziali da parte degli avvocati e dei consociati”

37 C. GAMBA, *La mediazione nel progetto di riforma della commissione Luiso*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, fasc. 4, 2021, pp. 941-956.

38 M. LUPANO, *La riforma della mediazione*, cit.

39 Per approfondimenti, v. A. PIZZELLA, *La mediazione disposta dal giudice di appello e le conseguenze della non compliance delle parti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.4, 1, 2020, pp. 1307 ss.

40 G. MATTEUCCI, *Commissione Alpa e mediazione : “festina lente” o “adelante con juicio”?*, in www.blogconciliazione.com, CCIAA Milano, 7 febbraio 2017.

41 B. MASCITTO, *Il futuro delle A.D.R.: mediazione e negoziazione strumenti sempre più preziosi?*, in *Riv. Cammino Diritto*, Fasc. 10/2018

42 P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in *Giustizia consensuale*, 1-2021, p. 15 ss.

43 Per approfondimenti, v. E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.1, 2022, pp. 59 ss.; P. BIAVATI, *Processo civile e pandemia: che cosa passa, che cosa rimane*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.1, 2021, pp. 133 ss.; E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giustizia Civile*, 2020, pp. 281 e ss.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=8310>