



M. Acagnino, A. Chillari, C. Ioli, F. Lentano, C. Marino,
C. Platania, N. Platania, G. Raiti, S. Spagano

Riforma processo civile: riflessioni a margine sulla legge 206/2021

a cura di Maria Acagnino e Nicola Platania

Prefazione di Stefano Tavolo e Federica Guastella



Giappichelli

Prefazione

Le principali novità introdotte dalla riforma del processo civile

di *Stefano Tavolo e Federica Guastella* *

Con legge delega del 26 novembre 2021, n. 206 approvata il 25 novembre 2021 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 9 dicembre 2021, ed entrata in vigore il 24 dicembre 2021, la riforma del processo civile è stata affidata al Governo che ha un anno di tempo per l’emanazione dei decreti attuativi. In particolare, tale legge contiene la “Delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata” e mira ad attuare gli impegni assunti dal governo nei confronti dell’Europa con il Piano nazionale di ripresa e resilienza. La riforma del processo civile è, infatti, una delle riforme vincolanti per il PNRR e obiettivo principale della riforma è ridurre del 40% i tempi dei processi.

Si tratta di una riforma senza dubbio ambiziosa in quanto lo scopo prefissato è quello di velocizzare la risposta alla domanda di giustizia dei cittadini e creare una cornice giudiziaria più favorevole all’attrazione di investimenti esteri, scoraggiati da procedure molto lente. La riforma contiene, inoltre, diverse innovazioni come la semplificazione dei riti (valorizzando forme di giustizia alternativa), il potenziamento di mediazioni e arbitrati, ma anche l’introduzione del tribunale della famiglia e più tutele per le vittime di violenza domestica.

La prima udienza assume un ruolo fondamentale per la decisione del processo: nell’atto di citazione l’attore dovrà indicare i fatti, gli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della domanda in modo chiaro e specifico, i mezzi di prova e i documenti che offre in comunicazione, l’avvertimento

* Avvocati del Foro di Catania.

sull'obbligatorietà della difesa tecnica mediante avvocato e della possibilità di accedere al gratuito patrocinio. Il convenuto dovrà indicare mezzi di prova e documenti nella comparsa di risposta, proponendo le sue difese e prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda in modo chiaro e specifico. L'attore, entro un congruo termine prima dell'udienza di comparizione, a pena di decadenza, potrà proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della eventuale domanda riconvenzionale o delle eccezioni del convenuto, chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo, precisare e modificare domande, eccezioni e conclusioni già formulate, indicare nuovi mezzi di prova e produzioni documentali. Entro un successivo termine, anteriore all'udienza di comparizione, il convenuto potrà modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate e, a pena di decadenza, indicare nuovi mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali. Entro un ulteriore termine prima dell'udienza di comparizione le parti potranno replicare alle domande ed eccezioni formulate nelle memorie integrative e indicare la prova contraria.

La prima udienza avrà quindi un ruolo cruciale: l'attore è chiamato a replicare subito alle difese del convenuto, con domande ed eccezioni. Le parti saranno tenute a comparire personalmente all'udienza di comparizione per il tentativo di conciliazione (art. 185 c.p.c.) e la mancata comparizione personale senza giustificati motivi sarà valutabile dal giudice (art. 116, comma 2, c.p.c.), il quale all'esito dell'udienza dovrà provvedere sulle richieste istruttorie, predisponendo il calendario del processo e disponendo che l'udienza per l'assunzione delle prove sia fissata entro 90 giorni.

Dopo l'udienza di discussione (art. 281-*sexies* c.p.c.), il giudice potrà riservare il deposito della sentenza entro un termine non superiore ai 30 giorni, altrimenti dovrà fissare l'udienza di rimessione della causa, disponendo i seguenti termini perentori: 1) fino a 60 giorni prima dell'udienza per il deposito di note scritte di precisazione delle conclusioni; 2) fino a 30 giorni prima dell'udienza per il deposito delle comparse conclusionali, salvo rinuncia espressa delle parti; 3) fino a 15 giorni prima dell'udienza per il deposito delle memorie di replica, salvo rinuncia espressa delle parti.

Il deposito della sentenza avverrà quindi nel termine dei successivi 30 giorni (nei casi di composizione monocratica) o 60 giorni (nei casi di composizione collegiale); modificato anche l'art. 185-*bis* c.p.c. per consentire al giudice di formulare una proposta di conciliazione fino al momento in cui la causa non viene rimessa in decisione.

Tra le altre novità, si segnala che, nella controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, è prevista, su istanza di parte, la pronuncia di un'ordinanza provvisoria di accoglimento o rigetto.

Il procedimento sommario di cognizione (artt. 702-*bis* ss. c.p.c.) diventa “procedimento semplificato di cognizione” e verrà adottato in ogni procedimento quando i fatti di causa siano tutti non controversi, quando l’istruzione della causa si basi su prove documentali e/o di pronta soluzione o richieda un’attività istruttoria non complessa.

Il deposito dei documenti e degli atti di parte avverrà solo in modalità telematiche nei procedimenti davanti al giudice di pace oltre che davanti al Tribunale, Corte d’Appello e alla Corte di Cassazione.

Il giudice, fatta salva l’opposizione delle parti, potrà disporre che le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal P.M. e dagli ausiliari del giudice si svolgano con collegamenti audiovisivi a distanza; inoltre, la trattazione scritta (deposito telematico di note scritte contenenti le istanze e conclusioni entro il termine perentorio stabilito dal giudice) potrà sostituire, se le parti lo richiedono congiuntamente o non si oppongono, le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi da difensori, parti, P.M. e ausiliari del giudice.

Da remoto potrà avvenire anche il giuramento del CTU e l’udienza per l’esame dell’interdicendo, dell’inabilitando o della persona per la quale sia richiesta la nomina di amministratore di sostegno, se la comparizione personale potrebbe arrecare grave pregiudizio al destinatario della misura. È stata modificata la fase introduttiva dell’appello: l’atto introduttivo andrà formulato in materia puntuale e rigorosa e le indicazioni previste a pena di inammissibilità andranno espresse in modo chiaro, sintetico e specifico; viene ripristinata la figura del consigliere istruttore, che dovrà esperire il tentativo di conciliazione, ammettere i mezzi di prova, assumere i mezzi istruttori dichiarare la contumacia dell’appellato, riunire gli appelli contro la stessa sentenza. Previsto un procedimento accelerato per la dichiarazione di inammissibilità, improcedibilità e manifesta infondatezza e modifica della disciplina dei provvedimenti sull’esecuzione provvisoria in appello e una ammenda tra 250 e 10.000 euro per le impugnazioni, contro l’esecuzione della sentenza, che risulteranno infondate.

Il ricorso in Cassazione dovrà contenere la chiara ed essenziale esposizione dei fatti della causa e la chiara e sintetica esposizione dei motivi. La riforma prevede l’abolizione della sezione filtro (art. 376 c.p.c.), che viene assegnata a ciascuna singola sezione e del procedimento di cui all’art. 380-*bis* c.p.c. oltre all’introduzione di un procedimento accelerato per la definizione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati, nonché un “rinvio pregiudiziale” in Cassazione: i giudici di merito potranno sollecitare una decisione della Suprema Corte per definire questioni di diritto importanti, non ancora affrontate e che presentano gravi difficoltà inter-

pretative, in presenza di determinati requisiti. In questi casi il giudizio di merito verrà sospeso in attesa della pronuncia della Cassazione.

Un altro punto cardine della legge delega trattata, riguarda la riforma della c.d. “Giustizia alternativa” costituita dagli istituti di composizione bonaria delle liti civili e commerciali: mediazione, negoziazione assistita e arbitrato.

Ed invero, è innegabile che il legislatore stia adoperando l’ennesima corsa contro il tempo. Come noto soprattutto agli operatori del diritto, infatti, l’introduzione di tali istituti, ha come principale scopo quello di diminuire l’eccessivo contenzioso degli uffici giudiziari, consentendo alle parti, qualora ci siano i margini per un bonario componimento, di risolvere la controversia insorta senza necessità di adire l’Autorità Giudiziaria in tempi di gran lunga più brevi del processo civile.

Per l’istituto della mediazione e della negoziazione assistita, disciplinate rispettivamente dal d.l. n. 28/2010 e dal d.l. n. 132/2014, la riforma amplia le controversie per le quali tali istituti sono previsti come condizione di procedibilità ed il cui mancato esperimento è rilevabile dalle parti e d’ufficio sino alla prima udienza, prevede l’applicazione agli stessi del gratuito patrocinio, l’aumento degli incentivi fiscali incrementando allo stesso tempo la formazione e l’aggiornamento dei mediatori, la possibilità di acquisire la confessione stragiudiziale resa durante lo svolgimento della negoziazione assistita nel caso in cui le parti assistite dai propri procuratori lo consentano.

Per l’istituto dell’arbitrato, invece, disciplinato dagli artt. 806 ss. c.p.c. è prevista l’introduzione della facoltà di ricusazione per gravi ragioni di convenienza, criteri al fine di garantire ancor di più l’indipendenza degli arbitri e, altresì, di regolare l’esecutività del lodo straniero consentendo anche di poter adottare misure cautelari.

Ulteriore protagonista della riforma trattata, è il diritto di famiglia, con l’obiettivo di rimodulare i ruoli affidati alle numerose figure operanti nel settore da un lato, implementando, *in primis*, la mediazione familiare e il ruolo del curatore speciale a tutela del soggetto minore di età nelle fattispecie che presentano il rischio di un pregiudizio per lo stesso, tipicizzando i casi in cui l’autorità giudiziaria è obbligata a nominare un curatore speciale a pena di nullità e quelli in cui, invece, costituisce soltanto una facoltà, e dall’altro, permettendo al minore quattordicenne, di presentare istanza motivata al fine di revocare il curatore nominato.

Le novità sostanziali vengono accompagnate da quelle procedurali mediante l’introduzione del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie composto dalle sezioni circondariali in composizione monocratica e dalle sezioni distrettuali in composizione collegiale, introducendo, dunque, un rito unico, chiaramente anche allo scopo di porre fine al contrasto di giu-

dicati emessi da giudici diversi. Si pensi, ad esempio, ai numerosi e inevitabili contrasti tra i provvedimenti del giudice ordinario, nel corso del procedimento per separazione o divorzio, e quelli del Tribunale per i Minorenni, investito al fine di pronunciarsi su problematiche inerenti la responsabilità genitoriale.

Anche il processo esecutivo, costituente l'ultima fase della tutela giurisdizionale, viene rivisto nelle sue varie fasi, introducendo modifiche legislative atte a velocizzare le tempistiche processuali, prevedendo, già nella fase introduttiva, l'onere in capo al creditore esecutante, a pena di inefficacia dell'atto di pignoramento, di notificare al debitore e al terzo l'avviso di avvenuta iscrizione a ruolo unitamente all'indicazione del numero di registro generale, depositando successivamente l'avviso notificato nel fascicolo d'ufficio.

Tra le altre novità, a titolo esemplificativo, la sostituzione dell'iter di rilascio della formula esecutiva con la mera attestazione di conformità della copia al titolo originale, la sospensione dei termini di efficacia dell'atto di precetto che consenta al creditore, munito di titolo esecutivo e di atto di precetto, di presentare istanza ex art. 492-*bis* c.p.c., la riduzione del termine per il deposito della documentazione ipotecaria e catastale, l'accelerazione nella procedura di liberazione dell'immobile nel caso in cui sia occupato *sine titolo* o da soggetti diversi dal debitore esecutato.

Ed ancora, l'istituto della delega delle operazioni di vendita al professionista delegato viene riformato al fine di individuare gli adempimenti che il professionista è tenuto ad espletare individuando le tempistiche, la possibilità per il debitore di essere autorizzato dal giudice dell'esecuzione a vendere direttamente il bene pignorato per un prezzo non inferiore al suo valore di mercato, l'individuazione dei criteri per la determinazione dell'ammontare, nonché del termine di durata delle misure di coercizione indiretta, l'estensione degli obblighi antiriciclaggio anche agli aggiudicatari e l'introduzione dell'obbligo per il giudice di verificare l'avvenuto rispetto di tali obblighi ai fini dell'emissione del decreto di trasferimento, la possibilità di esperire l'opposizione ex art. 617 c.p.c. avverso l'ordinanza emessa a seguito di reclamo, l'istituzione presso il Ministero della Giustizia della Banca dati per le aste giudiziali.

Infine, novità rilevanti anche riguardo il processo del lavoro.

In primis, l'estensione dell'istituto della negoziazione assistita anche alle controversie disciplinate dall'art. 409 c.p.c., riconoscendo alle parti la facoltà di esperire tale procedura.

Allo scopo, invece, di unificare e coordinare nel miglior modo possibile la disciplina dei procedimenti di impugnazione dei licenziamenti anche nel

caso in cui la controversia insorta riguardi problematiche inerenti la qualificazione del rapporto di lavoro, si prevede la priorità della trattazione delle cause di licenziamento in cui sia proposta domanda di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, l'introduzione con ricorso ex artt. 409 ss. c.p.c. delle azioni di impugnazione dei licenziamenti dei soci delle cooperative, anche ove consegua la cessazione del rapporto associativo e la possibilità di introdurre, se non siano proposte con ricorso ai sensi dell'art. 414 c.p.c. e se sussistono i presupposti, le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori disciplinati dall'art. 38 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, e 28 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, prevedendo, altresì, che, la proposizione dell'azione nelle forme predette preclude alle parti la possibilità di incoare successivamente un giudizio con rito diverso.

Capitolo Primo

Metodi alternativi di risoluzione delle controversie: mediazione civile nella l. n. 206/2021

di *Nicola Platania* *

Sommario: 1. Il nuovo assetto “rinforzato” delle ADR. – 1.1. Mediazione obbligatoria e statistiche. – 2. Il ruolo dell’avvocato nel prisma della degiurisdizionalizzazione delle controversie. – 3. Maggiori risorse economiche per la mediazione obbligatoria. – 3.1. Patrocinio a spese dello Stato. – 4. L’ampliamento della mediazione obbligatoria alle liti in materia di contratti di associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, società di persone, somministrazione e subfornitura. – 4.1. Onere di esperire la mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo. – 5. La mediazione disposta dal giudice.

1. Il nuovo assetto “rinforzato” delle ADR

Il disegno di legge diretto alla delega al Governo per la riforma del processo civile e degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie è stato recentemente approvato in via definitiva con la l. n. 206/2021. Il testo del provvedimento contiene alcune disposizioni che riguardano sia in via diretta sia in via indiretta molteplici aspetti del processo civile. La legge delega 26 novembre 2021, n. 206 prevede un intervento del Governo anche sulla disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ADR). Non vi è chi non veda, infatti, che gli interventi in materia di Alternative Dispute Resolution “ADR” siano stati rafforzati dalla riforma con norme di ampio respiro accompagnati dalla messa a disposizione di una significativa dotazione finanziaria. Il legislatore ha mostrato di considerare la **mediazione** e la **negoziazione assistita** come delle misure atte ad ottenere

* Avvocato del Foro di Catania, Cultore di Elementi di Economia presso l’Università degli Studi di Catania.

una giustizia alternativa di dignità pari a quella raggiunta dopo un procedimento giudiziale che, ormai da decenni, si protrae in tempi lunghissimi, con le conseguenze nefaste di *giustizia tardiva* che, inevitabilmente, diventa ingiustizia.

Alla luce del fiorire delle tecniche di risoluzione delle controversie “parallele” al giudizio nell’ambito del diritto civile, analizzeremo luci e ombre della mediazione obbligatoria dopo il *restyling* voluto dal legislatore delegante, mettendo in rilievo l’utilità di tale pratica in relazione ad alcune discipline civilistiche.

Il presente contributo non tratterà *in toto* tutte le novità della riforma annunciata, ma non è superfluo schematizzare, in favore di una visione organica della riforma in tema di mediazione civile obbligatoria, le novità introdotte dalla l. 26 novembre 2021, n. 206 mediante l’articolo uno della richiamata legge delega commi 4 e 15.

Art. 1, comma 4.

Il comma 4 contiene i criteri per la modifica della mediazione e della negoziazione assistita tramite:

a) l’adozione di un testo unico:

Nell’esercizio della delega i d.lgs. attuativi dovranno armonizzare la normativa delle ADR le cui discipline, (eccetto l’arbitrato), confluiranno in un Testo Unico degli Strumenti Complementari alla giurisdizione (c.d. T.U.S.C.).

b) l’incentivo alla mediazione e alla negoziazione assistita mediante:

1. il riordino e la semplificazione degli **incentivi fiscali** prevedendo:

- l’incremento dell’esenzione dell’imposta di registro ex **art. 17, comma 3, d.lgs. n. 28/2010**;
- la semplificazione della procedura per la determinazione del credito d’imposta ex **art. 20, d.lgs. n. 28/2010**;
- il riconoscimento di un credito d’imposta pari al compenso dell’avvocato che assiste la parte nella mediazione nei limiti dei parametri professionali;
- il riconoscimento di un credito d’imposta pari al contributo unificato qualora il giudizio risulti estinto a seguito dell’accordo di mediazione;
- l’estensione del gratuito patrocinio;
- la previsione di un credito d’imposta in favore degli organismi di mediazione pari all’indennità non esigibile dalla parte nelle condizioni per l’ammissione al gratuito patrocinio.

2. L'estensione del ricorso obbligatorio alla mediazione in materia di:

- contratti di:
 - (i) associazione in partecipazione;
 - (ii) *franchising*;
 - (iii) opera;
 - (iv) rete;
 - (v) somministrazione;
 - (vi) subfornitura;
- società di persone;
- consorzi.

3. Innovazioni e riordino delle disposizioni per lo svolgimento della mediazione e della negoziazione assistita.

Sul punto i d.lgs. dovranno:

- specificare che lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale;
- indicare nei procedimenti di opposizione a d.i., nell'ipotesi di mediazione obbligatoria, quale parte è tenuta a presentare la relativa domanda, nonché definire le conseguenze laddove la parte obbligata non abbia soddisfatto la condizione di procedibilità;
- riordinare le disposizioni concernenti lo svolgimento della mediazione favorendo la partecipazione personale delle parti e l'effettivo confronto sulle questioni controverse regolando le conseguenze della mancata partecipazione;
- prevedere la possibilità per le parti della mediazione di delegare, in presenza di giustificati motivi, un proprio rappresentante a conoscenza dei fatti, munito dei poteri necessari;
- valorizzare e incentivare la mediazione demandata dal giudice ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010;
- prevedere che la mediazione e la negoziazione assistita possano essere svolte su accordo delle parti con modalità telematiche;
- stabilire per le controversie ex art. 409 c.p.c. la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita;
- semplificare la negoziazione assistita con l'utilizzo di un modello di convenzione elaborato dal CNF;
- apportare modifiche all'art. 6, l. n. 162/2014 stabilendo che:
 - (i) gli accordi raggiunti a seguito di negoziazione assistita contengano anche patti di trasferimenti immobiliari con effetti obbligatori;
 - (ii) il giudizio di congruità ex art. 5, comma 8, l. n. 898/1970 sia effettuato dai difensori con la certificazione dell'accordo delle parti;

- (iii) gli accordi muniti di autorizzazione siano conservati, in originale, presso l'Ordine degli Avvocati che ne rilascia copia autentica alle parti, ai difensori e ai terzi interessati;
- (iv) i legali siano soggetti ad una sanzione amministrativa pecuniaria qualora violino l'obbligo di trasmissione;
- prevedere, qualora sia previsto espressamente dalla convenzione di negoziazione assistita, la possibilità di svolgere attività istruttoria (c.d. attività di istruzione stragiudiziale) consistente nell'acquisizione di dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia e nella richiesta alla controparte di dichiarare per iscritto, ai fini di cui all'art. 2735 c.c., la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente.

In tal senso, la l. 26 novembre 2021, n. 206 contiene la delega a stabilire:

- (i) le garanzie per le parti e i terzi in merito alle modalità di verbalizzazione delle dichiarazioni, compresa la possibilità per i terzi di non renderle, prevedendo misure volte ad anticipare l'intervento del giudice al fine della loro acquisizione;
- (ii) sanzioni penali per chi rende dichiarazioni false e le conseguenze processuali per la parte che si sottrae all'interrogatorio consentendo al giudice di tener conto della condotta ai fini delle spese del giudizio ed ex artt. 96 e 642, comma 2, c.p.c.;
- (iii) l'utilizzabilità delle prove raccolte nel successivo giudizio avente ad oggetto l'accertamento degli stessi fatti, fatta salva la possibilità per il giudice di disporre la rinnovazione;
- (iv) l'avvertimento che il compimento di abusi costituisce per l'avvocato grave illecito disciplinare indipendentemente dalla responsabilità prevista da altre norme.

c) Il potenziamento della formazione e dell'aggiornamento dei mediatori.

La l. 26 novembre 2021, n. 206 si pone l'obiettivo di:

1. revisionare la disciplina sulla formazione e sull'aggiornamento dei mediatori e dei criteri di idoneità per l'accreditamento dei formatori;
2. riformare i criteri indicatori dei requisiti di serietà ed efficienza degli enti e le modalità della loro documentazione per l'iscrizione nel registro.

Art. 1, comma 15.

Il comma 15 reca principi per la modifica della disciplina dell'arbitrato volti a:

- a) rafforzare le garanzie di imparzialità e indipendenza dell'arbitro rein-

introducendo la facoltà di ricsuzione per gravi ragioni di convenienza prevedendo:

1. l'obbligo di rilasciare, al momento dell'accettazione della nomina, una dichiarazione che contenga le circostanze rilevanti idonee a pregiudicare l'imparzialità e l'indipendenza;

2. l'invalidità dell'accettazione della nomina e la decadenza, qualora l'arbitro abbia ommesso di dichiarare le circostanze che, ex art. 815 c.p.c., possono essere fatte valere come motivi di ricsuzione;

b) prevedere l'esecutività del decreto con il quale il presidente della Corte d'Appello dichiara l'efficacia del lodo straniero con contenuto di condanna;

c) stabilire l'attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare misure cautelari qualora le parti abbiano manifestato la loro volontà in tal senso nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo mantenendo in capo al giudice ordinario il potere cautelare nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri;

d) disciplinare il reclamo cautelare davanti al giudice ordinario per i motivi ex art. 829, comma 1, c.p.c., per contrarietà all'ordine pubblico, nonché le modalità di attuazione della misura cautelare;

e) stabilire, nel caso di decisione secondo diritto, il potere delle parti di indicazione e scelta della legge applicabile;

f) ridurre a 6 mesi il termine ex art. 828, comma 2, c.p.c. per l'impugnazione per nullità del lodo rituale;

g) prevedere nella prospettiva di un riordino organico della materia, l'inserimento nel c.p.c. delle norme relative all'arbitrato societario e l'abrogazione del d.lgs. n. 5/2003;

h) stabilire la reclamabilità dell'ordinanza ex art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5/2003 che decide sulla richiesta di sospensione della delibera;

i) disciplinare la *translatio iudicii* tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario e viceversa;

j) prevedere che le nomine degli arbitri da parte dell'autorità giudiziaria siano improntate a trasparenza, rotazione ed efficienza.

1.1. Mediazione obbligatoria e statistiche

In un articolo del 2019, Andrea Proto Pisani, Maestro del diritto processuale civile, in una nota, appunta il suo personale pensiero sulla mediazione obbligatoria, a quasi dieci anni dalla sua introduzione: "*Quanto poi alla mediazione obbligatoria (un vero e proprio non senso perché come mi è stato spiegato nell'ambito del corso sulla mediazione, di approfondimento post-*

laurea (corso cui circa due anni fa mi sono iscritto e ho partecipato con lo spirito di un giovane laureato) poi, la mediazione mira a facilitare un accordo negoziale e pertanto per sua natura si fonda sulla volontà delle parti di farvi ricorso, e quindi, in mancanza, ha scarsissime possibilità di successo: (v. il civilissimo art. 155 sexies, 2° comma, c.c.): rinvio agli artt. 173 a 173 sexies della ‘proposta fiorentina’ (in Foro it. 2007, V, 208 ss.) più volte citata, che mi sembra preveda (intervenendo dopo l’eventuale fase preliminare e sempre e solo dopo lo svolgimento della fase preparatoria con le relative preclusioni) l’unica mediazione obbligatoria che possa avere concrete possibilità di successo (quantitativamente tale da incidere sui grossi numeri dei processi civili di cognizione) (e non solo una condizione di procedibilità imposta da un legislatore insipiente e autoritario), anche perché la ‘proposta fiorentina’ prevede che, in caso di insuccesso della mediazione, si debba svolgere la fase c.d. della decisione allo stato degli atti (decisione con ampia possibilità di divenire esecutiva nonostante l’opposizione giudiziale della parte soccombente) da parte di un terzo imparziale designato dal Consiglio dell’Ordine degli avvocati del circondario.

Ma neanche tale proposta ha incontrato i consensi da parte dei fautori della mediazione (e si noti, non solo della autentica mediazione facilitativa, bensì della mediazione obbligatoria – condizione di procedibilità, prevista non solo dalla legge ma anche discrezionalmente dal giudice nel corso di tutto il processo anche – incredibile solo a pensare – d’appello)”¹.

D’altro canto il “civilissimo” art. 155-sexies, comma 2, c.c. è stato abrogato (2014) malgrado “l’esperienza mostra come gli strumenti imperativi della giurisdizione siano inidonei a risolvere i conflitti familiari rimuovendo le ragioni profonde che li hanno causati: la costante inutilità dei tentativi di riconciliare i coniugi nei giudizi di separazione e di divorzio ha da tempo modificato, nella prassi, l’oggetto del tentativo di conciliazione, ravvisabile non più nel ripristino della comunione spirituale e materiale fra i coniugi bensì nel dare al conflitto coniugale un assetto consensuale per quanto riguarda essenzialmente le modalità dell’affidamento della prole e i rapporti patrimoniali.

Soltanto i membri della famiglia possono superare la crisi che li divide ed è questo un obiettivo che può essere raggiunto esclusivamente con la loro volontà poiché affidare la soluzione del loro conflitto all’autorità di una sentenza è comunque per entrambe una sconfitta, mentre una soluzione con-

¹A. Proto Pisani, *Problemi del processo civile rivisti da un ottantenne*, in *Riv. dir. proc.*, n. 6, 1 novembre 2019, p. 1429.

cordata che risolva anche solo parzialmente il conflitto diventa per entrambe una vittoria.

Per raggiungere questo scopo occorre dialogare con le parti un dialogo che il formalismo processuale e la posizione super partes del giudice certo non favoriscono: l'avvio, disposto dal giudice, di una mediazione familiare affidata agli 'esperti' di cui fa parola l'art. 155 sexies consente di aprire un dialogo con le parti e di aiutarle, come è stato osservato, 'a riappropriarsi della capacità di dirimere da sole il conflitto', guardando al futuro per affrontare d'accordo, senza spirito competitivo e rivendicativo, le questioni che si possono presentare con la separazione e il divorzio.

L'esito di questi tentativi dipende non soltanto dalle caratteristiche oggettive del conflitto familiare ma anche dalle modalità dell'intervento dispiegato per influire sulla volontà delle parti e indurle a raggiungere un accordo, un compito questo che il giudice può compiere personalmente ma anche affidarlo ad esperti affinché, come prevede il nuovo art. 155 sexies, c.c., 'tentino una mediazione' per consentire ai coniugi di raggiungere un accordo 'con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli'.

Si parla, a tale proposito, di mediazione 'familiare' – per distinguerla dalla mediazione delle controversie civili e commerciali disciplinata dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 – una tecnica di composizione dei conflitti familiari finora conosciuta nelle forme stragiudiziali della c.d. mediazione preventiva, forme interamente affidate all'autonomia negoziale la cui particolare efficacia è dovuta garantendo alle parti quella libertà e quella riservatezza che non sempre trovano quando la crisi familiare approda nelle aule dei palazzi di giustizia"². E considerando anche che già il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che ha istituito la "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali", regolamentando inoltre la figura e i requisiti di accreditamento professionale del mediatore civile, aveva completamente ignorato quel particolare tipo di mediazione che è la mediazione familiare. In tal modo, complice anche una sentenza della Corte costituzionale (sentenza n. 131/2010)³, i mediatori familiari, da tempo alla ricerca di

² *Famiglia e Diritto*, n. 8-9, 1 settembre 2012, p. 831.

Sulla mediazione familiare e sulla mediazione in materia civile e commerciale, vedi C. Punzi, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1232 ss.; Id., *Mediazione e conciliazione*, ivi, 2009, p. 545 ss.; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2011, p. 465 ss. e ivi ampie citazioni a cui adde G. Impagnatiello, *La mediazione familiare nel tempo della mediazione finalizzata alla conciliazione civile e commerciale*, 2011, p. 525 ss.

³ In *Fam., pers. e succ.*, 2010, p. 584, con nota critica di M. Proto, *Sulla illegittimità*

una più solida legittimazione positiva, hanno visto vanificato ogni sforzo per affermare la loro specificità.

Dunque un giudizio, – quello che si estrae dallo stralcio sopra riportato – del professore Proto Pisani, decisamente negativo che, del resto, è “confermato” dalle statistiche, di certo non positive, sulla mediazione civile obbligatoria, fornite dal Ministero della Giustizia.

Qui di seguito, pubblichiamo le statistiche relative ai procedimenti sottoposti a mediazione civile obbligatoria relative al periodo dal 1° gennaio-31 dicembre 2021 (Tabella 1) e si nota che nella maggior parte delle materie (condominio, risarcimento del danno da responsabilità medica, contratti bancari, assicurativi e finanziari) l'accordo non va raggiunto quasi mai e nelle materie più “adatte” alla mediazione (patti di famiglia, diritti reali) non si arriva nemmeno alla metà delle definizioni delle controversie, dinanzi al mediatore.

Si potrebbe obiettare che la pandemia da Covid-19 non abbia facilitato le definizioni delle controversie in sede di mediazione, ma le statistiche degli anni precedenti alla pandemia sono altrettanto impietose⁴.

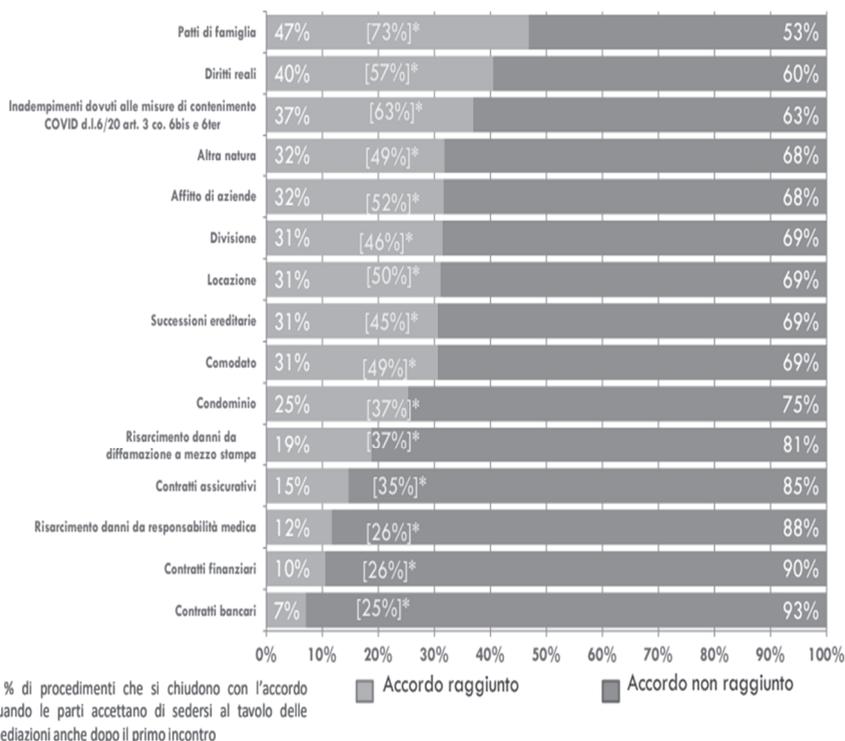
costituzionale della legge della Regione Lazio in tema di mediazione familiare, e 2011, p. 31, con nota di F.R. Fantetti, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*.

⁴Tra i vari contributi che hanno affrontato l'impatto del Covid-19 sulle obbligazioni e, quindi, anche sui rapporti contrattuali, si considerino, senza pretesa di esaustività: F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *www.giustizia civile.com*, 17 marzo 2020; A.M. Benedetti, R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *www.dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; A.A. Dolmetta, *“Rispetto delle misure di contenimento” della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *www.ilcaso.it*, 11 aprile 2020; C. Scognamiglio, *L'emergenza COVID 19: quale ruolo per il civilista?*, in *www.giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020; Id., *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 581; A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *www.giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; L. Guerrini, *Coronavirus, legislazione emergenziale e contratto: una fotografia*, in *www.giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020; A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, in M. Irrera (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Torino, 2020, p. 140; F. Macario, *Soppravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, p. 129.

Tabella 1.

Esito per materia

11 | 1 gennaio – 31 dicembre 2021



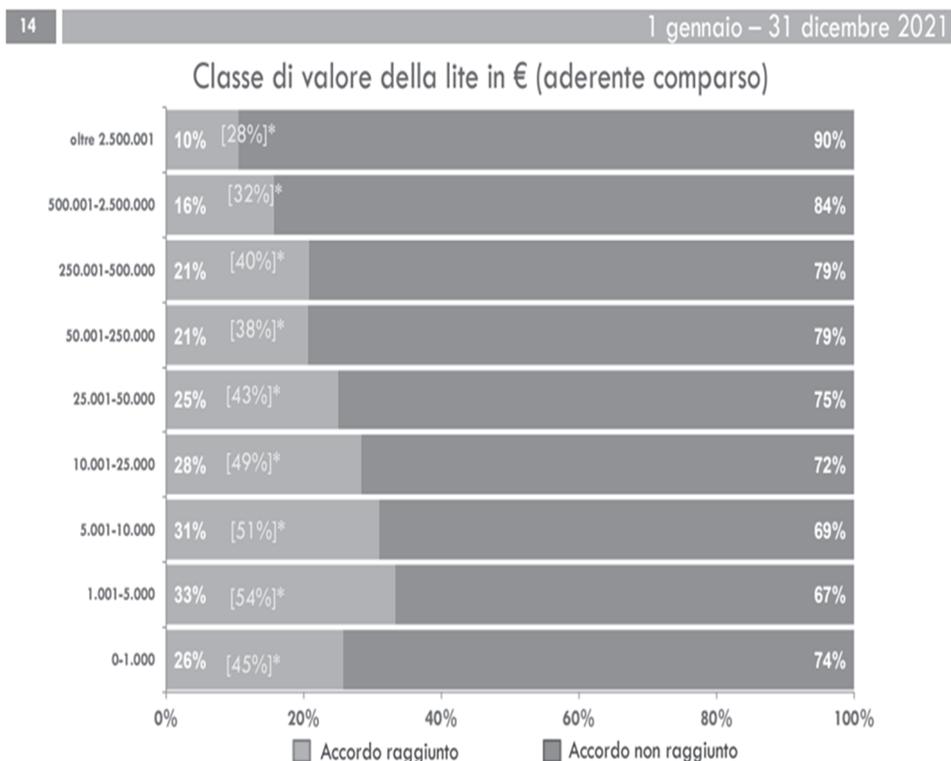
Fonte: Ministero della Giustizia 2021 ⁵

Nel grafico che segue, si evidenzia l'esito per classe di valore della lite e si traggono ulteriori – di certo non confortanti – conclusioni.

⁵ Ministero della Giustizia Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa – 2021 – su www.giustizia.gov.it.

Tabella 2.

Esito per classe di valore della lite



* % di procedimenti che si chiudono con l'accordo quando le parti accettano di sedersi al tavolo delle mediazioni anche dopo il primo incontro

Fonte: Ministero della Giustizia 2021 ⁶

L'introduzione di un metodo di risoluzione alternativo delle controversie quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale non ha avuto un'accoglienza positiva in poco più di dieci anni dalla sua introduzione; l'obbligo di sedersi al tavolo della mediazione o della negoziazione viene recepito come un'imposizione o, peggio, una "perdita di tempo" da archiviare prima di adire il tribunale. D'altra parte, la crisi del processo civile, induce a diffondere la cultura della mediazione che, però, anche se è stata resa

⁶ Ministero della Giustizia Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa – 2021 – su www.giustizia.gov.it.

obbligatoria, non ha raggiunto un'elevata diffusione, sia per quanto riguarda la mediazione civile sia per la negoziazione assistita. Anzi si ritiene da più parti che l'obbligatorietà viene percepita come un ostacolo all'accesso alla giustizia, piuttosto che un'opportunità. A nostro avviso queste procedure dovrebbero essere scelte da operatori consapevoli, informati e, su libera scelta; solo così esse potranno esprimere appieno le loro potenzialità e svolgere la funzione che il legislatore attribuisce loro. Dalla lettura delle tabelle 1 e 2 si evince che l'accordo – in caso di aderente comparso in mediazione – si è raggiunto, nel 2021, in media, meno di 3 volte su 10. La legge delega n. 206/2021 in effetti fa un uso più oculato dello strumento della mediazione obbligatoria, corredato da adeguati incentivi fiscali e da un progetto di “rafforzamento” della preparazione dei mediatori, soprattutto non giuristi. Gli aggiustamenti previsti dalla legge delega in esame sembra vadano nella giusta direzione anche se il legislatore italiano ha introdotto l'istituto della **mediazione** obbligatoria considerando che in Europa non vi erano dei modelli di riferimento⁷, cosicché si può senz'altro affermare che il sistema giuridico italiano, prevedendo l'esperimento del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità di una domanda giudiziale per una serie rilevante ed eterogenea di controversie civili e commerciali, rappresenta un vero e proprio *unicum* tra gli ordinamenti giuridici europei⁸ e non è stato nemmeno facile inquadrare il nuovo istituto nel suo rapporto con il procedimento giudiziario⁹, vista la portata innovativa della mediazione e delle ADR in generale, considerando che una riforma poco finanziata – dallo Stato – ha comunque pesato sulle tasche dei cittadini¹⁰ e sulle tempistiche generali della giustizia. Senza addentrarci, in questa sede, sugli interventi critici sulla mediazione degli ultimi 10 anni che, quasi unanimemente hanno tenuto distinta

⁷ Cfr. dir. n. 52/2008 CE del 21 maggio 2008 (in particolare: punto n. 14 dei *considerando* e art. 5), che demanda agli Stati membri la scelta della forma di mediazione più opportuna, salvo il limite del pregiudizio all'esercizio del diritto di accesso alla giustizia.

⁸ G. De Palo, M. Trevor, *Introduction*, in AA.VV., *EU Mediation Law and Practise*, a cura di G. De Palo e M. Trevor, Oxford, 2012, p. 3 [corsivo aggiunto]. Come accennato, il dato non viene diffuso dai giuristi italiani (ma è stato comunque segnalato da giovani studiosi di diritto comparato e di sociologia del diritto: cfr. rispettivamente A. De Luca, *La mediazione in Europa. Una questione di cultura e non di regole*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2013, p. 1480 e Reale, *La mediazione civile e l'Europa*, in *Sociologia dir.*, 2014, p. 107).

⁹ A. Albanese, *Dalla giurisdizione alla conciliazione. Riflessioni sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 237.

¹⁰ Per una sintesi delle problematiche dei costi della mediazione, cfr. da ultimo M. Gradi, *La mediazione e la conciliazione delle controversie civili*, in AA.VV., *Il processo civile*, IV, *Le riforme del quinquennio 2010-2014*, a cura di C. Punzi, Torino, 2015, p. 428 ss.

la fase di mediazione dalla successiva fase processuale¹¹ si può cercare di interpretare la riforma in atto come un tentativo non banale, capace di non catalogare le ADR quali goffi tentativi finalizzati a giustificare l'uso di strumenti di pressione e di coercizione del cittadino, in modo da scongiurare il suo ingresso in un'aula di tribunale civile. Sulla presenza effettiva, del cittadino, durante il procedimento di mediazione, la Corte di Cassazione si è pronunciata pochi anni orsono¹² e la soluzione preferita è nel senso di richiedere la presenza personale delle parti ma di consentire comunque l'ampio esercizio di una facoltà di delega a terzi in riferimento alla partecipazione al procedimento di mediazione. Inoltre, la Suprema Corte ritiene che non sia necessario un tentativo effettivo di conciliazione, essendo rimessa a ciascuna delle parti la facoltà di decidere se iniziare o meno lo svolgimento di una vera e concreta attività conciliativa (anche se taluni giudici territoriali hanno continuato a sostenere l'opposto orientamento, prevalente nella giurisprudenza di merito, secondo cui già nel corso del primo incontro di mediazione, superata e conclusa la fase dedicata all'informativa delle parti, si debba procedere ad effettiva mediazione)¹³. In verità il Tribunale di Firenze aveva già dimostrato una certa criticità – ma anche interesse – per la mediazione obbligatoria, infatti nel 2014 mediante ordinanza¹⁴ affrontava uno dei temi sensibili della novellata disciplina sulla mediazione civile e commerciale, ovvero l'esatta individuazione dell'attività di cui debba constare il tentativo che si ha per “avverato”: se, cioè, il mancato raggiungimento dell'accordo quale esito del “primo incontro” ai sensi dell'art. 8, comma 1, possa correlarsi alla ravvisata presa d'atto preliminare da parte del mediatore, che abbia previamente “chiarito” alle parti “la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione”, della loro effettiva volontà di avviare il procedimento, di modo che, ipotizzata l'indisponibilità di anche una sola di esse, il tentativo non vada neppure avviato; ovvero se l'interpello delle parti e dei difensori sulla “possibilità di iniziare la procedura di mediazione” non attenga alla valutazione di sussistenza di eventuali ostacoli alla celebrazione del tentativo, dovendosi in quest'ottica ritenere che il tentativo, ravvisati come insussistenti tali eventuali ostacoli, abbia da essere effettivamente esperito per potersi dire integrata la condizione di procedibilità. Una questione parallela a quella appena illustrata, su cui l'ordinanza dispone, attiene, inoltre, alla ne-

¹¹ *Ex multis*: D. Dalfino, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 387.

¹² Cass. n. 18068/2019 (e Cass. n. 8473/2019).

¹³ *Ex multis*: Trib. Firenze 8 maggio 2019, est. Ghelardini.

¹⁴ Trib. Firenze, ord. 26 novembre 2014.

cessaria presenza effettiva delle parti, personalmente considerate, al tentativo *de quo*. In termini generali, il giudice di Firenze scioglie i due dubbi interpretativi prospettati operando nel seguente modo: *a*) il tentativo di mediazione può dirsi integrare la condizione di procedibilità richiesta per le fattispecie di cui all'art. 5-*bis* (e nel caso di mediazione demandata) solo se effettivamente svolto; *b*) esso va inoltre effettuato alla presenza delle parti personalmente, senza che valga al riguardo alcun potere rappresentativo sostanziale degli avvocati (o di eventuali altri soggetti)¹⁵. In verità non solo il tribunale fiorentino ha dato voce a critiche sul nuovo sistema¹⁶ sia in ordine a difetti di sistema che di testo. Di certo una riforma del processo civile, per avere dei risultati tangibili in ordine all'efficienza e alla certezza del diritto, doveva per forza passare attraverso la previsione e disciplina di strumenti deflattivi del contenzioso che, potessero assicurare un alto grado di tecnicità ed efficienza, partendo dal presupposto che tutti i processi a cognizione piena sono in crisi profonda per mancanza di organico, per un eccessivo garantismo istruttorio e per una scarsa specializzazione di alcuni magistrati. Pertanto nasce spontanea l'esigenza che, con riferimento ad alcune, determinate categorie di controversie relative a diritti disponibili, individuate in ragione della materia, venisse introdotto, in via legislativa, quale condizione di procedibilità del processo, il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi ad un soggetto terzo e imparziale. L'ipotesi prospettata oltre a presentare molteplici vantaggi concreti, si presentava a riparo da qualsiasi sospetto di illegittimità costituzionale ed in linea con la normativa comunitaria¹⁷.

¹⁵ Vedi *Riv. dir. proc.*, n. 2, 1° aprile 2015, p. 558, nota a sentenza di Giovanni Raiti.

¹⁶ Cfr., con riferimento specifico alla mediazione delegata: Trib. Bologna 5 giugno 2014; Trib. Roma 30 giugno 2014; Trib. Rimini 16 luglio 2014; Trib. Cassino 8 ottobre 2014; Trib. Monza 20 ottobre 2014; Trib. Siracusa 17 gennaio 2015; con riferimento ad una fattispecie riferita, quale quella dell'ordinanza in commento, a fattispecie di obbligatorietà per materia, si veda, invece, Giud. di pace Lecce 6 novembre 2014; tutti i provvedimenti citati sono reperibili in www.adrmaremma.it.

¹⁷ Per questi rilievi, con riguardo agli ADR in generale v. F.P. Luiso, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2009, p. 187. M. Cappelletti, *Foreward to the Access-to-justice Project Series*, in *Access to justice*, M. Cappelletti, I, *A world Survey*, M. Cappelletti, Garth, I, Milan-Alphen aan den Rijn, 1978, p. X s. Su questa linea è stata coniata anche la locuzione di "giustizia complementare" e su tale direttiva il d.d.l. n. 1662/2020 di riforma del processo civile, secondo cui la valorizzazione delle soluzioni alternative alle controversie sono da considerarsi "complementari" al sistema giustizia, più che "alternative", non solo per l'effetto "alleggerimento" del carico giudiziario, ma anche perché "tengono conto delle relazioni sociali coinvolte, risanano lacerazioni e stemperano le tensioni sociali".

2. Il ruolo dell'avvocato nel prisma della degiurisdizionalizzazione delle controversie

A norma dell'art. 2, comma 2, l. n. 247/2012 il compito dell'avvocato è “garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti” ed in questa ottica, considerato lo stato di malato terminale del processo civile, è necessario, per l'avvocato cercare altri luoghi ed altre forme di tutela, nella consulenza ed assistenza (art. 2, comma 6, l. n. 247/2012) e, appunto, nelle ADR, anche considerando il fatto che la mediazione obbligatoria non può fare a meno degli avvocati. Nel presente saggio si prova a riflettere sugli aspetti più critici legati all'attuazione della mediazione obbligatoria, dal punto di vista del legale e da diversi punti di osservazione prospettica, nell'ottica dell'interazione tra il “modello” normativo e la realtà applicativa che si è sviluppata nella prassi. Infatti, anche prima dell'introduzione della previsione circa l'obbligatorietà dell'assistenza dell'avvocato durante la mediazione, di fatto, in oltre il 90% dei casi, le parti si facevano comunque assistere dal proprio legale di fiducia¹⁸. Bisogna porre attenzione all'interazione tra il sistema normativo, il sistema culturale ed il sistema organizzativo dentro e fuori le aule in cui si svolgono gli incontri di mediazione prendendo spunto dalla necessità di costituire un rapporto nuovo tra il cliente e l'avvocato. Certo non si può non investire in formazione, rivolgendosi sia ai mediatori, sia agli avvocati che assistono le parti, istanti e resistenti, nel procedimento di mediazione, per fugare il rifiuto preconcepito del tentativo di risolvere stragiudizialmente la lite e la riforma annunciata dalla legge delega n. 206/2021 sembra andare in questa direzione. Per cultura e formazione infatti, l'avvocato italiano è maggiormente “portato” al contenzioso giudiziale classico a detrimento di altre forme di deflazione del contenzioso che ai più, appaiono come poco garantiste e di scarso interesse professionale. Nel contesto della procedura di mediazione il ruolo dell'avvocato si configura in modo diverso rispetto al “momento” processuale, senza però costituire un limite al potere del difensore di argomentare le ragioni del proprio assistito. Deve escludersi, ad esempio, in sede di mediazione, la pretesa di un dovere dell'avvocato di essere completo nelle argomentazioni giuridiche, con la conseguente legittimità della costruzione di tesi giuridiche favorevoli al proprio cliente anche basate su una incompleta – e voluta – esposizione degli orientamenti giuri-

¹⁸ Cfr. G. Alpa, S. Izzo, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in AA.VV., *Quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, a cura di ISDACI, 2012.

sprudenziali e dottrinali, oltre che delle prove in suo possesso, tenendo sempre ben in considerazione la distinzione fra dovere etico e dovere di persuadere la controparte con l'assistenza del mediatore o, nel processo, il giudice¹⁹. La legge delega n. 206/2021, come è stato già detto, prevede di: 1. revisionare la disciplina sulla formazione e sull'aggiornamento dei mediatori e dei criteri di idoneità per l'accreditamento dei formatori; 2. riformare i criteri indicatori dei requisiti di serietà ed efficienza degli enti e le modalità della loro documentazione per l'iscrizione nel registro. Queste, a nostro avviso, giuste direttive investono l'avvocato di un ruolo centrale, visto il rinnovato maggiore tecnicismo previsto dalla riforma del 2021 a favore di una maggiore certezza del diritto a garanzia del cittadino, assicurando una migliore formazione degli operatori e qualità degli organismi, creando sinergie tra magistrati, avvocati, organismi e università. Bisogna anche tenere conto del fatto che un procedimento di mediazione affidato ad un mediatore capace di svolgere il proprio ruolo e con maggiori prerogative istruttorie, insieme ad avvocati più inclini a definire il contenzioso fuori dal palazzo di giustizia, può evitare le incognite tipiche di un processo, ovvero: incertezza circa le risultanze dell'attività istruttoria da svolgersi, conclusioni di una eventuale CTU da espletarsi, valutazione della documentazione sottoposta al giudice, possibili eccezioni e strategie della controparte e differenti orientamenti giurisprudenziali oltre che spiacevoli mutamenti della giurisprudenza in corso di causa. Sulla base di questi presupposti il legislatore conferma l'obbligatorietà della mediazione, prevedendo anche un'estensione ad alcune materie ulteriori, e cerca con maggior vigore, di indurre le parti ad avviare concretamente una trattativa, almeno per superare la soglia della fase informativa del primo incontro (art. 8, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) intraprendendo la mediazione vera e propria. Maggiori risorse economiche e maggiore preparazione di tutti gli attori della nuova mediazione, dovrebbero rendere questa riforma impermeabile alla pioggia di critiche degli anni passati nei confronti della mediazione che, prima e dopo la sua introduzione, imperversavano²⁰ nelle riviste scientifiche di settore.

¹⁹ F.C. De Laurentis, *When ethical worlds collide: teaching novice legal writers to balance the duties of zealous advocacy and candor to the tribunal*, in 7 *Drexel L. Rev.* 1 ss., spec. p. 16.

²⁰ Tra i primi contributi critici ricordiamo, A. Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge "a costo zero" (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, V, 2009, c. 221 ss.

3. Maggiori risorse economiche per la mediazione obbligatoria

Il legislatore ha compreso dopo oltre dieci anni dall'introduzione nell'ordinamento giuridico dell'istituto della mediazione che per rendere attrattiva la procedura fosse necessario renderla conveniente dal punto di vista economico. Per le misure in tema di ADR, il comma 39 della legge delega stanza 4,4 milioni di euro per il 2022 – a nostro avviso, pochi – e 60,4 milioni a decorrere dal 2023. Nel comma 4 si legge 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. Non vi è chi non vede che questa ultima previsione non è in linea con la riforma, perché per l'ennesima volta ci si affida al portafogli del cittadino per fare fronte ad un'esigenza di giustizia! Le risorse individuate dalla l. n. 206/2021 vengono impiegate (comma 4, lett. a) per:

- riordinare e semplificare gli incentivi fiscali” in materia, incrementando l'esenzione dall'imposta di registro di cui all'art. 17, d.lgs. n. 28/2010 e
- accrescere il credito d'imposta di cui all'art. 20, d.lgs. n. 28/2010, semplificando la procedura per il suo riconoscimento;
- finanziare l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alla mediazione (e alla negoziazione assistita);
- 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, di contro, non specifica in quale misura l'esenzione del verbale di accordo dall'imposta di registro andrà incrementata, ma sia la relazione della commissione Luiso che la relazione tecnica sottoposta al Parlamento ne ipotizzano il raddoppio, dagli attuali 50.000 € a 100.000 €²¹. Alcuni commentatori hanno previsto possibili condotte elusive delle norme fiscali in materia di imposta di registro, visto che gli importi di cui sopra permetterebbero di definire “a tasso agevolato” delle compravendite ad esempio di beni immobili, simulando una lite²². I maggiori poteri istruttori ed il rafforzato tecnicismo dei mediatori, dovrebbero consentire, a questi ultimi, di non accettare procedimenti di mediazione che simulano una lite. La legge delega interviene anche sul credito d'imposta di cui all'art. 20, d.lgs. n.

²¹ V. dossier 225/1 relativo al d.d.l. n. 1662 (Senato – XVIII legislatura): https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/dossier/52664_dossier.html.

²² *Profili fiscali nella mediazione delle controversie civili e commerciali*, in *ADR e mediazione*, a cura di M. Corradino e S. Sticchi Damiani, Torino, 2012, p. 129.

28/2010. Questa norma già prevede che si possa 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. Di fatto però, nella pratica, è difficilissimo poterne beneficiare, perché il beneficio è condizionato da una serie di passaggi burocratici in virtù dei quali il Ministero della Giustizia dovrebbe individuare le risorse da impiegare a questo scopo con delle farraginoso comunicazioni all'Agenzia delle Entrate²³.

3.1. Patrocinio a spese dello Stato

Riguardo al patrocinio a spese dello Stato, la legge delega non introduce nessuna novità. Com'è noto, il d.lgs. n. 28/2010 non prevede la possibilità di un tale beneficio dall'altra parte, certa giurisprudenza, afferma – vista l'obbligatorietà della mediazione – che il raggiungimento di un accordo prima della proposizione della domanda giudiziale, non esclude la possibilità di beneficiare del patrocinio a spese dello Stato²⁴, partendo dall'assunto che il gratuito patrocinio si estende anche a tutte le attività stragiudiziali necessarie per poter agire. Questo orientamento di alcuni tribunali territoriali, per la verità, trova conforto anche in talune decisioni degli Ermellini²⁵. Le decisioni della giurisprudenza richiamate in nota, di certo, non vanno nella direzione giusta; negare il “gratuito patrocinio” va nella direzione opposta rispetto agli intenti della legge delega n. 206/2021 che da un lato prevede di estendere la mediazione anche ad altre materie, e dall'altro non prevede esplicitamente la possibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato non facilitando il compito dell'avvocato. D'altro canto il Governo, avrà la possibilità, con i decreti attuativi, di colmare questo *vulnus*.

²³ D. Dalfino, *Mediazione*, cit., p. 588; cfr. la tabella 25-bis del d.m. 10 marzo 2014, n. 55, introdotta dal d.m. 8 marzo 2018, n. 37.

²⁴ 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*.

²⁵ Cass. 19 aprile 2013, n. 9529 ma anche Cass. 23 novembre 2011, n. 24723 ed in senso contrario: Cass. 31 agosto 2020, n. 18123 e Trib. Tempio Pausania 19 luglio 2016, in *elegal.it*; Trib. Roma 11 gennaio 2018, in *ilcaso.it*.

4 L'ampliamento della mediazione obbligatoria alle liti in materia di contratti di associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, società di persone, somministrazione e subfornitura

Un ampliamento dell'obbligatorietà della mediazione era stato auspicato, in dottrina, già negli scorsi anni²⁶ e la legge delega n. 206/2021 le ha recepite: sarà obbligatorio, infatti, esperire preventivamente ed ha pena di improcedibilità, il tentativo di mediazione obbligatoria anche per liti in materia di contratti di associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, società di persone, somministrazione e subfornitura. Non mancano, però, dei punti poco chiari. Non si comprende, ad esempio, se i contratti d'opera intellettuale siano compresi, in quanto, non menzionati. Ma vi sono anche delle incertezze legate all'uso delle parole usate dal legislatore delegante; per fare un esempio si nota che 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; è auspicabile che l'imminente decreto legislativo, chiarisca questo dubbio. Un'altra pecca, a nostro avviso, della legge delega in esame è l'aver tralasciato le controversie lavoristiche di cui all'art. 409 c.p.c.; il comma 4, lett. q), consente infatti l'impiego della sola negoziazione assistita, come avviene in ambito di separazione e di divorzio. Considerando che il rito del lavoro soffre di una congestione quasi insanabile, con dei rinvii insopportabili, sarebbe stato giusto estendere lo strumento della mediazione – come del resto era stato auspicato da più parti²⁷ – anche alle controversie di lavoro.

4.1. Onere di esperire la mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo

Un'altra novità in seno alla legge delega prevede l'avvio della mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo. Anche in questo caso vi sono delle incertezze e dei profili critici da rilevare, infatti è noto che l'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 28/2010 afferma che nel procedimento per in-

²⁶ *Commissione Alpa*, che lo limitava alle controversie in materia di subfornitura, franchising, leasing mobiliare non finanziario e società di persone e *Commissione Luiso*.

²⁷ *Commissioni Luiso*.

giunzione 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. Questa omissione ha creato, sin dall'introduzione della mediazione obbligatoria, molte incertezze che sono state "risolte" in modi differenti. Secondo un primo orientamento dei giudici di merito e di legittimità²⁸ grava sull'opponente l'onere di instaurare la mediazione, invece secondo un altro orientamento, recepito anche dalle Sezioni Unite²⁹ si afferma che l'onere di instaurare la mediazione grava sull'opposto, e dunque, nella denegata ipotesi in cui quest'ultimo non vi provveda, il decreto ingiuntivo deve essere revocato e va dichiarata l'improcedibilità della domanda giudiziale. La dottrina più attenta³⁰ riteneva che il legislatore delegato avesse l'onere di stabilire

²⁸ Cass. 3 dicembre 2015, n. 24629, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1319 e *Giur. it.*, 2016, p. 71, con nota di Benigni; Id. 16 settembre 2019, n. 23003; Trib. Nola 24 febbraio 2015, in *Giur. it.*, 2015, p. 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 M.A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 40; T. Liuzzi, *L'onere di promuovere la mediazione dopo l'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 111 ss.; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2019, p. 78 ma anche V. ad es. Trib. Milano 9 dicembre 2015, in *Soc.*, 2016, p. 1151; Trib. Reggio Emilia 21 gennaio 2016, in *eclegal.it*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr. Cuomo Ulloa, in *Nel prisma della mediazione*, Torino, 2016, p. 14 ss.

²⁹ Trib. Varese 18 maggio 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 2620, con nota di Tedoldi, *Mediazione obbligatoria e opposizione a decreto ingiuntivo*; Trib. Ferrara 7 gennaio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, c. 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 G. Reali, *La mediazione come condizione di procedibilità della domanda tra dubbi interpretativi e incertezze applicative*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 979 ss.; D. Dalfino, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: quando la Cassazione non è persuasiva*, in *Foro it.*, I, 2016, c. 1325 ss.; G. Balena, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1284 ss.; M. Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 58 ss., Cass. 18 settembre 2020, n. 19596, in *Giusto proc. civ.*, 2020, p. 1135 ss., con nota di M. Bove, *Onere della domanda di mediazione nel procedimento per ingiunzione*; in *Corr. giur.*, 2021, p. 559, *L'onere di mediazione grava sul creditore opposto: non un caso di overruling*; in *Giur. it.*, 2021, p. 338, con nota di V. Amendolagine, *Nell'opposizione a decreto ingiuntivo la mediazione grava sul creditore*.

³⁰ Commissione Luiso.

che l'obbligo grava sull'opposto, invece la l. n. 206/2021 al comma 4, lett. 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". Sarà quindi compito del Governo, scegliere l'una o l'altra soluzione, ed è auspicabile che ciò avvenga in modo chiaro e definitivo, per fugare ogni dubbio sulla disciplina da applicare.

5. La mediazione disposta dal giudice

A conclusione di questo breve excursus sulla mediazione obbligatoria e sulle nuove discipline contenute nella legge delega n. 206/2021, non si può non accennare alla mediazione demandata dal giudice³¹ quella che ha dato maggiori esiti definitivi. In effetti già 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. Si è osservato infatti che nei casi in cui il giudice ordina di ricorrere alla mediazione sulla base di una sua valutazione discrezionale il tasso di accordo è più elevato³² e ciò avviene per due ragioni:

1) autorevolezza del giudice, che convince le parti sull'utilità in concreto di avviare una trattativa servendosi dell'opera comunque imparziale del mediatore;

2) sempre maggiore professionalità e specializzazione del mediatore e, più in generale, degli organismi di mediazione.

La legge delega interviene su più fronti, investendo il Governo di un arduo compito nell'emanazione, sia di decreti legislativi che di regolamenti attuativi:

a) collaborazione tra uffici giudiziari, università, organismi di mediazione, avvocatura e altri enti e associazioni professionali finalizzata alla formazione degli operatori, al monitoraggio delle esperienze e al tracciamento dei provvedimenti che demandano la mediazione;

b) predisposizione di percorsi formativi specifici dedicati ai magistrati;

c) 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, lett. o, della legge delega);

³¹ D. Dalfino, *Mediazione*, cit., p. 310 ss.

³² Vedi, <https://webstat.giustizia.it/>.

d) supporto dell'Ufficio per il processo, che coadiuva il giudice nella valutazione dei presupposti di mediabilità (comma 18, lett. b), n. 1).

Per mettere in pratica tutto ciò, sarà necessario uno sforzo organizzativo imponente utilizzando al meglio anche l'ufficio del processo e le professionalità ad esso devolute. Sarà fondamentale anche una raccolta dei dati sul territorio anche perché la mediazione, nel corso di questi dodici anni è stata recepita a "macchia di leopardo" nel Bel Paese³³. In conclusione ricordiamo un altro passo dell'articolo sopra citato di Andrea Proto Pisani: "Prima di proseguire il discorso è da dire con chiarezza che fra tutti gli addetti alla giustizia civile (magistrati, avvocati, docenti) un dato, una premessa è fuori discussione e ripetuta ogni qual volta si pensi di intervenire sulla 'crisi' dei processi a cognizione piena di primo, secondo grado o cassazione attraverso disposizioni solo processuali, relative, come si suole dire, al solo rito. Non esistono riforme processuali, anche ottime sul piano tecnico, tali da essere sufficienti, di per sé sole, a consentire nella pratica l'obiettivo della realizzazione di un processo dalla ragionevole durata"³⁴, la riforma portata dalla legge delega n. 206/2021 non sarà una riforma perfetta, né decisiva, ma quanto meno rafforzando l'istituto della mediazione obbligatoria, tende verso una riforma della cultura processuale civilistica italiana, meno finalizzata al contenzioso e più orientata verso una definizione stragiudiziale delle controversie, d'ispirazione anglosassone e, una volta tanto, diretta ad una giustizia più celere e più certa, degna di uno Stato di diritto.

³³ P. Nappi, *I primi dieci anni della mediazione delle controversie civili e commerciali in Italia: riflessioni e proposte*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, p. 411 ss.

³⁴ A. Proto Pisani, *Problemi del processo civile rivisti da un ottantenne*, in *Riv. dir. proc.*, n. 6, 1 novembre 2019, p. 1429.