



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

*Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e
Comunitario*

*Corso di Laurea Magistrale in
Giurisprudenza*

a.a. 2021/2022

***L'OBBLIGO EX LEGE DI ESPERIRE IL
TENTATIVO DI MEDIAZIONE NELLE
CONTROVERSIE SUI DIRITTI REALI***

Relatore: Prof.ssa Beatrice Zuffi

Laureanda: Giulia Avanzi

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I.....	5
L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA.....	5
1. IL PANORAMA LEGISLATIVO ITALIANO PRIMA DEL D.LGS. N. 28/2010	5
1.1. Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia e i suoi precursori. La disciplina della conciliazione nel Codice di procedura civile italiano del 1940.....	5
1.2. Il tentativo obbligatorio di conciliazione come disciplinato da specifiche norme in vari settori dell'ordinamento.....	17
2. LA DIRETTIVA EUROPEA N. 52/2008 E IL SUO RECEPIMENTO IN ITALIA: LA LEGGE DI DELEGA N. 69/2009	27
3. IL D.LGS. N. 28/2010 E LA REGOLAMENTAZIONE MINISTERIALE DI ATTUAZIONE	34
3.1. L'art. 5, comma 1.bis, del D.lgs. n. 28/2010	36
3.1.1. La formulazione originaria	36
3.1.2. Il Decreto Ministeriale n. 180/2010 attuativo del d.lgs. 28/2010 e le successive modifiche ad esso apportate	40
4. LA PRONUNCIA DELLA C. COST. N. 272/2012 E I SUCCESSIVI INTERVENTI DEL LEGISLATORE	48
4.1. Le q.l.c. sollevate in relazione all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 e la pronuncia della Consulta del 2012	48
4.2. Gli interventi normativi successivi: dal "Decreto del Fare" al D.lgs. n. 68/2018	58
5. LE RIFORME PIU' RECENTI: IL DECRETO LEGGE N. 18/2020 ADOTTATO PER FAR FRONTE ALL'EMERGENZA SANITARIA CONNESSA ALLA DIFFUSIONE DEL COVID-19 (DECRETO CURA ITALIA), LE NORME IN MATERIA DI ADR CONTENUTE NELLA LEGGE DI DELEGA N. 206/2021 (RIFORMA CARTABIA SULLA GIUSTIZIA CIVILE) E LA LORO ATTUAZIONE	69
6. LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA NEL CONTESTO COMPARATISTICO E INTERNAZIONALE	85
6.1. Analisi comparatistica. A) La cultura statunitense della <i>Collaborative Law</i> e l'utilizzo della mediazione nei procedimenti civili avanti alle corti federali e statali (<i>ADR Court-annexed Programs</i>).....	86
6.1.1. L'obbligo delle parti di tentare la conciliazione in base a quanto previsto dalla <i>Rule 16</i> delle <i>Federal Rules of Civil Procedure</i>	90
6.1.2. Il ricorso obbligatorio alla mediazione nelle controversie riguardanti la contrattazione collettiva nei servizi postali federali (<i>39 US Code - 1207</i>).....	91

6.2.	B) La legislazione argentina sulla mediazione obbligatoria	92
6.3.	C) La tradizionale predisposizione confuciana per la composizione negoziale delle controversie e gli interventi disposti recentemente.....	96
6.3.1.	L'evoluzione a "U" della mediazione nel sistema cinese	96
6.3.2.	Le due principali tipologie di mediazione e le relative norme di riferimento	101
6.3.3.	Le recenti evoluzioni giuridiche dell'ordinamento cinese: la modifica del C.P.L., l'approvazione del Quattordicesimo Piano quinquennale per lo sviluppo economico e sociale nazionale e le novità in tema <i>one-stop multi-mechanism for dispute resolution</i>	105
6.4.	D) Il tentativo di conciliazione nell'ordinamento britannico	110
6.4.1.	Il ricorso a procedure alternative di risoluzione delle controversie in base a quanto stabilito dalle <i>Civil Procedure Rules</i> e dai <i>Pre-Action Protocols</i>	111
6.4.2.	Una questione dibattuta: la possibilità nel sistema di giustizia inglese di imporre alle parti la partecipazione alla mediazione	114
6.5.	La regolamentazione transnazionale della mediazione: I) La <i>UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation</i> e le recentissime <i>UNCITRAL Mediation Rules</i>	119
6.6.	II) La Convenzione di Singapore.....	124
7.	<i>ARGOMENTAZIONI A FAVORE E CONTRO L'OBBLIGATORietà DELLA MEDIAZIONE</i>	129
7.1.	Le ragioni e gli aspetti positivi della scelta operata dal legislatore italiano.....	133
7.2.	Critiche e perplessità sull'obbligatorietà della mediazione	136
CAPITOLO II		143
LA DISCIPLINA DELLA CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ CONSEQUENTE ALL'OBBLIGO NORMATIVO DI MEDIAZIONE PER CERTE TIPOLOGIE DI CONTROVERSIE CIVILI		143
<i>1. LE CATEGORIE DI CONTROVERSIE SOTTOPOSTE ALL'OBBLIGO DEL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE</i>		143
1.1.	I criteri-guida seguiti dal legislatore per la scelta delle materie da assoggettare alla mediazione obbligatoria e le critiche mosse al riguardo dalla dottrina.....	143
1.2.	La necessità indotta dall'art. 24 Cost. di interpretare restrittivamente le voci dell'elenco di cui all'art. 5, comma 1. <i>bis</i> , d.lgs. 28/2010.....	148
1.3.	I procedimenti sottratti all'obbligatorietà del tentativo	152
1.4.	La condizione di procedibilità e il suo corretto avveramento	164

1.5.	Il rapporto tra mediazione e altri meccanismi di ADR obbligatori e l'alternatività nella scelta del meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie	183
1.5.1.	La stipulazione della convenzione di negoziazione assistita come condizione di procedibilità della domanda giudiziale ai sensi dell'art. 3, D.L. n. 132/2014	183
1.5.2.	La Consulenza Tecnica Preventiva a fini conciliativi <i>ex art. 696.bis</i> c.p.c. non esclude il ricorso alla mediazione obbligatoria: i due istituti non sono alternativi.....	197
1.5.3.	L'obbligatorietà della mediazione in materia di contratti bancari, finanziari e assicurativi: l'alternatività e il rapporto con l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) e l'Arbitro Assicurativo (AAS).....	202
1.5.4.	Le procedure conciliative o arbitrali delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.....	210
2.	<i>L'EFFICACIA DELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA IN BASE ALLE RILEVAZIONI STATISTICHE</i>	216
CAPITOLO III		229
LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA IN MATERIA DI DIRITTI REALI		229
1.	<i>IL PRIMO GRUPPO DI CONTROVERSIE SOTTOPOSTE ALL'OBBLIGO DEL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE: LE LITI IN MATERIA DI CONDOMINIO, DIRITTI REALI, SUCCESSIONI E DIVISIONI, LOCAZIONE E COMODATO</i>	229
2.	<i>L'OBBLIGATORIETÀ DELLA MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE IN MATERIA DI DIRITTI REALI</i>	239
2.1.	Inquadramento delle categorie dei diritti reali	239
2.2.	Controversie relative alla tutela della proprietà e ai suoi modi di acquisto	245
2.2.1.	L'usucapione e le difficoltà applicative dell'obbligo <i>ex lege</i> di mediazione	245
2.2.2.	L'applicabilità dell'art. 5, comma 1. <i>bis</i> , in materia di proprietà industriale	250
2.2.3.	Il previo esperimento del tentativo di conciliazione in caso di liti riguardanti la validità e l'efficacia dei contratti di compravendita immobiliare e la recente ordinanza emessa dalla Suprema Corte di Cassazione	255
2.3.	Controversie connesse alle liti in materia di diritti reali	260
2.3.1.	Le cause in materia di condominio. A) I poteri dell'amministratore condominiale in sede di mediazione e le controversie relative alle parti comuni dell'edificio, alle delibere assembleari, al regolamento di condominio e alle obbligazioni condominiali	260
2.3.2.	B) Aree in cui la mediazione obbligatoria non opera nonostante si verta in ambito condominiale	271
2.3.3.	L'incombente della mediazione obbligatoria in materia di scioglimento della comunione: il rinvio alle norme sulla divisione ereditaria e la pronuncia del Tribunale di Prato del 2011.....	274

2.4.	La Legge n. 17/2001 della Provincia autonoma di Bolzano e le problematiche sull'assegnazione e sulla prelazione del maso chiuso: il combinato disposto del D.lgs. n. 28/2010 e del tentativo di conciliazione presso la Ripartizione provinciale Agricoltura previsto dall'art. 21 della L.P. n. 17/2001	276
2.5.	Controversie in materia di diritti reali di godimento e di garanzia	282
2.5.1.	Le servitù irregolari e il tema della sentenza che accerta l'inesistenza della servitù alla luce di una recente pronuncia della Cassazione.....	282
2.5.2.	Il verbale di mediazione omologato quale valido titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale	288
3.	LE PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA TRASCRIZIONE	291
3.1.	La trascrizione dell'accordo raggiunto in mediazione e la necessaria autenticazione del notaio in caso di trascrizione nei pubblici registri immobiliari.....	291
3.2.	L'opportunità di trascrivere la domanda giudiziale a norma dell'art. 5, comma 3, d.lgs. 28/2010 per ottenere il c.d. effetto prenotativo.....	297
4.	LA DOMANDA DI MEDIAZIONE: GLI EFFETTI	300
4.1.	Gli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 6, d.lgs. 28/2010.....	300
4.1.1.	L'effetto interruttivo della prescrizione collegato alla comunicazione della domanda di mediazione alla controparte e i dubbi sul prodursi dell'effetto sospensivo.....	300
4.1.2.	L'impedimento della decadenza una sola volta e la proposizione della domanda giudiziale entro il termine di decadenza in caso di mancata conciliazione	305
4.2.	Il coordinamento tra la mediazione obbligatoria, i provvedimenti cautelari conservativi <i>ante causam</i> e l'instaurazione del successivo giudizio di merito in considerazione della pronuncia del Tribunale di Brindisi del 2012	308
	CONCLUSIONI	315
	BIBLIOGRAFIA	321
	SITOGRAFIA.....	329
	FONTI NORMATIVE	333

INTRODUZIONE

Il d.lgs. del 4 marzo 2010, n. 28 ha introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto giuridico della mediazione civile obbligatoria. Quello che nel sistema precedente veniva definito "tentativo di conciliazione", obbligatorio per un limitato numero di controversie, con tale Decreto è divenuto un procedimento autonomo che costituisce "condizione di procedibilità della domanda giudiziale" per un'ampia rosa di materie, indicate all'art. 5 del d.lgs. 28/2010.

È accanto al processo, tradizionale tecnica di risoluzione della lite, che si colloca la mediazione, intesa come mezzo alternativo di risoluzione delle controversie. I sistemi ADR (*Alternative Dispute Resolution*), cui la mediazione è parte (insieme, tra i tanti, ad arbitrato e negoziazione assistita), sono strumenti di risoluzione delle controversie che consentono alle parti in lite di addivenire ad un accordo reciprocamente soddisfacente e compositivo della controversia evitando di dover instaurare il procedimento giurisdizionale ordinario. Per tale ragione, i meccanismi ADR vengono definiti metodi alternativi alla giustizia tradizionale.

La mediazione, nello specifico, è una particolare procedura finalizzata ad assistere due o più parti in lite tra loro nella ricerca, in considerazione dei rispettivi bisogni ed interessi, di un accordo amichevole risolutivo della controversia. Ruolo centrale è svolto dal mediatore, professionista terzo ed imparziale dotato dei requisiti di onorabilità e competenza, che ha il compito di aiutare le parti (senza poter, a tal fine, rendere giudizi o decisioni vincolanti) a raggiungere un accordo condiviso evitando in questo modo il ricorso al giudice.

Le ragioni per le quali il legislatore, dapprima comunitario e poi italiano, è intervenuto introducendo misure sempre più cogenti e dettagliate in materia di procedimento di mediazione sono essenzialmente due, entrambe palesate nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 28/2010: garantire «una reale spinta deflattiva» al carico giudiziario e «contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie».

Al fine di perseguire detti obiettivi, il legislatore italiano, tra l'altro, ha introdotto all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 la c.d. mediazione obbligatoria. Se, in linea di principio, chiunque sia parte di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili può liberamente ricorrere allo strumento della mediazione per tentare di risolvere la lite, per alcune specifiche controversie il ricorso alla mediazione è obbligatorio: si tratta, ad

oggi, delle controversie relative alle materie elencate all'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010 (condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari), alle quali si aggiungeranno, a partire dal 30 giugno 2023, quelle indicate nel nuovo art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022 (associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura). La natura obbligatoria della mediazione deriva dalla circostanza che, in ipotesi di controversia relativa ad una delle materie stabilite *ex lege*, il procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della successiva ed eventuale domanda giudiziale, il che significa che per poter ottenere una sentenza di merito è necessario previamente esperire un tentativo di mediazione. Naturalmente l'obbligatorietà è connessa solo all'eventuale azione giudiziaria: nelle controversie in questione, solamente se la parte vuole rivolgersi al giudice dovrà prima tentare la via della mediazione, non essendovi alcun obbligo in tal senso nel caso in cui non intenda incardinare una causa giudiziale. L'obbligatorietà, inoltre, riguarda propriamente la mediazione, non la conciliazione: in caso di lite avente ad oggetto una delle materie di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010, la parte intenzionata ad agire in giudizio dovrà previamente ed obbligatoriamente esperire il tentativo di mediazione, non essendo però in alcun modo obbligata a raggiungere con la controparte un accordo conciliativo. Pertanto, se il procedimento di mediazione previamente tentato non dovesse avere esito positivo e, dunque, le parti non dovessero aver trovato un accordo conciliativo, le stesse potranno rivolgersi legittimamente al giudice (in quanto la condizione di procedibilità si considera correttamente avverata) per ottenere una sentenza che definisca la controversia insorta. Il meccanismo della condizione di procedibilità così disciplinato non limita o impedisce l'esercizio del diritto di accedere alla giurisdizione garantito dall'art. 24 della nostra Carta Costituzionale.

Uno dei temi più dibattuti in materia di mediazione obbligatoria è quello relativo alla compatibilità del regime dell'obbligatorietà con il carattere volontaristico dei meccanismi ADR. Ci si è chiesti se possa essere contraddittorio parlare di mediazione e, al contempo, di obbligatorietà della stessa. Si tratta forse di un ossimoro? Se, da un lato, una parte della dottrina ha sottolineato come l'obbligatorietà della mediazione si ponga

in contrasto con la natura stessa della conciliazione, la quale solo se basata su una adesione spontanea, volontaria e libera delle parti può portare al raggiungimento di accordo conciliativo (volendo usare le parole del Consiglio Superiore della Magistratura «il tentativo di conciliazione può avere successo solo se sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se svolto per ottemperare ad un obbligo»), dall'altro lato, a parere della scrivente, è importante evidenziare come la disciplina della mediazione obbligatoria, nella misura in cui non obbliga le parti a concludere un accordo conciliativo e non pregiudica il loro diritto di rivolgersi al giudice, permetta in realtà di creare un essenziale bilanciamento tra l'interesse del privato cittadino alla libera scelta della soluzione del conflitto e l'interesse dell'ordinamento all'efficace svolgimento della funzione giudiziale, anche grazie alla riduzione del carico di lavoro pendente presso le corti.

Il presente elaborato si propone di analizzare l'istituto della mediazione obbligatoria come regolato dal d.lgs. 28/2010, ponendolo nella più ampia cornice nazionale e internazionale del movimento di risoluzione alternativa delle controversie, con l'obiettivo di coglierne le criticità e, al contempo, l'efficacia, considerando l'evoluzione normativa che lo ha caratterizzato e guardando alle prospettive future presentate con il recente d.lgs. 149/2022.

Il Capitolo I è dedicato all'analisi dell'evoluzione normativa della mediazione obbligatoria, partendo dalla disciplina della conciliazione come delineata nel Codice di procedura civile del Regno d'Italia, passando per le riforme nazionali più importanti, quali la Legge Delega n. 69/2009, il d.lgs. 28/2010, la pronuncia della Corte costituzionale n. 272/2010 e il c.d. Decreto del Fare del 2013, per arrivare ai recenti sviluppi normativi di cui la Riforma Cartabia e il d.lgs. 149/2022, recante attuazione alla Legge Delega n. 206/2021. In ottica futura, è importante evidenziate come la mediazione sia stata profondamente modificata dal d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022. Le novità più significative hanno riguardato l'ampliamento delle materie per le quali la mediazione è condizione di procedibilità, la durata del procedimento di mediazione, la mediazione c.d. telematica, la mediazione in ambito condominiale e l'estensione del gratuito patrocinio a spese dello Stato anche ai procedimenti di mediazione. Il Capitolo analizza, poi, la disciplina della mediazione obbligatoria nel contesto comparatistico e

internazionale, al fine di comprenderne le similitudini e le diversità rispetto alla normativa italiana.

Al Capitolo II viene analizzata, dapprima, la disciplina della condizione di procedibilità di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 e delle controversie civili ad essa assoggettate; successivamente, una particolare attenzione viene dedicata al rapporto tra la mediazione obbligatoria e altri meccanismi ADR obbligatori, quali la negoziazione assistita, la Consulenza Tecnica Preventiva, l'ABF, l'ACF, l'AAS, nonché le procedure conciliative o arbitrali adottate dalle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

Infine, il Capitolo III è interamente dedicato alla disciplina della mediazione obbligatoria nelle controversie in materia di diritti reali, in considerazione del fatto che, alla luce dei dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia analizzati al Capitolo II, le liti in materia di proprietà e diritti reali di godimenti e garanzia risultano essere quelle per le quali è stato registrato negli ultimi anni un maggiore numero di iscrizioni di mediazione e nelle quali è più alta la percentuale di raggiungimento di un accordo conciliativo.

CAPITOLO I
L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA

1. IL PANORAMA LEGISLATIVO ITALIANO PRIMA DEL D.LGS. N. 28/2010

1.1. Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia e i suoi precursori. La disciplina della conciliazione nel Codice di procedura civile italiano del 1940

La composizione amichevole di una lite raggiunta dalle parti grazie all'intervento di un terzo qualificato costituisce da sempre un elemento dell'esperienza giuridica italiana e internazionale. Il raggiungimento di un compromesso tra le parti è ciò a cui mirano sia la mediazione che la conciliazione. È opportuno precisare sin da subito che, sebbene talvolta i termini “mediazione” e “conciliazione” vengano utilizzati come sinonimi¹, essi fanno riferimento a due istituti differenti². Merita osservare preliminarmente, senza pretese di completezza, quanto segue. La principale differenza tra conciliazione e mediazione sta nel fatto che la prima è prevista come tentativo di risoluzione bonaria della controversia all'interno di un giudizio già instaurato³ (il giudice svolge in tale contesto un ruolo centrale), mentre la seconda può essere svolta anche se la causa non è ancora stata promossa, davanti ad un soggetto terzo ed imparziale diverso dal giudice⁴. Ciò considerato, è altrettanto vero che i due istituti perseguono lo stesso scopo: giungere

¹ Ad esempio, l'ufficio di Shenzhen della *China International Economic and Trade Arbitration Commission* ha affermato che le due espressioni possono essere utilizzate in maniera intercambiabile nell'ambito giuridico cinese.

² Da un punto di vista terminologico, il legislatore italiano del 2009 (Legge Delega 69/2009) utilizzò l'espressione “mediazione finalizzata alla conciliazione”, così sottintendendo che la mediazione è il procedimento e la conciliazione il risultato cui essa mira.

³ Esempi classici di conciliazione all'interno di un processo già instaurato sono quelli che caratterizzano le controversie in materia di lavoro e i giudizi davanti al giudice di pace. Il fatto che la conciliazione sia prevista come tentativo di risoluzione bonaria della controversia all'interno di un giudizio già instaurato non significa, però, che la conciliazione sia sempre giudiziale: il codice di procedura civile prevede diversi casi in cui la persona che ritiene di essere stata lesa nei propri diritti, anziché ricorrere direttamente in tribunale, convochi controparte davanti ad un organismo terzo (es. la commissione di conciliazione) per cercare di raggiungere una soluzione bonaria (cfr. www.laleggepertutti.it)

⁴ Per un approfondimento sulle differenze tra mediazione e conciliazione vedere *La nuova mediazione, Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal “Decreto del fare”*, a cura di FALCO-SPINA, Milano, 2014, p. 10 e ss.; *Conciliazione e mediazione: le differenze*, pubblicato l'11 dicembre 2018 in <https://regolazionemercato.camcom.it/P42A1097C851S562/Conciliazione-e-mediazione--le-differenze.htm>.

ad una conclusione pacifica della controversia. Sia la mediazione che la conciliazione, difatti, mirano ad evitare di andare in giudizio o di proseguirlo se il tribunale è già stato adito, grazie all'intervento di una figura terza che cerca di far convergere le opposte pretese ed esigenze delle parti.

Nei sistemi giuridici occidentali del passato, caratterizzati dalla centralità della legge e dalla priorità della giurisdizione⁵ quale mezzo per la sua attuazione⁶, lo strumento conciliativo aveva un ruolo del tutto residuale, ricorrendosi ad esso per lo più come «ripiego a fronte di una situazione drammatica della giurisdizione statale (...) o come strumento deflattivo di una richiesta di tutela giurisdizionale, cui l'apparato pubblico non riesce a far fronte⁷». Nonostante la conciliazione rivestisse, dunque, un ruolo secondario rispetto a quello ricoperto della giurisdizione, il legislatore italiano non esitò a promuoverne, in vario modo e in diverse sedi, l'utilizzo. Difatti, già agli inizi dell'800 in Italia comparvero le prime normative in materia di conciliazione.

Il Codice di procedura civile del Regno delle due Sicilie del 1819 e la più tarda codificazione del Regno di Sardegna del 1854 rappresentano la matrice della disciplina dell'istituto conciliativo introdotto dal R.D. n. 2626 del 1865 sull'Ordinamento giudiziario e del Codice di procedura civile del Regno d'Italia.

L'istituto della conciliazione è, dunque, molto risalente: compare per la prima volta nel Regno di Napoli a seguito dell'invasione napoleonica del 23 gennaio 1806.

Il sistema giudiziario del Regno di Napoli già si caratterizzava per la presenza dei c.d. «giudici minori», i quali svolgevano essenzialmente la funzione di «pacieri», più che di magistrati⁸. L'esistenza di queste figure ha favorito la creazione di un terreno fertile per il recepimento della legislazione francese e del Codice di procedura civile nella versione

⁵ Sul concetto di priorità della giurisdizione vedere LUIISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, consultabile in www.judicium.it; PASSANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, p. 3.

⁶ Cfr. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, p. 16.

⁷ In questi termini LUIISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, *Op.cit.*. L'approccio alla conciliazione tipico dei sistemi giuridici occidentali si differenziò profondamente, sin dal passato, da quello dei sistemi orientali (cfr. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 17). Tra questi merita di essere menzionato, in particolare, il sistema giuridico cinese, nel quale (sotto l'ideologia confuciana prima e il pensiero maoista poi) la conciliazione venne sempre considerata un rimedio naturale e prevalente per la risoluzione delle controversie (il tema sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo 6.3. del presente capitolo).

⁸ Cfr. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, volume III, terza edizione, Milano, p. 4.

napoleonica, nonché per l'affermarsi del giudice di pace con funzioni conciliative. Più precisamente, è stata l'introduzione del Codice di procedura civile francese del 1809 ad attribuire ai giudici di pace tale ruolo. Costoro nei vari «ripartimenti» in cui erano dislocati esercitavano le loro competenze giurisdizionali in materia civile e penale, ma spettava loro anche «il compito di indurre le parti ad una soluzione concordata della controversia nel corso del tentativo di conciliazione». Tale tentativo, essendo condizione di procedibilità di ogni domanda giudiziale, era «forzoso ed universale» per le parti⁹. Tuttavia, quella dei giudici di pace con funzione conciliativa fu essenzialmente un'esperienza negativa. Sebbene in capo a costoro vi fosse un cumulo di funzioni, quelle giurisdizionali e quelle conciliative, nella prassi essi operavano principalmente come giudici e non come pacificatori. Per questa ragione l'istituto della conciliazione non diede i risultati sperati.

Un tentativo di potenziare e garantire l'effettività dell'istituto conciliativo venne fatto nel marzo del 1819 con l'introduzione del Codice del Regno delle due Sicilie¹⁰.

Il Regio decreto n. 727 del 1817 sull'ordinamento giudiziario del Regno delle due Sicilie istituì in ogni comune del Regno¹¹ una nuova figura: quella del «conciliatore», il quale sostituì il giudice di pace di derivazione francese¹².

Nel rispetto di quanto previsto dal Codice napoletano, il conciliatore era tenuto a dare «udienza sempre che il bisogno lo esiga, non escluse le sere ed i giorni festivi» e, in ogni caso, doveva «periodicamente stabilirla due volte la settimana nella casa comunale» (art. 1 c.p.c. napoletano). In aggiunta, egli doveva tenere «pubbliche le udienze nei giudizi» e «renderle segrete nelle conciliazioni».¹³ A norma dell'art. 41 c.p.c. napoletano, inoltre, il conciliatore aveva il potere di pronunciarsi, senza che sul punto potesse poi essere

⁹ SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 33.

¹⁰ Nello specifico, dopo la caduta della dominazione francese e a seguito della nascita del Regno delle Due Sicilie.

¹¹ Osserva GARULLO, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, I, Napoli, 1876, p. 36 e ss., che a differenza dei giudici di pace, i quali erano dislocati in ogni ripartimento, i conciliatori vennero dislocati in ogni Comune del Regno al fine di garantirne una «maggiore capillarizzazione» sul territorio, in modo da evitare le spese di viaggio, soprattutto in caso di controversie di modico valore.

¹² I giudici di pace del vecchio ordinamento presero il nome di *giudici di circondario* e i circondari coincidevano con i vecchi ripartimenti.

¹³ Il conciliatore, inoltre, doveva richiamare «all'ordine» e far «espellere gli astanti che recassero disturbi o commettessero irriverenze», potendo ordinare nei loro confronti «in caso di pertinacia» anche l'arresto (artt. 2 e 4 del Codice di procedura civile del Regno delle due Sicilie, Parte terza, Libro I, Titolo I).

proposto appello, «nella azioni personali relative a mobili che non accedano il valore definito di ducati sei». Sempre in punto di competenze - a differenza di quanto accadeva per il giudice di pace, il quale, come si è detto, esercitava la sua funzione di conciliazione in via marginale - al conciliatore veniva riconosciuto primariamente il compito di spegnere «le inimicizie e gli odi fra gli abitanti del Comune»¹⁴ e di «adoperarsi (con uguale zelo), quante volte ne sia richiesto, per comporre fra loro le liti insorte o temute»¹⁵.

L'espressione appena riportata, contenuta nell'art. 20 c.p.c. napoletano, era talvolta interpretata nel senso di qualificare il tentativo di conciliazione - come disciplinato nel Codice napoletano - non come obbligatorio, bensì come facoltativo. Essendo la conciliazione uno strumento di pacificazione dei conflitti sarebbe stato contraddittorio prevedere come obbligatorio l'esperimento del tentativo. L'obiettivo dell'istituto, che era quello di rimarginare il conflitto insorto ed evitare quello temuto, sarebbe stato più difficile da perseguire con un tentativo di conciliazione imposto *ex lege*, poiché la reale volontà delle parti poteva non essere quella di conciliarsi. Tale rischio poteva essere scongiurato, rimettendo la scelta di procedere dinnanzi al conciliatore alla libera e spontanea decisione delle parti. In tal modo si riteneva evidentemente più probabile giungere ad una soluzione pacifica¹⁶.

Sebbene fosse preferibile, allora, prevedere la facoltatività dell'esperimento conciliativo, vi sono almeno due precisazioni da fare.

Innanzitutto, lo stesso Codice all'art. 21 prevedeva un'ipotesi al ricorrere della quale il conciliatore aveva l'obbligo di esercitare le sue funzioni a prescindere dalla richiesta delle parti (nello specifico, la richiesta per comporre la lite si considerava "presunta"). Si tratta delle cause in cui i coniugi erano separati di fatto ovvero di giudizi tra ascendenti e discendenti in linea retta.

In secondo luogo, per evitare che i tentativi di conciliazione "come atti volontari" potessero portare ad una irragionevole dilatazione dei tempi di un processo pendente,

¹⁴ Art. 19 del Codice di procedura civile del Regno delle due Sicilie, Parte terza, Libro I, Titolo II.

¹⁵ Art. 20 del Codice di procedura civile del Regno delle due Sicilie, Parte terza, Libro I, Titolo II.

¹⁶ In questi termini SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 36 e BENTHAM, *De l'organisation judiciaire et de la législation*, in *Oeuvres*, III, Bruxelles, 1830, p. 49.

l'art. 31 c.p.c. napoletano escludeva che l'esperimento delle conciliazioni potesse impedire il corso del giudizio.

Sebbene la conciliazione disciplinata dal codice napoletano presentasse un carattere generale, nel senso che poteva essere esperita per tutte le tipologie di controversie «sempre che le parti possano disporre dei loro diritti e non si tratti di materia in cui siano proibite le transazioni¹⁷», all'art. 30 del Codice venivano indicate quattro ipotesi tassative al verificarsi delle quali scattava un divieto assoluto di conciliazione. Si trattava delle azioni civili «contro i giudici per la loro ricusa, per la disapprovazione dei patrocinatori, per lo stato delle persone e per le tutele¹⁸».

Un'importante novità introdotta dal legislatore del Regno delle due Sicilie volta a garantire una maggiore incisività dell'istituto della mediazione riguardò l'efficacia del verbale di conciliazione. La disciplina dettata per quest'ultimo risultava innovativa rispetto a quanto previsto nel sistema francese¹⁹, tant'è che verrà ripresa anche nelle legislazioni successive²⁰. La norma di riferimento è l'art. 39 c.p.c. napoletano, il quale riconosce una particolare forza giuridica al verbale redatto in caso di esito positivo dell'esperimento conciliativo. Più precisamente, la norma distingueva l'ipotesi in cui il verbale aveva valore di titolo esecutivo da quella in cui al verbale veniva riconosciuta semplicemente la forza di scrittura privata. Il primo caso si verificava quando la conciliazione non oltrepassava il valore di sei ducati: in tale evenienza si prevedeva che il verbale di conciliazione fosse «esecutivo contro le parti intervenute e i loro eredi²¹». Il verbale, invece, aveva soltanto forza di scrittura privata in tre casi previsti dalla norma: I) nell'ipotesi in cui l'atto di conciliazione oltrepassasse il valore di sei ducati; II) quando

¹⁷ Art. 22 del Codice di procedura civile del Regno delle due Sicilie, Parte terza, Libro I, Titolo II.

¹⁸ Non rientravano, in aggiunta, nelle competenze del conciliatore le questioni inerenti «lo Stato e il demanio, i comuni, gli stabilimenti pubblici, le corporazioni religiose, i minori, gli interdetti, le eredità vacanti, i presunti assenti o altri provveduti di curatore» (art. 28 c.p.c. napoletano).

¹⁹ L'art. 54 del Codice di procedura civile napoleonico riconosce al processo verbale soltanto forza di obbligazione privata escludendo che esso possa costituire titolo per procedere ad esecuzione forzata o per iscriverne ipoteca giudiziale.

²⁰ *In primis*, dal Codice di procedura civile del 1865.

²¹ L'attribuzione al verbale dell'efficacia di titolo esecutivo poggiava su un ragionamento assolutamente lineare: sebbene conciliazione e giudizio mirassero allo stesso risultato (ossia alla composizione della controversia) è evidente che la conciliazione fosse più vantaggiosa in termini di costi e benefici, essendo meno costosa e più celere. Per questa ragione, poiché l'oggetto della controversia rientrava nella competenza del conciliatore, nel senso che quest'ultimo poteva pronunciarsi sul medesimo oggetto con sentenza (in base a quanto previsto dall'art. 41 del c.p.c. napoletano), si reputava opportuno riconoscere al verbale efficacia esecutiva (cfr. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 39).

il valore non era definito; III) quando risultasse contro terzi aventi causa delle parti contraenti²².

In conclusione, si può affermare che la conciliazione come delineata nel codice del Regno delle due Sicilie fosse essenzialmente una conciliazione facoltativa, nel senso che essa era rimessa alla libera volontà delle parti. L'art. 21 del Codice, che prevedeva in capo al conciliatore l'obbligo di provvedere al tentativo di conciliazione, rappresentava infatti semplicemente una deviazione dalla disciplina generale.

Quella che nel codice napoletano rappresentava l'eccezione diventò nella codificazione del Regno di Sardegna del 1854²³ la regola. Venne, difatti, codificato un vero e proprio obbligo in capo al giudice di esperire il tentativo di conciliazione.

Il giudice cui faceva riferimento la codificazione era il c.d. giudice di mandamento, il quale doveva tentare un amichevole componimento della controversia nel corso dei giudizi di procedura che dinanzi a lui erano promossi. Il tentativo di conciliazione non era comunque consentito rispetto alle cause che esulavano dalla sua competenza contenziosa²⁴.

Nella codificazione sarda mutò completamente il ruolo delle parti: costoro potevano semplicemente sollecitare il giudice ad adempiere all'obbligo di tentare la conciliazione nell'ipotesi in cui quest'ultimo non procedesse in tal senso. In ogni caso, a fronte del mancato adempimento da parte del giudice dell'obbligo impostogli dalla legge, non era prevista dal legislatore sardo una conseguenza endoprocessuale, bensì esclusivamente una blanda sanzione disciplinare.

La previsione dell'obbligo di tentare la conciliazione in capo al giudice mandamentale non era l'unico elemento che differenziava le soluzioni del Codice del Regno di Sardegna

²² In tali ipotesi l'oggetto della controversia non rientrava nella competenza contenziosa del conciliatore e dunque costui, in sede di giudizio, non avrebbe potuto pronunciarsi con sentenza avente valore di titolo esecutivo. Conseguentemente, in sede conciliativa, risultava più corretto riconoscere al verbale esclusivamente il valore di scrittura privata (cfr. SANTAGADA, *Op.cit.*).

²³ Il Codice di procedura civile del Regno di Sardegna è stato promulgato da Vittorio Emanuele II con legge 16 luglio 1854. Il Codice è stato rivisto e aggiornato in vista della sua applicazione all'Italia unificata ed è stato pubblicato con legge 20 novembre 1859 (la versione del 1859 riprende la disciplina relativa alla conciliazione contenuta nel codice precedente). Il Codice è stato ulteriormente integrato il 15 aprile 1860 con i relativi regolamenti applicativi.

²⁴ Sul punto, tuttavia, va fatta una precisazione: alcune tipologie di cause, sebbene rientranti nella competenza del giudice di mandamento, erano sottratte al tentativo di conciliazione per ragioni legate all'idoneità dell'oggetto o all'incapacità dei soggetti.

da quelle del Codice napoletano²⁵. Un'ulteriore diversità ineriva alla disciplina del verbale di riuscita conciliazione. Mentre il Codice riconosceva al verbale efficacia di sentenza alle conciliazioni che non superavano il valore di sei ducati e di scrittura privata a quelle che eccedevano questa soglia, la legge sarda attribuiva al processo verbale di conciliazione la forza di sentenza²⁶. Più precisamente: le conciliazioni conclusive di cause di minor valore, che erano assoggettate ad una trattazione verbale, avevano efficacia immediata e in tal caso non erano richieste ulteriori formalità; mentre per le controversie di maggior valore, che richiedevano una procedura scritta, l'efficacia degli accordi conciliativi era subordinata all'emanazione di un'ordinanza da parte del giudice. La disciplina napoletana e quella sarda, sebbene differenti, erano accomunate dalla stessa *ratio*: l'efficacia della sentenza veniva riconosciuta solo con riferimento alla composizione di quelle cause per le quali il giudice era competente a pronunciare in sede contenziosa. Va precisato che se il giudice di mandamento si fosse dichiarato incompetente, avrebbe dovuto astenersi dall'esperimento del tentativo di conciliazione. Se, ciononostante, fosse proceduto ad un componimento, il verbale di conciliazione non avrebbe potuto acquistare forza di sentenza, ma all'accordo era comunque riconosciuto il valore di obbligazione privata²⁷.

A seguito dell'unificazione politica italiana del 1860 sorse il problema di creare una normativa uniforme su tutto il Regno d'Italia.

Nessuno metteva in discussione la necessità di mantenere in vita l'istituto conciliativo. Si trattava, però, di scegliere quale modello adottare tra quelli delineati nelle legislazioni degli Stati italiani preunitari: quello obbligatorio-preventivo di matrice francese delle leggi lombarde, quello facoltativo del Codice napoletano o quello giudiziale del Codice sardo.

²⁵ Una differenza, sul punto, vi è anche rispetto alla legislazione francese, in base a quanto sopra detto.

²⁶ Il fatto che al verbale venisse riconosciuto lo stesso effetto della sentenza, ossia l'idoneità a fondare l'azione esecutiva e la possibilità di procedere con l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, non implicava che esso potesse essere in tutto equiparato ad una sentenza. Il giudice, infatti, in sede di conciliazione non esercitava le sue funzioni di accertamento giurisdizionale e non definiva la questione sulla base del proprio giudizio, ma semplicemente aiutava le parti, collaborando con esse affinché le rispettive volontà trovassero un punto di incontro (cfr. SCIALOJA-MANCINI-PISANELLI, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, I, Torino, 1855, p. 128).

²⁷ Cfr. SCIALOJA-MANCINI-PISANELLI, *Op. cit.*, p. 135.

Nel Codice di procedura civile italiano, alla luce della proposta avanzata dalla Commissione speciale istituita per il coordinamento del Codice di procedura civile²⁸, e soprattutto, delle considerazioni e obiezioni²⁹ fatte sul punto, il legislatore del 1865 decise di introdurre una conciliazione giudiziale dinnanzi ai pretori e ai conciliatori da esperirsi nelle cause di loro competenza.

Con riferimento al procedimento davanti i pretori, l'art. 417 prevedeva espressamente che il pretore debba “procurare” di conciliare le parti, una volta ascoltate le loro ragioni ed eccezioni ulteriori.

Per quanto riguarda i conciliatori, l'art. 1 stabiliva che quest’ultimi, quando fosse loro richiesto, «devono adoperarsi per comporre le controversie» a condizione che «le parti abbiano la capacità di disporre degli oggetti su cui cade la controversia, e non si tratti di materia nella quale siano vietate le transazioni»³⁰. Erano previste alcune condizioni affinché scattasse l’obbligo di tentare la conciliazione: I) doveva esserci la richiesta di una parte; II) occorreva la capacità delle parti di disporre dei diritti oggetto di lite; III) non doveva trattarsi di materie per le quali vi è un divieto di transazioni; IV) doveva sussistere una effettiva controversia tra le parti³¹.

Il *favor* del legislatore italiano del tempo per una conciliazione facoltativa si evinceva dal combinato disposto degli artt. 1, 3 e 5 del c.p.c. 1866. L’art. 1, nel quale veniva utilizzata l’espressione “quando ne siano richiesti”, e l’art. 3, il quale disciplinava le modalità secondo le quali doveva essere avanzata la richiesta di conciliazione, facevano chiaramente riferimento alla necessità a che vi fosse una richiesta espressa di conciliazione delle parti rivolta al conciliatore³². La connessione tra conciliazione e

²⁸ La Commissione speciale proponeva: i) l’introduzione di un sistema di conciliazione in corso di causa e obbligatoria dinnanzi al pretore; ii) l’estensione di tale obbligo anche ai tribunali e alle Corti d’appello; iii) l’eliminazione dei giudici conciliatori e della conciliazione preventiva e obbligatoria.

²⁹ Contro la proposta della Commissione sono state mosse varie critiche, illustrate da PISANELLI, *I motivi del codice di procedura civile del Regno d’Italia e delle disposizioni transitorie di esso*, in FOSCHINI, Torino-Firenze, 1870, p. 18 e ss.

³⁰ Art. 2, comma 1, c.p.c. 1865.

³¹ Cfr. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 51. L’autrice sottolinea, inoltre, che «stante quest’ultimo limite, un mero malinteso o una divergenza d’opinioni, che non si traducano in un conflitto di interessi che abbia dato o possa dar luogo ad un giudizio civile, non possono essere dedotti in conciliazione. Qualora le parti, noncuranti del divieto posto dalla legge, richiedano al conciliatore di concretare e sanzionare in un processo verbale un loro accordo sul quale non esiste contestazione o controversia, non sussiste in capo a quest’ultimo dovere alcuno di svolgere il suo ufficio. Anzi, egli deve rifiutare la richiesta di conciliazione».

³² In relazione a questo aspetto, il Codice di procedura civile del 1865, come osserva MORTARA, *Commentario*, *Op.cit.*, p. 7, “rammentò ma non imitò” il codice napoletano, il quale all’art. 19 di fatto

volontà delle parti emergeva anche dal disposto dell'art. 5, comma 2, c.p.c. 1865. La norma stabiliva che la mancata comparizione anche di una sola delle parti avrebbe fatto cadere il tentativo di conciliazione, il quale non poteva essere riproposto se non previa domanda di tutte le parti. L'obbiettivo era quello di evitare possibili pressioni del conciliatore sulla parte, la quale nel momento in cui si rifiutava di comparire aveva dimostrato di non essere favorevolmente disposta verso la conciliazione³³.

L'esperimento del tentativo di conciliazione, dunque, era rimesso alla libera scelta delle parti, le quali, sia prima dell'instaurazione del giudizio sia in pendenza di questo, potevano rivolgersi al conciliatore al fine di evitare la lite temuta oppure comporre quella già insorta. La scelta del legislatore fu chiaramente quella di escludere l'esperimento conciliativo obbligatorio per tutte le controversie e, conseguentemente, di introdurre il principio della conciliazione volontaria. Probabilmente la *ratio* sottesa a questa scelta stava nel fatto che «l'idea di conciliazione ripugna al concetto di coazione»³⁴.

Sebbene, da un lato, il Codice del 1865 non preveda un tentativo di conciliazione obbligatorio per la generalità delle controversie, o per una categoria specifica di queste, dall'altro, un tentativo di conciliazione obbligatorio era previsto nei giudizi di separazione tra coniugi³⁵. L'art. 808 c.p.c. 1865 prevedeva, infatti, in capo al Presidente del tribunale non la semplice facoltà bensì il dovere di sentire entrambi i coniugi e «fare in seguito ad ambedue le rimostranze che crede atte a riconciliarli». Solo nell'ipotesi in cui la riconciliazione non avesse avuto esito positivo, o la parte citata non fosse comparsa, le parti sarebbero state tenute a presentarsi davanti al tribunale³⁶. In questo caso il tentativo era qualificabile come condizione di procedibilità della domanda di separazione e il giudice era obbligato ad esperirlo³⁷.

consentiva ai conciliatori di intromettersi nelle controversie tra i cittadini indipendentemente da una loro richiesta.

³³ Relazione PISANELLI, *I motivi del codice di procedura civile*, *Op.cit.*, p. 24. Sul punto MORTARA, *Commentario*, *Op.cit.*, p. 21, propone un'interpretazione differente. Il fatto che l'art. 5 c.p.c. 1865 non ammetta «altre richieste per la conciliazione, salvo che siano fatte da tutte le parti», e dunque il fatto che non sia ammesso un rinnovo dell'invito nei confronti della parte che non si è presentata, è in realtà sintomatico dello scetticismo del legislatore del 1865 nei confronti dell'efficacia dell'istituto conciliativo.

³⁴ MATTIROLLO, *Trattato*, I, p. 38.

³⁵ Vi è un'evidente ripresa della regola contenuta nell'art. 21 del Codice napoletano.

³⁶ Art. 808, comma 3, Codice di procedura civile del 1865.

³⁷ Tale tentativo, va precisato, non è successivo all'instaurazione del processo; dunque, non ne condiziona l'avvio ma eventualmente la prosecuzione.

Una disposizione di rilevante importanza ripresa nel Codice del 1865 fu quella relativa all'efficacia del verbale di conciliazione. L'art. 7 riprendeva le soluzioni adottate dal legislatore napoletano³⁸ apportando però delle necessarie modifiche. Il Codice napoletano all'art. 39 attribuiva al verbale efficacia di sentenza in caso di conciliazioni che non superavano il valore di sei ducati e di scrittura privata in quelle che eccedevano questo valore. L'art. 7, invece, stabiliva che il processo verbale di conciliazione sarebbe stato esecutivo contro le parti intervenute se l'oggetto della conciliazione non avesse superato il valore di trenta lire; in caso contrario, ossia quando l'oggetto della conciliazione non avesse superato il valore di trenta lire ovvero il suo valore non fosse stato determinato, l'atto di conciliazione avrebbe avuto soltanto la forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio. Il legislatore del 1865, a differenza di quello napoletano, non si limitò a riconoscere all'atto di conciliazione la forza di semplice scrittura privata, bensì gli attribuì l'efficacia di «scrittura privata riconosciuta in giudizio» probabilmente con l'intento di sottolineare come quel verbale fosse dotato «dell'autenticità e della fermezza di ogni altro atto pubblico»³⁹.

In analogia al legislatore napoletano il legislatore italiano del 1865 creò una connessione tra la forza giuridica del verbale di conciliazione - titolo esecutivo o scrittura privata riconosciuta in giudizio - e il valore dell'oggetto della conciliazione⁴⁰. Al verbale di conciliazione veniva riconosciuta forza di titolo esecutivo quando l'oggetto della conciliazione non superava il valore di trenta lire⁴¹, poiché si trattava di un caso in cui il conciliatore se chiamato a giudicare in sede contenziosa avrebbe potuto emettere una sentenza avente forza esecutiva. Nell'ipotesi in cui, invece, l'oggetto della conciliazione avesse avuto un valore superiore a trenta lire (oppure il valore non fosse stato determinato) al verbale di conciliazione sarebbe stata riconosciuta la forza di scrittura

³⁸ L'art. 7 c.p.c. 1865 prende spunto dall'art. 39 del Codice napoletano. Conseguentemente si differenzia dalla soluzione adottata dal legislatore sardo, il quale - come visto sopra - riconosce al verbale di conciliazione forza di sentenza.

³⁹ SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 55

⁴⁰ Per oggetto della conciliazione «deve intendersi la somma o valore pel quale la conciliazione venne conclusa, non l'ammontare, qualunque esso sia, del diritto caduto in controversia», in base a quanto previsto dalla *Nota della Direzione generale del Demanio e delle Tasse del 4 agosto 1880*.

⁴¹ Il valore di trenta lire è, inoltre, la soglia massima della competenza per valore del conciliatore in base a quanto previsto dall'art. 70 c.p.a. 1865. La norma, ai commi 1 e 2, stabilisce che «sono di competenza dei conciliatori tutte le azioni personali, civili o commerciali, relative a beni mobili, il valore delle quali non ecceda lire trenta. Sono altresì di competenza dei conciliatori le azioni relative alle locazioni di beni immobili, se la pigione o il fitto per tutta la durata della locazione non ecceda il detto valore».

privata riconosciuta in giudizio. In quest'ultimo caso sarebbe stato irragionevole riconoscere al verbale forza esecutiva in quanto neppure se la questione fosse stata decisa in sede contenziosa vi sarebbe stato titolo esecutivo, non potendo il conciliatore pronunciarsi su oggetti che esorbitano dai limiti della sua competenza per valore⁴².

In conclusione, si può dire che il legislatore del 1865 non introdusse nel Codice un modello di conciliazione analogo *in toto* ad uno di quelli disciplinati dagli ordinamenti preunitari. Egli optò per un modello che inglobasse e riprendesse, totalmente o parzialmente, alcuni dei tratti distintivi dei modelli preesistenti. Dal codice sardo venne ripresa l'idea di una conciliazione che si svolge davanti al pretore e al conciliatore in corso di causa; mentre, dalla legislazione napoletana venne ripreso lo schema della conciliazione obbligatoria davanti al Presidente del tribunale nei giudizi di separazione, nonché l'idea di una conciliazione preventiva-facoltativa «in sede non contenziosa» davanti al conciliatore per la generalità delle controversie.

È opportuno, ora, proseguire la trattazione analizzando il Codice di procedura civile italiano approvato con Regio Decreto nell'ottobre del 1940 e vigente dall'aprile del 1942⁴³.

In termini generali, si può dire che il codice del 1940-42 si discostò sensibilmente dal precedente Codice. Questo essenzialmente per la sua impostazione più marcatamente pubblicistica, nonché per la sua maggiore attenzione ai poteri del giudice rispetto ai poteri e alle esigenze delle parti.

Quanto alla conciliazione, il Codice del '40 si caratterizzò per un netto cambiamento rispetto al passato⁴⁴. Il *focus* legislativo non era più sulla conciliazione in sede non

⁴² Il legislatore operò questa distinzione per evitare, soprattutto con riferimento alle controversie di importante valore, che vi fosse un abuso dell'istituto. Se da un lato, infatti, riconoscere forza esecutiva a tutte le conciliazioni senza operare delle distinzioni in base al valore avrebbe avuto quale vantaggio quello di incentivare i soggetti a fare ricorso all'istituto, dall'altro lato il rischio - probabilmente per il legislatore troppo elevato rispetto al suddetto vantaggio - sarebbe stato quello di trasformare il conciliatore in un mero certificatore di "accordi precostituiti". Sul punto vedere SANTAGADA, *Op. cit.*

⁴³ Fu approvato con R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443 e venne redatto da L. Conforti, il quale si avvalse dell'aiuto di illustri professori, tra i quali Calamandrei, Carnelutti e Redenti. Il Codice è vigente dal 21 aprile 1942.

⁴⁴ Sul punto vedere MORTARA, *Commentario, Op.cit.*, p. 34. L'autore riteneva che la conciliazione fosse un'istituzione «che un'analisi obiettiva e serena conduce a censurare e a giudicare socialmente dannosa» e la cui utilità pratica ha poco significato. Per questo egli sarebbe stato favorevole all'abrogazione dell'istituto.

contenziosa, bensì sulla conciliazione in sede contenziosa, sviluppando e ampliando la scelta di fondo sottesa alla legislazione sarda e al codice del 1865⁴⁵.

La conciliazione in sede non contenziosa venne mantenuta nel nuovo codice «per forza di inerzia»⁴⁶ e ad essa vennero dedicate solamente un paio di norme: gli articoli 321 e 322 inseriti nel Capo relativo alle Disposizioni speciali per il procedimento davanti al conciliatore. Questa *species* di conciliazione venne affidata al giudice conciliatore, il quale, in virtù di quanto previsto dall'art. 22, comma 1, R.D. 30 gennaio 1941 n. 12, doveva esercitare la sua «funzione conciliativa (...) in materia civile».

Quanto al tentativo di conciliazione *in limine litis* (artt. 311 e ss.), il legislatore del '40 lo elevò a istituto di carattere generale del processo di cognizione. All'art. 185 venne sancito un vero e proprio obbligo⁴⁷ del giudice istruttore di tentare la conciliazione⁴⁸. La propensione del legislatore verso il tentativo di conciliazione, con la speranza che questo abbia buon esito, si evince dal fatto che diverse norme del Codice imponevano di procedere con tale tentativo in diversi momenti del processo. Difatti: I) il comma 2 dell'art. 185, stabiliva che «il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione»; II) l'art. 350, comma 2, stabiliva che, in sede d'appello, l'istruttore «procede al tentativo di conciliazione ordinando, quando occorre la comparizione personale delle parti»; III) gli articoli 400 e 406, rispettivamente relativi alla revocazione e all'opposizione di terzo, stabilivano che «davanti al giudice adito si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti a lui (...)», dunque anche le disposizioni relative al rinnovo del tentativo di conciliazione; IV) nell'ipotesi in cui fosse stato necessario esaminare documenti contabili e registri, l'art. 198 riconosceva al giudice istruttore la possibilità di delegare «il compito di tentare la conciliazione delle parti» al consulente tecnico.

L'obbligo di tentare la conciliazione in corso di causa venne fissato in altre due ipotesi: fu previsto in capo al giudice investito dell'opposizione a decreto ingiuntivo in

⁴⁵ In questi termini LANCELLOTTI, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 406.

⁴⁶ In questi termini SARACENO, *Procedimento davanti al pretore e al conciliatore*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1942, p. 219.

⁴⁷ Il fatto che si tratti di un obbligo, e non di una mera facoltà, si evince dal dato testuale dell'art. 185, nel quale compare il verbo “dovere” in relazione al tentativo da parte del giudice istruttore di conciliare le parti.

⁴⁸ Più precisamente, l'art. 185 stabiliva che «se la natura della causa lo consente, il giudice istruttore, nella prima udienza o in quella successiva (...) deve cercare di conciliare le parti, disponendo, quando occorre, la loro comparizione personale».

considerazione di quanto previsto dall'art. 652⁴⁹ e in capo al Presidente del tribunale in virtù di quanto sancito dall'art. 708⁵⁰ nei giudizi di separazione personale dei coniugi e dall'art. 711⁵¹ in caso di separazione consensuale di questi.

L'insieme di queste norme fece emergere il *favor legislatoris* nei confronti dell'istituto conciliativo. Tuttavia, ragioni di carattere storico e politico, dettate soprattutto dallo scoppio della Seconda guerra mondiale, impedirono la corretta applicazione della normativa del nuovo Codice. Per di più, nel dopoguerra la Controriforma del Codice di procedura civile⁵² ad opera della Legge n. 581/1950 fece sempre più venir meno il dovere del giudice di tentare la conciliazione in corso di causa. Per quanto riguarda la conciliazione in sede non contenziosa davanti al conciliatore, essa subì una progressiva involuzione⁵³, inducendo inevitabilmente le parti a trovare delle soluzioni in sede contenziosa.

1.2. Il tentativo obbligatorio di conciliazione come disciplinato da specifiche norme in vari settori dell'ordinamento

Sebbene la mediazione intesa come strumento alternativo alla giurisdizione per la risoluzione delle controversie trovi una compiuta e diffusa disciplina solo con il d.lgs. n. 28 del 2010, già prima di questo intervento legislativo il tentativo di conciliazione era previsto obbligatoriamente da varie norme sparse in diversi settori dell'ordinamento. Subito dopo l'approvazione del Codice di procedura civile del '40, fu la Legge n. 633 del 22 aprile 1941 a prevedere per prima, da un punto di vista temporale, come

⁴⁹ Art. 652, Codice di procedura civile del 1940: «se nel giudizio di opposizione le parti si conciliano, il giudice, con ordinanza non impugnabile, dichiara o conferma l'esecutorietà del decreto, oppure riduce la somma o la quantità a quella stabilita dalle parti (...)».

⁵⁰ Art. 708, comma 1, Codice di procedura civile del 1940: «il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, procurando di conciliarli».

⁵¹ Art. 711, comma 1, Codice di procedura civile del 1940: «nel caso di separazione consensuale (...) il presidente, su ricorso di entrambi i coniugi, deve sentirli nel giorno da lui stabilito e procurare di conciliarli nel modo indicato nell'articolo 708».

⁵² Per un approfondimento vedere CARNACINI, *Controriforma della riforma processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 993 e ss.

⁵³ In VERDE, *Unicità e pluralità di riti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 672, vengono illustrate alcune cause che hanno portato al fallimento della figura del giudice conciliatore. Tra queste: la non continuità con cui conciliatori esercitavano le loro funzioni, il cattivo funzionamento degli uffici, la scarsa propensione degli avvocati a recarsi presso gli uffici di conciliazione e la sempre più frequente necessità di riiniziare il processo a causa di errori processuali.

obbligatorio l'esperimento del tentativo di conciliazione in caso di controversie in materia di «protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio». L'art. 71-*quinquies*, in materia di reprografia, al comma 4 prevedeva la possibilità che si svolgessero delle trattative tra le associazioni di categoria dei titolari dei diritti e gli enti o le associazioni rappresentative dei beneficiari di alcune tipologie di eccezioni⁵⁴, affinché fosse consentito l'esercizio di dette eccezioni. La norma proseguiva stabilendo che in caso di mancato accordo ciascuna parte avrebbe potuto rivolgersi al Comitato consultivo permanente per il diritto di autore⁵⁵ affinché quest'ultimo «esperisca un tentativo obbligatorio di conciliazione, secondo le modalità di cui all'articolo 194.*bis*». Dopo la Legge del '41 furono molteplici gli interventi normativi in materia di conciliazione accumulati dal fatto che l'utilizzo dello strumento conciliativo non era più rimesso alla libera volontà delle parti, bensì imposto dal legislatore.

Vanno indubbiamente ricordate, per importanza, la Legge n. 392 del 27 luglio 1978 recante la disciplina delle locazioni di immobili urbani e la Legge n. 203 del 3 maggio 1982 in materia di contratti agrari.

Quanto alle Legge 392/1978, essa introdusse un tentativo di conciliazione qualificabile come condizione di ammissibilità della domanda giudiziale⁵⁶. A norma dell'art. 43, infatti, «la domanda concernente controversie relative alla determinazione, all'aggiornamento e all'adeguamento del canone non può essere proposta se non è preceduta dalla domanda di conciliazione (...)». Il giudice competente⁵⁷, entro quindici giorni dalla presentazione della domanda di conciliazione, «convoca le parti (...) per l'amichevole componimento della vertenza»⁵⁸. Emerge, dunque, in modo evidente dal

⁵⁴ Il comma 4 dell'art. 71-*quinquies* richiama le eccezioni di cui il comma 2 del medesimo articolo. Il comma 2, a sua volta, richiama le eccezioni di cui gli artt.: 55; 68, commi 1 e 2; 69, comma 1; 70, comma 1; 71-*bis*; 71-*quater* della l. n. 633/1941.

⁵⁵ Il Comitato consultivo permanente per il diritto di autore è disciplinato agli artt. 190 e ss. della l. 633/1941.

⁵⁶ Secondo SANTAGADA, *Op. cit.*, p. 89, il dato normativo è ambiguo, poiché se da un lato l'art. 43, rubricato "Improcedibilità della domanda", stabilisce che la domanda giudiziale «non può essere proposta se non è preceduta dalla domanda di conciliazione», dall'altro lato, prevede che «l'improcedibilità della domanda giudiziale è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento».

⁵⁷ Il giudice competente sarà il pretore o il conciliatore a seconda che la causa rientri nella competenza per valore dell'uno o dell'altro. Ai sensi dell'art. 45, comma 2, l. 392/1978, «la controversia è di competenza del conciliatore qualora il canone di cui si richiede la determinazione, l'aggiornamento o l'adeguamento non sia superiore a lire 50.000 mensili; negli altri casi è di competenza del pretore».

⁵⁸ Art. 44, commi 1 e 2, l. 392/1978: «La domanda di conciliazione concernente la determinazione, l'aggiornamento e l'adeguamento del canone è presentata al giudice competente. Il giudice convoca le parti, con comunicazione da effettuarsi a cura della cancelleria, per una udienza da tenersi non oltre

dato normativo l'obbligatorietà dell'esperimento del tentativo di conciliazione, la cui mancanza comporta immediatamente la chiusura del processo «con una decisione di rigetto per motivi puramente processuali»⁵⁹.

La Legge 203/1982, invece, prevedeva nell'ipotesi in cui taluno soggetto intendesse proporre in giudizio una domanda relativa ad una controversia in materia di contratti agrari un esperimento conciliativo peculiare⁶⁰, stante il carattere amministrativo dell'organo dinanzi al quale doveva essere esperito. L'art. 46 prevedeva, innanzitutto, che il soggetto intenzionato a proporre domanda in giudizio dovesse comunicare tale sua intenzione «all'altra parte e all'ispettorato provinciale dell'agricoltura competente per territorio». Spettava poi al capo dell'ispettorato, non oltre i successivi venti giorni, procedere con l'esperimento del tentativo di conciliazione nel contraddittorio tra le parti e «i rappresentanti delle associazioni professionali di categoria da esse indicati». La particolarità stava nel fatto che il tentativo in questione veniva affidato dal legislatore non al giudice bensì ad un organo amministrativo, probabilmente al fine di evitare interferenze tra le funzioni conciliative e le funzioni giurisdizionali. Nonostante ciò, un collegamento tra fase conciliativa e fase processuale poteva sussistere comunque. L'art. 46 al comma 4, infatti, stabiliva che se la conciliazione non avesse avuto esito positivo si sarebbe formato «processo verbale nel quale vengono precisate le posizioni delle parti» e tale verbale sarebbe poi stato funzionale al successivo eventuale processo⁶¹.

La Legge del '78 e la Legge dell'82, tuttavia, non portarono i risultati sperati. L'obiettivo legislativo di deflazionare il carico delle corti non venne raggiunto, essenzialmente perché non si trattava di normative di carattere generale, bensì di leggi volte a regolare specifici settori dell'ordinamento che rappresentavano una minima parte delle norme del

quindici giorni dalla presentazione della domanda di conciliazione, per l'amichevole componimento della vertenza».

⁵⁹ In questi termini SANTAGADA, *Op. cit.*. Sul punto anche POGGESCHI, *Primi appunti sui processi dell'equa locazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 290.

⁶⁰ In OLIVIERI, *Prime riflessioni*, p. 181 e ss., si osserva che il previo tentativo di conciliazione in materia di contratti agrari, in realtà, era già previsto come obbligatorio dagli articoli 430 e 433 del c.p.c. nella versione anteriore alla l. 533/1973 per le controversie relative ai rapporti di mezzadria, di colonia parziaria e di affitto a coltivatore diretto.

⁶¹ In questi termini CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 386. Al riguardo va precisato che la Cassazione nel 2001 (Cass. 22 giugno 2001, n. 8596, in *Foro.it*) ha stabilito che il giudice non può valutare il comportamento tenuto dalle parti in sede conciliativa a norma dell'art. 116, comma 2, c.p.c.

contenzioso civile⁶². Al fine di superare questa crisi e sgravare la giustizia dalle innumerevoli controversie si intervenne con la Legge n. 353 del 26 novembre 1990, recante «provvedimenti urgenti per il processo civile» e con la Legge n. 374 del 21 novembre 1991.

In particolare, la Legge del '91 portò all'abolizione della figura del conciliatore, sostituendola con quella del giudice di pace. Quest'ultimo diverge dal primo non solo per le sue maggiori competenze, ma anche per la collocazione sul territorio, l'età, la necessità della laurea in giurisprudenza, l'onerosità della carica e l'incompatibilità con qualsiasi lavoro dipendente.

Quanto alla conciliazione successiva, il legislatore introdusse a fianco alla disciplina dettata dal Codice del 1940 una serie di disposizioni volte a favorire il raggiungimento dell'accordo conciliativo. Si trattava delle norme relative al principio di preclusione, alla comparizione delle parti e all'interrogatorio libero alla prima udienza di trattazione della causa. «La determinazione e la chiarificazione del *thema decidendum* entro la prima udienza di trattazione consentono, infatti, al giudice (...) di stimolare, con maggiore incisività, la fase formativa dell'accordo conciliativo (...)»⁶³.

Per quanto concerne la conciliazione preventiva, sebbene la sua disciplina fosse rimasta perlopiù inalterata⁶⁴, il legislatore non optò per la strada dell'obbligatorietà del procedimento conciliativo preferendo un modello di conciliazione preventiva facoltativa e generale affidato al giudice di pace⁶⁵.

Il legislatore optò, invece, per una conciliazione preventiva e obbligatoria - non più facoltativa, come previsto in sede di riforma del processo - in ambito lavoristico. Nello specifico, con la Legge n. 108 dell'11 maggio 1990 venne introdotta l'obbligatorietà del

⁶² In realtà è stata individuata un'ulteriore causa del mancato raggiungimento dell'obiettivo legislativo: il fatto che nella maggior parte dei casi la conciliazione di cui all'art. 46 della l. 203/1982 veniva utilizzata semplicemente per scopi dilatori e non come effettivo "filtro" conciliativo.

⁶³ In questi termini SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 55 e MASSA, *La conciliazione nel processo civile riformato*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 733.

⁶⁴ L'art. 31 della l. 374/ 1991 si è limitato ad unire in un'unica norma il testo degli artt. 321-322 e ad affidare la competenza «al giudice di pace competente per territorio (...)».

⁶⁵ Il tema dell'alternatività tra tentativo facoltativo e obbligatorietà del medesimo è stato oggetto di un acceso dibattito. Più precisamente, il progetto di legge governativo e quello democristiano presentati nella X legislatura per l'istituzione del giudice di pace erano a sostegno della facoltatività del tentativo. I progetti presentati dal partito comunista e dal partito socialista, invece, ritenevano più adeguato un sistema obbligatorio. In argomento MANZO, *Il giudice di pace nei quattro progetti all'esame del Parlamento*, in *Doc. giust.* 1989, p. 81 e ss.; CHIARLONI, *Quattro progetti per un nuovo giudice onorario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 455 e ss.

tentativo di conciliazione nelle controversie sui licenziamenti individuali. L'art. 5 della Legge del '90 prevedeva a capo del prestatore di lavoro che intendesse proporre domanda in giudizio al fine di impugnare il licenziamento l'obbligo di presentare previamente «richiesta di conciliazione (...), secondo le procedure previste dai contratti e accordi collettivi di lavoro, ovvero dagli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile». Il tentativo di conciliazione disciplinato all'art. 5 risultava essere condizione di procedibilità del processo in base al combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 5. Infatti, il mancato esperimento del tentativo determinava la sospensione del giudizio (art. 5, comma 3), il quale poteva essere riassunto ad opera delle parti una volta cessata la causa di sospensione, ossia una volta che fosse stata avanzata la richiesta del tentativo di conciliazione (art. 5, comma 4). Il tentativo di conciliazione così delineato non ledeva il diritto costituzionalmente garantito all'art. 24 Cost. di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi⁶⁶. Diritto che, al contrario, sarebbe stato pregiudicato se il tentativo di conciliazione fosse stato strutturato come un presupposto processuale, il cui mancato esperimento determina la chiusura in rito del processo⁶⁷. La disciplina dell'art. 5 è stata, per di più, il modello di riferimento per il legislatore del 1998. Visti i risultati incoraggianti ottenuti dallo strumento conciliativo previsto da tale norma e, soprattutto, al fine di evitare un aumento esponenziale delle cause dinanzi al giudice del lavoro a seguito della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego e della contestuale devoluzione delle relative controversie al giudizio ordinario⁶⁸, con il d.lgs. n. 80 del 31 Marzo 1998⁶⁹ fu previsto come obbligatorio l'esperimento del tentativo di conciliazione anche per le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e a quelle relative a rapporti di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c. La modifica apportata con il d.lgs. del '98 fu duplice. Da un lato, venne modificata⁷⁰ la disciplina del d.lgs. n. 29/1993, in particolare vi fu la sostituzione dell'art. 69 recante disposizioni in materia di tentativo obbligatorio di conciliazione nelle

⁶⁶ Così ha stabilito la Corte costituzionale nella sentenza n. 82 del 4 marzo 1992.

⁶⁷ In questo senso CECHELLA, *L'arbitrato sui licenziamenti*, p. 200.

⁶⁸ Sull'intento del legislatore di imporre un "filtro" alle controversie si sono espressi illustri autori, tra i quali: MOCELLA, *Gli strumenti deflattivi del processo del lavoro e il nuovo tentativo di conciliazione ex art. 410 c.p.c.*, in *Dir. lav.*, 2000, p. 47; CHIARLONI, *Prime riflessioni*, p. 627; LUISO, *Commento all'art. 36 d.lgs. 80/98*, in DELL'OLIO-SASSANI, *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000, p. 454.

⁶⁹ Il d.lgs. 80/1998 è stato integrato e modificato con il d.lgs. 387/1998.

⁷⁰ La modifica è stata apportata con gli artt. 31 e 32 del d.lgs. 80/1998.

controversie individuali e l'introduzione dell'art.69.bis disciplinante il collegio di conciliazione; dall'altro lato, vennero novellati gli articoli 410 e 412 c.p.c. e inseriti gli articoli 410.bis e 412.bis c.p.c.⁷¹.

Il d.lgs. del '98, dunque, rese obbligatorio il tentativo di conciliazione stragiudiziale⁷² (convertito, poi, in tentativo dal carattere meramente facoltativo con il d.lgs. n.28/2010). Sia l'art. 31 del d.lgs. 80/1998, per le controversie individuali di cui l'art. 68 d.lgs. n. 29/1993, sia l'art. 36 del d.lgs. 80/1998, per le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui l'art. 409 c.p.c., sancivano, infatti, l'obbligatorietà dell'esperimento del tentativo di conciliazione. Inoltre, in entrambi i casi la conciliazione veniva configurata come condizione di procedibilità della domanda. Il tentativo di conciliazione doveva essere esperito nel termine di novanta o sessanta giorni, a seconda della controversia (artt. 31 e 37 d.lgs. 80/1998), e in caso di mancato esperimento ovvero di presentazione della domanda giudiziale prima di detti termini il giudice pronunciava declaratoria di improcedibilità (temporanea) della domanda e sospendeva il processo. Quest'ultimo poteva essere riassunto una volta che il tentativo fosse stato esperito sebbene non con esito positivo oppure fosse decorso inutilmente il termine di procedibilità della domanda.

Proseguendo nella disamina delle specifiche norme in materia di conciliazione, va osservato come il panorama legislativo italiano si caratterizzò per il susseguirsi di ulteriori iniziative⁷³ settoriali in materia di procedure di conciliazione alternative al processo ordinario.

Un importante intervento normativo vi fu nel '93, quando il legislatore con la Legge 580/93 sul riordino delle Camere di commercio cercò di promuovere «la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti» ad opera delle Camera di commercio (art. 2, comma 4, lett. a) l. 580/93)⁷⁴.

⁷¹ La modifica al c.p.c. è stata apportata dagli artt. 36-37-38-39 del d.lgs. 80/1998

⁷² Anche in questo caso la Corte costituzionale (sent. n. 276, del 13 luglio 2020) ha escluso l'ipotesi di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 24 Cost.

⁷³ Inizialmente gli autori delle riforme furono i "consumatori" del sistema giuridico, e non i "produttori" del medesimo nelle apposite sedi istituzionali. Della distinzione tra "produttori" e "consumatori" del sistema giuridico tratta CAPPELLETTI, *Access to Justice*, Milano, 1978, p. 243.

⁷⁴ Secondo MINERVINI, *Le camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 4/2001, p. 940 e ss., il legislatore non ha introdotto una vera e propria novità essendosi limitato

La legge del '93 segnò l'inizio della promulgazione di una serie di leggi settoriali introduttive di procedure stragiudiziali di conciliazione. Tali procedure saranno «obbligatorie se si tratta di settori caratterizzati da un elevato tasso di litigiosità e dalla presenza di una parte contrattualmente più debole, facoltative negli altri casi»⁷⁵. L'obiettivo era sempre quello di ridurre il carico giudiziario, semplificare le procedure e ridurre i costi e i tempi. Gli interventi normativi più importanti, dal 1995 al 2007, furono i seguenti: 1) la Legge n. 481/1995, in materia di concorrenza e regolazione dei servizi di pubblica utilità (il cui art. 2, comma 24 lett. b), prevedeva come obbligatorio l'esperimento del tentativo di conciliazione, in alternativa all'esperimento di un tentativo di arbitrato, in caso di controversie «insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio»); 2) la Legge n. 249/1997, sull'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e contenente le norme in materia di sistemi di telecomunicazione e radiotelevisivi (il cui art. 1, comma 11, per le «controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro» imponeva un previo tentativo di conciliazione); 3) la Legge n. 192/1998, contenente la disciplina della subfornitura nelle attività produttive (la quale, all'art. 10, comma 1, stabiliva che «le controversie relative ai contratti di subfornitura (...) sono sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede il subfornitore»); 4) sempre del 1998 la Legge n. 281, sulla tutela dei diritti dei consumatori e dei clienti (la quale prevedeva una procedura di conciliazione facoltativa⁷⁶ attivabile delle Associazioni dei consumatori e degli utenti «prima del ricorso al giudice» dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente); 5) la Legge n. 135/2001, introduttiva della riforma della legislazione nazionale del turismo (la quale, al comma 3 dell'art. 4 prevedeva la costituzione di

a convertire in legge una tendenza consolidatasi in diverse Camere di commercio, ossia quella di costituire Camere arbitrali e conciliative.

⁷⁵ In questi termini SANTAGADA, *Op. cit.* p. 144 e BUONGRANDE-LEOFRATE, *La giustizia alternativa in Italia tra di ADR e conciliazione*, in *Riv. arb.*, 2/1999, p. 381.

⁷⁶ L'art. 3, comma 2, l. n. 281/1998 stabilisce che le Associazioni dei consumatori e degli utenti «possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione (...)». La disciplina recata dalla l. n. 281/1998 è stata trasferita, sebbene con delle modifiche, nel Codice del consumo introdotto con il d.lgs. 206/2005.

«commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese, consumatori ed utenti inerenti la fornitura di servizi turistici»).

Merita di essere fatto un breve approfondimento sulla riforma del diritto societario operata dai decreti legislativi nn. 5 e 6 del 17 gennaio 2003, dai quali scaturì una profonda modifica della disciplina delle società di capitali e delle società cooperative⁷⁷. Quanto al tema della conciliazione, con il d.lgs. n. 5/2003 venne introdotta in materia societaria una procedura di conciliazione stragiudiziale, operante prima e al di fuori del processo al fine di evitarne l'instaurazione. Essa rappresentò «lo svolgimento di una linea evolutiva (...) intesa ad ampliare le sedi in cui tentare la composizione convenzionale della controversia prima del ricorso al giudice e a valorizzare il ruolo dell'autonomia privata rispetto all'intervento pubblico autoritativo, al fine di realizzare un effetto deflattivo del contenzioso e di sopperire alla scarsa incisività della tutela giurisdizionale in materia commerciale⁷⁸».

Il legislatore della riforma non introdusse un obbligo per le parti di tentare la conciliazione ai fini della procedibilità della domanda giudiziale, bensì strutturò il tentativo in questione in termini di mera facoltà per le stesse⁷⁹. La normativa non seguì, dunque, una logica impositiva, preferendo proiettarsi in una dimensione premiale della conciliazione, promuovendone in vari modi l'utilizzo. Innanzitutto, vennero introdotti

⁷⁷ La riforma sulla conciliazione societaria merita un approfondimento poiché ha costituito terreno fervido di sperimentazione per la successiva implementazione della Direttiva europea sulla mediazione. Per un'analisi più approfondita dei principi della riforma, della semplificazione della disciplina, dei sistemi di amministrazione e controllo delle società, dei gruppi di società, delle società quotate nei mercati regolamentati e delle società cooperative vedere *La riforma del diritto societario*, a cura di BALZARINI, consultabile in www.mondadorieducation.it.

⁷⁸ In questi termini SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 153. Sul punto anche CUOMO ULLOA, *La nuova conciliazione societaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 1054; MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 658; SACCHETTINI, *Processo e giudizi alternativi*, in AA.VV., *Guida alle nuove società*, in *Il Sole-24 Ore*, febbraio 2003, p. 101.

⁷⁹ Cfr. SANTAGADA, *Op.cit.*. L'autrice osserva che «sottesa a tale scelta v'è la maturata consapevolezza dell'inutilità della generale imposizione di un tentativo di conciliazione anche a soggetti privi della volontà di conciliare, giacché, se manca a monte la volontà di partecipare al procedimento conciliativo, la conciliazione è sicuramente destinata all'insuccesso».

degli incentivi fiscali⁸⁰ e norme volte al contenimento dei costi⁸¹. Sotto il profilo degli effetti sostanziali e processuali vennero equiparati l'istanza di conciliazione e la domanda giudiziale: l'art. 40 (abrogato dal d.lgs. 28/2010) al comma 4 prevedeva espressamente che «dal momento della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrare l'avvenuta ricezione, l'istanza di conciliazione (...) produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale» e impedisce la decadenza⁸². Inoltre, venne riconosciuta al verbale di conciliazione la capacità, previa omologazione, di acquisire efficacia esecutiva per ogni tipo di esecuzione forzata e per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (art. 40, comma 8, d.lgs. 5/2003⁸³).

Va osservato che, nonostante il *favor* legislativo per la facoltatività dell'esperimento del tentativo di conciliazione stragiudiziale, nella disciplina del 2003 venne comunque dedicato uno spazio, seppur minimo, alla mediazione obbligatoria. Difatti, l'art. 40 al comma 6 riconosceva alle parti la possibilità di rendere obbligatorio l'esperimento del procedimento di conciliazione stragiudiziale attraverso un'apposita clausola inserita nel contratto o nello statuto della società. Qualora il tentativo non risultasse poi esperito, la parte convenuta in giudizio avrebbe potuto eccepire la violazione dell'obbligo assunto; conseguentemente, il processo sarebbe stato temporaneamente sospeso dal giudice in

⁸⁰ Art. 39 (abrogato dal d.lgs. n. 28/2010), commi 1 e 2, d.lgs. 5/2003: «tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. Il verbale di conciliazione è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di venticinquemila euro». Sul tema dell'esenzione vedere BISIGNANI, *Imposte e spese. Esenzione fiscale*, in *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, a cura di ALPA-GALLETTO, Milano, 2004, p. 270; PREZIOSI, *Commento art. 39*, in *Commentario dei processi societari*, a cura di ARIETA- DE SANTIS, Torino, 2007, II, p. 995 e ss.

⁸¹ L'art. 39 dettava un'apposita disciplina delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione improntata al principio di economicità (cfr. SANTAGADA, *La Conciliazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 154, nota n. 332). Il terzo comma stabiliva: «con regolamento del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono stabiliti l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici e il criterio di calcolo, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati».

⁸² L'art. 40, comma 4, precisava che «la decadenza è impedita, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale di cui al comma 2 presso la segreteria dell'organismo di conciliazione».

⁸³ Art. 40, comma 8, d.lgs. 5/2003: «se la conciliazione riesce è redatto separato processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Il verbale, previo accertamento della regolarità formale, è omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione, e costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

attesa dell'instaurazione del procedimento di conciliazione⁸⁴. In altri termini, il legislatore consentiva «alle parti di istituire, d'accordo tra loro, una condizione per la decisione di merito, la cui inosservanza comporta (...) la temporanea improcedibilità della domanda⁸⁵».

Infine, va osservato che il legislatore della riforma inserì nel novero degli organismi legittimati ad amministrare la conciliazione anche quelli istituiti da enti privati. Quest'ultimi, al fine di essere abilitati a costituire organismi deputati a gestire un tentativo di conciliazione, dovevano dimostrare la loro serietà ed efficienza, nonché essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia⁸⁶.

Per ragione di completezza, va precisato che ulteriori provvedimenti normativi relativi alla procedura di conciliazione riguardarono i diritti d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione (d.lgs. n. 68/2003⁸⁷), la disciplina dell'affiliazione commerciale (l. n. 129/2004⁸⁸), i patti di famiglia (l. n. 55/2006⁸⁹) e la tutela dei risparmiatori e degli investitori (d.lgs. n. 179/2007⁹⁰).

⁸⁴ L'art. 40, comma 6, precisava che, nell'ipotesi in cui il tentativo non risultasse esperimento, «(...) il giudice, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, dispone la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto. Il processo può essere riassunto dalla parte interessata se l'istanza di conciliazione non è depositata nel termine fissato. Se il tentativo non riesce, all'atto di riassunzione è allegato il verbale di cui al comma 2. In ogni caso, la causa di sospensione si intende cessata, a norma dell'articolo 297, primo comma, del codice di procedura civile, decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione».

⁸⁵ Così SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 156.

⁸⁶ Art. 38, comma 1, d.lgs. 5/2003, abrogato dal d.lgs. 28/2010.

⁸⁷ Più precisamente, l'art. 71-*quinquies*, comma 4, l. n. 633/1941, modificato dal d.lgs. n. 68/2003, stabilisce che in mancanza di accordo in sede di trattative tra le associazioni di categoria dei titolari dei diritti e gli enti o le associazioni rappresentative dei beneficiari di determinate tipologie di eccezioni «ciascuna delle parti può rivolgersi» al Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore affinché «esperisca un tentativo obbligatorio di conciliazione, secondo le modalità di cui all'articolo 194-*bis*».

⁸⁸ A norma dell'art. 7, l. n. 129/2004 «per le controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato». Quello che viene disciplinato, di fatto, è un tentativo di conciliazione facoltativo.

⁸⁹ La l. n. 55/2006 ha introdotto l'art. 768-*octies* c.c., in base al quale le controversie in materia di patto di famiglia «sono devolute preliminarmente a uno degli organismi di conciliazione previsti dall'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5».

⁹⁰ L'art. 2 del d.lgs. n. 179/2007 ha previsto l'istituzione di una Camera di conciliazione e arbitrato «per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori».

2. LA DIRETTIVA EUROPEA N. 52/2008 E IL SUO RECEPIMENTO IN ITALIA: LA LEGGE DI DELEGA N. 69/2009

Sotto la spinta statunitense⁹¹, in Europa, il tema delle ADR ha iniziato a suscitare i primi interessi negli anni '70: in questo periodo vi furono i primi interventi normativi in materia di pratiche conciliative, in particolare nell'ambito della politica di tutela dei consumatori⁹². Il fine era quello di individuare dei percorsi alternativi alla giustizia ordinaria, i quali fossero di facile gestione e non particolarmente onerosi, ma soprattutto capaci di garantire delle soluzioni efficaci. In tale prospettiva, sono stati emanati il Libro

⁹¹ Per un approfondimento v. *Paragrafo 6.1.*

⁹² Nel campo giurisdizionale, in particolare in materia di “accesso alla giustizia”, è stata riscontrata una sorta di successione cronologica di tre “ondate riformatrici” (cfr. CAPPELLETTI, 1978-1979, vol. I, pp. 1-124; BLANKENBURG, 1980, pp. 2-3; CAPPELLETTI, 1981, pp. 4-20). Il tema è stato largamente approfondito da Mauro Cappelletti, figura centrale nella cultura giuridica del XX secolo, che della ricerca e dell'insegnamento ha fatto la sua ragione di vita, denunciando spesso con forza la crisi e il bisogno di riforme radicali dell'educazione giuridica italiana. Una “prima” ondata è stata quella che ha tentato di superare gli ostacoli rappresentati dalla povertà, con interventi dello Stato volti ad attuare forme più efficaci di assistenza giudiziaria per i poveri (cfr. *Accesso alla giustizia*, a cura di CAPPELLETTI, 1994, consultabile in www.treccani.it/enciclopedia/). In una “seconda” ondata si è tentato di garantire tutela giurisdizionale a quei diritti ed interessi particolarmente vulnerabili emersi nelle società industriali moderne (es. quelli dei consumatori, della collettività, delle categorie o dei gruppi non organizzati o difficilmente organizzabili ecc.). Tali diritti ed interessi avevano acquisito nel tempo sempre maggiore importanza alla luce delle caratteristiche delle economie moderne (essenzialmente forme di produzione, distribuzione e consumo collettive e di massa); la difficoltà nel proteggerli si accentuava poiché spesso essi entravano in conflitto con interessi facenti capo a grandi centri di potere economico-politico. La differenza profonda fra queste due categorie di interessi si traduceva in conseguenti distinzioni anche sul piano della loro tutela (cfr. CAPPELLETTI, 1981, pt. II; GAMBARO, 1976, pt. IV; v. CAPPELLETTI, 1978-1979, vol. I; CAPPELLETTI, *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1975, p. 371 e ss.). Al fine di garantire una protezione effettiva a questi diritti ed interessi collettivi era necessario consentire e supportare l'accesso ai rappresentanti di questi gruppi disorganizzati, permettono a costoro (rappresentanti) di stare in giudizio per l'intera classe o categoria portatrice di tali interessi diffusi (Cfr. *Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation: a comparative study*, in *Michigan law review*", CAPPELLETTI, 1975, LXXIII, p. 793 e ss.). Le due ondate del movimento per l'accesso alla giustizia appena descritte hanno portato (insieme ad altri fattori) al fenomeno del c.d. “gigantismo giurisdizionale”, divenuto particolarmente preoccupante per ragioni connesse al sovraccarico (e conseguente paralisi) degli organi giudiziari. L'eccessivo carico di lavoro, difatti, rischiava di tradursi in un declino della qualità delle procedure e delle decisioni giudiziarie. È proprio in questo contesto che si inserisce la “terza” ondata del movimento per un diritto e una giustizia più accessibili. Gli obiettivi da perseguire erano: 1) stabilire procedure più accessibili, semplici, efficienti ed economiche (per alcuni esempi vedere CAPPELLETTI, 1978-1979, vol. II, pt. III); 2) promuovere e rendere accessibile un tipo di giustizia basata sulla conciliazione e mediazione, anziché limitarsi a definire le liti sulla base di rigidi criteri di “torto o ragione” (cfr. CAPPELLETTI, 1978-1979, vol. II, pt. II); 3) creare forme di giustizia più decentrate che consentano, in particolare, la partecipazione dei membri di quegli stessi gruppi sociali direttamente interessati alla situazione o controversia in questione. Secondo Cappelletti questa terza ondata avrebbe dovuto accompagnarsi alle prime due ondate dell'accesso alla giustizia, e non sostituirsi ad esse, nell'ottica di migliorare l'accesso alle corti (Così VARANO, *Mauro Cappelletti*, consultabile in www.dpce.it/mauro-cappelletti.html).

Verde del 16 novembre 1993 sull'accesso dei consumatori alla giustizia e, solo tre anni dopo, la Comunicazione della Commissione relativa al «Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno»⁹³. Entrambi questi documenti mettevano in luce la necessità di fissare dei principi generali in grado di tutelare i diritti fondamentali dei consumatori europei nell'ambito delle procedure ADR⁹⁴. La Commissione, dunque, è successivamente intervenuta emanando due importanti raccomandazioni: dapprima la Raccomandazione del 1998, riguardante i principi applicabili agli organismi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo - nello specifico, tali organismi sono raccomandati di rispettare i principi di indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza - e, poi, la Raccomandazione del 2001, sempre inerente ai principi (imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità) che devono essere rispettati degli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo. Tuttavia, mentre la Raccomandazione del '98 riguarda procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano alla composizione di una controversia mediante l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione, la Raccomandazione di qualche anno più tarda si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie volte anche solo e semplicemente a risolvere la controversia facendo incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo. Entrambi gli interventi della Commissione però mirano - come espressamente risulta dai Considerando n. 12 e 19 della Raccomandazione del 2001 - da un lato, ad accrescere l'efficacia di queste procedure e a renderle più «facilmente accessibili e disponibili» per le parti, dall'altro, ad uniformare la legislazione degli Stati membri dell'Unione Europea circa l'attività degli organismi gestori di queste procedure.

Va precisato come nel corso degli anni l'Unione Europea abbia sempre cercato di ampliare l'ambito di operatività dei procedimenti alternativi di risoluzione delle

⁹³Il Parlamento Europeo (Risoluzione del Parlamento europeo del 14 novembre 1996 sulla Comunicazione della Commissione del 1996) ha sottolineato come le procedure per la risoluzione delle controversie debbano rispettare criteri minimi capaci di garantire l'imparzialità dell'organismo, nonché l'efficacia, la pubblicità e la trasparenza della procedura.

⁹⁴ In questi termini MORANO CINQUE, *I sistemi ADR e la media conciliazione*, in *La nuova mediazione, Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, a cura di FALCO-SPINA, Milano, 2014, p. 20.

controversie - soprattutto quelle rientranti nella dimensione transfrontaliera - in quanto considerati strumenti in grado di tutelare tutte le controversie, non solo quelle in materia di consumo, ma anche quelle in materia civile e commerciale⁹⁵. In quest'ottica nel 2002 si è arrivati alla pubblicazione del Libro Verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali. Nel testo la Commissione sottolinea come i meccanismi ADR siano certamente volti al miglioramento dell'accesso alla giustizia, diritto sancito dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguarda dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; ciononostante non devono essere percepiti come degli strumenti volti a rimediare alle difficoltà di funzionamento del sistema giudiziario poiché, in realtà, «hanno un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali», in quanto, in molti casi, si adattano meglio alla natura della controversia (§ 1.2.9 Libro Verde). Indubbiamente, per di più, sono degli strumenti «al servizio della pace sociale», in considerazione del fatto che i metodi utilizzati nelle ADR aumentano «le possibilità per le parti di mantenere, una volta risolta la lite, le loro relazioni di natura commerciale o di altra natura» (§ 1.2.10 Libro Verde).

A seguito della pubblicazione del Libro Verde è sorto tra i Paesi membri un ampio dibattito sull'esigenza di individuare delle linee guida a livello comunitario in grado di portare ad un effettivo sviluppo delle procedure ADR. Per far fronte a questa necessità, è stato realizzato nel 2004 il Codice europeo di condotta dei mediatori, e nel 2008 è stata emanata la Direttiva 2008/52/CE sulla conciliazione stragiudiziale.

La Direttiva non si caratterizza per un *favor* generale nei confronti di tutti i meccanismi ADR, bensì per la «promozione di quel particolare metodo chiamato mediazione⁹⁶». La Direttiva mira a migliorare l'accesso dei cittadini alla giustizia e contribuisce al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare - e qui si nota la predilezione per la mediazione - «per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione⁹⁷»; inoltre,

⁹⁵ Sul punto CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 40.

⁹⁶ In questi termini TROCKER, *La direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, a cura di TROCKER-DE LUCA, Firenze, 2011, p. 166.

⁹⁷ Considerando n.5 della Direttiva 2008/52/CE.

ha come obiettivo quello di promuovere la composizione amichevole delle controversie proprio «incoraggiando il ricorso alla mediazione (...)»⁹⁸.

Se, da un lato, le disposizioni della Direttiva sembrerebbero trovare applicazione soltanto per la mediazione in caso di controversie transfrontaliere (art. 1, comma 2, della Direttiva)⁹⁹, dall'altro, in concreto, l'ambito di applicazione della stessa risulta essere più ampio in virtù di quanto previsto dal Considerando n. 8, in base al quale «nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni». In ogni caso, nel rispetto dei limiti sanciti dall'art. 1, comma 2, la Direttiva non si applica alle controversie in materia civile e commerciale aventi ad oggetto diritti e obblighi non riconosciuti alle parti dalla legge di riferimento, nonché alle controversie in materia fiscale, doganale e amministrativa e in caso di responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri.

La Direttiva dedica la sua attenzione alla mediazione nella configurazione di mediazione c.d. delegata, cioè la mediazione avviata su invito o su ordine del giudice. L'art. 5 stabilisce, infatti, che «l'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia»; oltre a ciò, ha la possibilità di «invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili». Una delle caratteristiche proprie della mediazione delegata prevista dal legislatore europeo è la «facoltatività della sua attivazione¹⁰⁰»: il giudice, infatti, può “invitare” le parti a procedere con la mediazione, ma tale invito non può trasformarsi in un obbligo delle parti ad uscire dal processo per tentare di comporre amichevolmente la lite.

Nonostante la Direttiva prediliga modelli non obbligatori di mediazione, la stessa ammette quale possibile caratteristica della mediazione quella dell'obbligatorietà. Il legislatore europeo, difatti, «lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il

⁹⁸ Art. 1, comma 1, Direttiva 2008/52/CE.

⁹⁹ Per controversia transfrontaliera, a norma dell'art. 2, comma 1 della Direttiva 2008/52/CE «si intende una controversia in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui: a) le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia; b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale; c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale; d) ai fini dell'articolo 5, un invito è rivolto alle parti».

¹⁰⁰ In questi termini, TROCKER, *La direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, Op. cit. p. 170.

ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario», a condizione che il legislatore nazionale non introduca una normativa in materia di mediazione obbligatoria tale da comprimere il diritto delle parti di accedere al sistema giudiziario (art. 5, comma 2). In altri termini, gli Stati membri possono rendere il ricorso alla conciliazione obbligatorio, ma questo non esclude che per volontà delle parti il procedimento di mediazione si arresti e la controversia venga risolta attraverso un procedimento giudiziario, e dunque non sulla base di un accordo amichevole tra le parti.

Il tema del ricorso obbligatorio alla mediazione a norma degli ordinamenti interni, connesso all'impossibilità di sacrificare indebitamente il diritto del cittadino di accedere al sistema giudiziario, è stato oggetto di un'importante pronuncia della Corte di Giustizia italiana nel 2010. Nel caso *Alassini contro Telecom Italia s.p.a.*, la Corte, con sentenza del 18 marzo 2010, ha affermato che la legislazione di uno Stato membro, in forza della quale le controversie riguardanti diritti conferiti dalla normativa comunitaria sono oggetto di un «tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali», non è censurabile sotto il profilo della legittimità comunitaria, a condizione che la procedura di conciliazione obbligatoria: a) «non conduca ad una decisione vincolante per le parti»; b) «non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale»; c) «sospenda la prescrizione dei diritti in questione»; d) non generi costi eccessivi per le parti; e) renda possibile adottare provvedimenti provvisori in caso eccezionali e d'urgenza¹⁰¹.

In conclusione, va osservato come la Direttiva europea preveda una serie di garanzie tali da indurre le parti ad accedere alla mediazione piuttosto che ai meccanismi di risoluzione giurisdizionale. Tali garanzie sono rappresentate: I) dalla qualità dei mediatori e dei servizi di mediazione (art. 4); II) dall'esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione (art. 6); III) dagli obblighi di riservatezza a carico dei mediatori e dei soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento (art. 7); IV) dal riconoscimento all'istanza di mediazione di effetti sui termini di prescrizione e decadenza (art. 8).

¹⁰¹ Quest'ultimo requisito è stato oggetto di un'importante pronuncia della Corte costituzionale italiana: la Consulta, nella sentenza del 30 novembre 2007 n. 408, ha precisato come «la presenza di una conciliazione obbligatoria non può precludere l'adozione di provvedimenti giudiziari urgenti (...)».

Il legislatore italiano nel 2009, in sede di riforma del processo civile, ha provveduto al recepimento della Direttiva 2008/52/CE con la Legge n. 69 del 18 giugno 2009, nel rispetto dei termini stabiliti dalla Direttiva stessa all'art. 12¹⁰².

Nello specifico, è l'art. 60, comma 1, l. 69/2009 ad attribuire al Governo la delega ad adottare «uno o più decreti in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale». Da un punto di vista terminologico, il legislatore del 2009 utilizza l'espressione «mediazione finalizzata alla conciliazione», così sottintendendo che la mediazione è il procedimento e la conciliazione il risultato cui essa mira¹⁰³.

La riforma ad opera del Governo deve rispettare ed essere coerente con la normativa comunitaria, realizzando «il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti» (art. 60, comma 2), nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore italiano al 3° comma dell'art. 60. Quanto all'oggetto della mediazione, esso viene individuato nelle controversie su diritti disponibili, senza che ciò possa ostacolare il diritto del cittadino di accedere alla giustizia, in conformità con quanto previsto dall'art. 5, comma 2, della Direttiva 2008/52/CE.

Le garanzie introdotte dal legislatore europeo per incentivare le parti a ricorrere allo strumento della mediazione sono state riprese e integrate dalla Legge del 2009. In primo luogo, la mediazione deve essere svolta da organismi «professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione» (art. 60, comma 3, lett. *b*), iscritti in appositi registri e vigilati dal Ministero della Giustizia (lett. *c* e *d*). Gli organismi di conciliazione possono essere istituiti dai consigli degli ordini degli avvocati presso i tribunali e dai consigli degli ordini professionali «per le controversie in particolari materie» (lett. *e, f* e *g*). L'indipendenza è prevista non solo per l'organismo di conciliazione, bensì anche per il mediatore, il quale dovrà svolgere le sue funzioni nel rispetto dei principi di neutralità e imparzialità (lett. *r*), potendo anche avvalersi di consulenti e periti (lett. *l*). Al fine di tutelare la parte, l'avvocato ha il dovere di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di ricorrere allo

¹⁰² Art. 12, comma 1, Direttiva 2008/52/CE: «gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente al 21 maggio 2011, fatta eccezione per l'articolo 10, per il quale tale data è fissata al più tardi al 21 novembre 2010 (...)».

¹⁰³ In questi termini BESSO, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie*, in *La mediazione civile commerciale*, a cura di BESSO, Torino, 2010, p. 26.

strumento della conciliazione (lett. *n*). Ciò che indubbiamente funge da incoraggiamento per le parti a ricorrere alla mediazione, è anche la previsione di particolari «forme di agevolazione di carattere fiscale» (lett. *o*) e una durata massima di quattro mesi¹⁰⁴ per il procedimento di conciliazione (lett. *q*), con la possibilità di operare persino attraverso procedure telematiche (lett. *i*). Infine, in corrispondenza a quanto previsto dall'art. 6 della Direttiva 2008/52/CE, al verbale di conciliazione viene riconosciuta efficacia esecutiva, sia per l'espropriazione forzata che per l'esecuzione in forma specifica, e di titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (lett. *s*).

Obiettivo del legislatore italiano è sicuramente quello di rendere affidabile, efficace e conveniente il procedimento di mediazione, in attuazione dei principi dettati dalla normativa comunitaria. Ciononostante, vi sono alcuni “silenzi¹⁰⁵” del legislatore del 2009, il quale, in effetti, nulla dice sulla figura della mediazione obbligatoria e della mediazione delegata, sulla riservatezza del procedimento e sugli effetti della domanda di mediazione, sebbene questi istituti siano stati oggetto di intervento da parte del legislatore europeo, rispettivamente agli artt. 5, 7 e 8 della Direttiva 2008/52/CE. Sul punto va fatta un'osservazione: la Legge n. 69/2009, sebbene non contenga espliciti riferimenti circa la riservatezza del procedimento e gli effetti dell'istanza di mediazione, all'art. 60, 3° comma, lett. *c*), richiama la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 5/2003, relativo ai procedimenti in materia di diritto societario, bancario, creditizio e di intermediazione finanziaria. Nello specifico, l'art. 40 del d.lgs. n. 5/2003, rubricato «procedimento di conciliazione», al comma 1 stabiliva¹⁰⁶ che «i regolamenti di procedura debbano prevedere la riservatezza del procedimento» e al 4° comma disciplinava gli effetti dell'istanza di conciliazione. A parere di chi scrive, dunque, il legislatore del tempo non aveva trascurato il tema della riservatezza e degli effetti dell'istanza di mediazione, ma, anziché prevederne una disciplina esplicita, aveva semplicemente optato per un rinvio normativo.

¹⁰⁴ Una valutazione negativa al riguardo, sulla base di una serie di considerazioni, viene fatta da CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 Legge n. 69/2009*, in www.ilcaso.it, 2009, pp. 9-10, secondo il quale «tantissimi processi vedranno soltanto aumentare di quattro mesi la loro durata».

¹⁰⁵ Il tema è stato affrontato da BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2010, p. 347.

¹⁰⁶ L'art. 40, d.lgs. n. 5/2003, è stato abrogato dall'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010.

3. IL D.LGS. N. 28/2010 E LA REGOLAMENTAZIONE MINISTERIALE DI ATTUAZIONE

In Italia lo scenario presente e futuro della mediazione è indissolubilmente legato alla Direttiva 2008/52/CE ed al fine del suo recepimento, la stessa prevede che gli Stati membri debbano eseguirla all'interno del proprio territorio entro i tre anni successivi alla sua entrata in vigore. Il legislatore italiano, adempiendo a tale previsione, è intervenuto con la Legge n. 69/2009, conferendo al Governo delega per l'emanazione di norme in materia di mediazione nelle controversie in ambito civile e commerciale tese al recepimento della Direttiva europea.

La delega in parola ha trovato attuazione con il D.lgs. del 4 marzo 2010, n. 28, sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali». Il d.lgs. n. 28/2010, rafforzando la Direttiva europea specialmente sotto l'aspetto dell'obbligatorietà, ha introdotto una serie coordinata di norme che si pongono l'espresso obiettivo di facilitare la composizione amichevole ed extragiudiziale delle controversie, garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

Quanto al concetto di mediazione, essa viene definita dalla Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 28/2010 come una «mediazione moderna» in quanto «non si lascia irrigidire in formule che in realtà colgono del fenomeno solo aspetti parziali». Poiché la Legge Delega n. 69/2009 non prevedeva «una struttura rigida e predeterminata della mediazione (...)», rifacendosi essenzialmente all'esperienza di quegli organismi che nel tempo avevano «dato vita a esperienze di mediazione stragiudiziale di buon successo (...) che possono pertanto costituire il punto di riferimento per l'intervento del legislatore delegato»¹⁰⁷, quest'ultimo ha preferito definirla (all'art. 1 del d.lgs. 28/2010) come quell'attività posta in essere da un terzo imparziale, «comunque» essa venga «denominata», al fine di sottolineare come la denominazione data a tale attività sia di fatto trascurabile.

Va segnalato, inoltre, che in conformità a quanto previsto dalla Legge Delega, il legislatore del 2010 ha configurato la conciliazione come l'esito della mediazione: mentre la conciliazione «è meno procedimento, è più effetto, è piuttosto orientata al

¹⁰⁷ Relazione Illustrativa al decreto legislativo n. 28/2010, Articolo 1 (Definizioni).

risultato», la mediazione, al contrario, guarda al procedimento, «è orientata, appunto, al mezzo»¹⁰⁸. Nello specifico, la mediazione viene definita come l'attività «svolta da un terzo imparziale (...) finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa (art. 1, comma 1, lett. a) d.lgs. 28/2010)», mentre la conciliazione altro non è che l'esito positivo dell'attività di mediazione. Nel momento in cui si afferma che la mediazione è finalizzata alla conciliazione, si attribuisce «alla mediazione la sola funzione di intervento di un soggetto terzo che, mediando tra le parti e formulando una proposta, svolge ciò che altro non è che un vero e proprio tentativo di conciliazione»¹⁰⁹.

A norma dell'art. 2, comma 1, a chiunque è riconosciuta la possibilità di accedere alla mediazione per comporre la controversia, purchè questa verta su diritti disponibili¹¹⁰. Questa regola generale conosce però delle eccezioni, nel senso che per talune categorie di controversie - individuate *ex lege* - l'attivazione del procedimento di mediazione non è una semplice possibilità riconosciuta alle parti, ma un vero e proprio obbligo imposto dal legislatore. La novità più significativa introdotta dalla normativa italiana consiste proprio nella previsione di una c.d. mediazione obbligatoria, prevista quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, sia pure non per la generalità delle controversie bensì per alcune tipologie di materie considerate a rischio di più elevata conflittualità.

Va precisato che il decreto legislativo in esame permette di individuare almeno quattro tipologie di mediazione¹¹¹: 1) la mediazione facoltativa di cui l'art. 2, comma 1, d.lgs.

¹⁰⁸ Così RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, in *Politica del diritto*, 4/1999, p. 541.

¹⁰⁹ In questi termini MORANO CINQUE, *I sistemi ADR e la media conciliazione*, *Op.cit.*, p. 27.

¹¹⁰ Precisa RISTORI, *La mediazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 152, che la mediazione viene praticata anche per materie che riguardano diritti indisponibili, come nel settore familiare e nel settore penale minorile. In questi casi, però, la mediazione è diretta non a risolvere una controversia, bensì a cambiare la qualità del rapporto fra le persone e a garantire una prosecuzione della relazione quanto più serena nel rispetto degli accordi e della legge.

¹¹¹ Il criterio che permette di distinguere tra loro la mediazione facoltativa, obbligatoria, disposta dal giudice e concordata, è quello che si rifà alle c.d. "modalità di accesso alla mediazione". Tuttavia, un secondo criterio, che guarda "all'ampiezza dei poteri del mediatore" come delineata dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 28/2010, permette di individuare altre due tipologie di mediazione: I) la mediazione c.d. facilitativa, quando il terzo mediatore assiste le parti in lite nella ricerca di un accordo amichevole; II) la mediazione aggiudicativa, quando il terzo mediatore assiste i soggetti formulando una proposta per la risoluzione della lite. In questi termini VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, in *La nuova mediazione*, *Op.cit.*, p. 186.

28/2010, attivabile spontaneamente dalle parti, le quali, essendo sorto tra loro un conflitto avente ad oggetto un diritto disponibile, possono decidere di intraprendere un percorso conciliativo; 2) la summenzionata mediazione obbligatoria, per le materie indicate dall'articolo 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010; 3) la mediazione disposta dal giudice a norma dell'articolo 5, comma 2, secondo il quale «il giudice, anche in sede di giudizio di appello (...), può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione»; 4) la mediazione concordata (art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010), in cui la strada della conciliazione è prevista da un'apposita clausola contenuta in un contratto, nello statuto ovvero nell'atto costitutivo dell'ente, clausola che rende la mediazione obbligatoria sebbene non riguardante le materie per cui è prevista quale condizione di procedibilità. Ai fini della presente trattazione, nel sottoparagrafo successivo è intenzione della scrivente focalizzarsi esclusivamente sui tratti distintivi della mediazione c.d. obbligatoria, come disciplinata all'art. 5, comma 1 (successivo comma 1.*bis*), del d.lgs. 28/2010, nella sua formulazione originaria e a seguito dell'intervento dei Regolamenti ministeriali del 2010 e 2011.

3.1. L'art. 5, comma 1.*bis*, del D.lgs. n. 28/2010

3.1.1. La formulazione originaria

Non vi sono dubbi sul fatto che la novità più rilevante introdotta dal d.lgs. n. 28/2010 sia stata l'istituzione della mediazione c.d. obbligatoria¹¹², originariamente disciplinata all'art. 5, comma 1, secondo cui «chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da

¹¹² Nell'introdurre l'istituto della mediazione obbligatoria, il legislatore italiano ha tratto ispirazione dall'esperienza argentina degli anni '90. In Argentina, infatti, una legislazione specifica in materia di mediazione esiste già dal 1992. In questi anni venne realizzata a Buenos Aires un'esperienza pilota di mediazione (oggetto di approfondimento nel paragrafo 6.1. del presente capitolo), la quale si concluse positivamente nel 1995 con la promulgazione delle Legge n. 24.573 sulla Mediazione e Conciliazione (la quale introdusse l'obbligatorietà della mediazione anteriore al giudizio, dando così impulso alla diffusione dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie).

diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (...).

La *ratio* sottesa alla norma, rinvenibile nella Relazione Illustrativa al decreto, è quella di «allargare a una vasta serie di rapporti la condizione di procedibilità, sul presupposto che solo una simile estensione possa garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie», nonché «valorizzare le esperienze autoregolative e di minimizzare l'intervento statale nella disciplina del concreto esercizio dell'attività di mediazione» (Relazione Illustrativa, rispettivamente *sub* artt. 5 e 3.).

Al di là di quanto enunciato nella Relazione Illustrativa, la dottrina e i pratici avevano individuato almeno quattro motivi ulteriori in ragione dei quali il legislatore può aver ritenuto utile introdurre lo strumento normativo della mediazione: «1) per eliminare alcuni inconvenienti che potrebbero determinarsi ove operassero solo le norme del codice civile, inconvenienti che potrebbero scoraggiare gli interessati a seguire un percorso di mediazione; 2) per attribuire alla conciliazione (raggiunta) effetti che altrimenti non avrebbe in base alle sole norme del codice civile; 3) per fare della mediazione un «ambiente» che favorisca l'esito positivo del percorso, ossia il raggiungimento della conciliazione; 4) per diffondere la cultura della mediazione rivolta alla conciliazione (...)»¹¹³.

La Relazione Illustrativa individua essenzialmente due ragioni principali sottese all'intervento legislativo: la diffusione della cultura della conciliazione per garantire a tutti l'accesso alla giustizia e la deflazione del carico giudiziario. Il fatto, però, che il legislatore abbia previsto l'obbligo del previo esperimento del procedimento di

¹¹³ In questi termini, BOVE, *Luci ed ombre nella legge-quadro sulla mediazione (d.lgs. n. 28 del 2010)*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BOVE, Padova, 2011, pp. 5-6.

mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale per una ricca rosa di controversie sembra essere sintomatico della prevalenza del secondo obiettivo sul primo, nel senso che l'intero provvedimento normativo sembra ispirato prevalentemente all'esigenza di alleggerimento del carico di lavoro delle corti giudiziarie¹¹⁴. Per di più, la stessa Relazione Illustrativa nella parte relativa all'art. 11 rimarca la finalità deflattiva della mediazione, la quale è stata concepita proprio al fine di «operare una riduzione della domanda di giustizia» (il tema sarà oggetto di approfondimento nel *Paragrafo 7.1* del presente *Capitolo*).

L'art. 5, comma 1, è stato oggetto di un'importante evoluzione normativa e soggetto a conseguenti modifiche testuali.

Relativamente alle controversie sottoposte al previo esperimento del tentativo di mediazione, in origine il legislatore aveva inserito al comma 1 le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. Va precisato fin da subito che l'elenco delle materie, sebbene sia rimasto perlopiù invariato, ha subito un'importante modifica con il Decreto Legge n. 69 del 2013, intervenuto al fine di reintrodurre l'obbligatorietà della mediazione dopo la dichiarazione di incostituzionalità pronunciata con sentenza n. 272/2012 dalla Corte costituzionale, come meglio verrà illustrato nel *Paragrafo 4* del presente *Capitolo*.

In primo luogo, va osservato che l'elenco originario menzionava tra le controversie sottoposte all'obbligo del previo tentativo di mediazione quelle relative al risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti¹¹⁵. Questa ipotesi, con l'introduzione del comma 1.bis all'art. 5 ad opera dell'art. 84, comma 1, lett. b) D.L. 69/2013, è stata rimossa; oggi, infatti, non compare nel testo dell'art. 5, comma 1.bis, come aggiornato, con la conseguenza che chi intende agire in giudizio per una

¹¹⁴ Sul punto, SANTAGADA, *La mediazione*, Torino, 2012, pp. 33-34.

¹¹⁵ Nel vigore dell'obbligatorietà della mediazione anche per le controversie in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli natanti, l'Associazione Nazionale tra le Imprese Assicuratrici (ANIA), in considerazione della peculiarità della materia assicurativa e al fine di semplificare la partecipazione delle imprese assicuratrici, degli assicurati e dei danneggiati alla procedura di mediazione a fini conciliativi, aveva elaborato delle «Linee Guida per la gestione della mediazione a fini conciliativi in materia di assicurativa», consultabili in Ania.it.

controversia in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti non ha l'obbligo di esperire il tentativo di mediazione. Ciò nonostante, le parti hanno la possibilità di rivolgersi spontaneamente ad un mediatore (c.d. mediazione facoltativa), ma potrebbe trovare applicazione anche la disciplina della mediazione disposta dal giudice, nonché quella della mediazione concordata. Sempre con riferimento al risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, va puntualizzato che le controversie in tale materia rientrano oggi tra quelle per le quali deve essere esperito obbligatoriamente *ex art. 3, comma 1, del D.L. 132/2014* il procedimento di negoziazione assistita, il quale è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (tema che verrà affrontato nel *Capitolo II* dell'elaborato).

In secondo luogo, il comma 1 nella sua formulazione originaria menzionava tra le controversie assoggettate alla mediazione obbligatoria quelle in materia di risarcimento derivante da responsabilità medica; la riforma del 2013 ha esplicitamente aggiunto, accanto a tali controversie, quelle derivanti dalla responsabilità sanitaria¹¹⁶. Sul punto è il caso di sottolineare come la disciplina della mediazione obbligatoria di cui all'art. 5, comma 1.*bis*, potrebbe necessitare di un aggiornamento in base a quanto previsto per la nuova responsabilità sanitaria dalla Legge Gelli-Bianco (l. 24/2017). Nello specifico, l'art. 8, comma 1, della l. 24/2017 prevede per chi intende procedere con un'azione relativa ad una controversia in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria l'obbligo di proporre preliminarmente ricorso *ex art. 696.bis c.p.c.*, il quale costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento; tuttavia, il comma 2 fa salva «la possibilità di esperire in alternativa il procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1.*bis* del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28». Conseguenza vuole, dunque, che l'esperimento del procedimento di mediazione non sia più obbligatorio “in senso stretto” in tale materia, potendo la condizione di procedibilità essere soddisfatta mediante l'espletamento della procedura di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. Sarebbe, quindi, opportuno inserire nell'art.5, comma 1.*bis*, un espresso richiamo alla l. 24/2017, come d'altronde

¹¹⁶ Per un approfondimento sull'obbligatorietà del previo tentativo di mediazione nelle controversie in materia di risarcimento del danno da responsabilità medica e sanitaria vedere SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, in *La nuova mediazione*, *Op.cit.*, p. 311 ss. e RISTORI, *La mediazione delle controversie civili*, in *La mediazione civile e commerciale*, *Op.cit.*, p. 191 ss.

il legislatore ha già fatto per i procedimenti disciplinati dal d.lgs. 179/2007 e dal d.lgs. 385/1993¹¹⁷.

Come visto, l'elemento di novità introdotto dall'art. 5, comma 1, ha riguardato l'introduzione della c.d. mediazione obbligatoria, per la cui disciplina il legislatore del 2010 ha preso come modello di riferimento quello «sperimentato nelle controversie di lavoro, agli articoli 410 ss. c.p.c., o nelle controversie agrarie, ai sensi dell'art. 46 della Legge n. 203/1982» (come sottolinea la Relazione Illustrativa al decreto *sub.* art. 5).

La natura obbligatoria della mediazione deriva dalla circostanza che nelle controversie relative alle materie elencate al comma 1 (successivo comma 1.*bis*) dell'art. 5 il previo esperimento del tentativo di mediazione è condizione di procedibilità della successiva (ed eventuale) domanda giudiziale. Il fatto che il tentativo di mediazione sia condizione di procedibilità, significa che il suo previo esperimento è presupposto processuale, cioè «condizione che deve sussistere affinché il giudice possa decidere nel merito»¹¹⁸. Quella che viene introdotta, dunque, è un'ipotesi di giurisdizione condizionata, poiché «il valido esercizio dell'azione diviene subordinato all'avverarsi di una condizione»¹¹⁹; in questo caso la condizione si considera avverata se è stato correttamente esperito il previo tentativo di mediazione.

3.1.2. Il Decreto Ministeriale n. 180/2010 attuativo del d.lgs. 28/2010 e le successive modifiche ad esso apportate

Pochi mesi dopo l'emanazione del d.lgs. 28/2010, il legislatore è intervenuto con il Decreto Ministeriale n. 180 del 18 ottobre 2010, attuativo del d.lgs. 28/2010, il quale disciplina (art. 2 D.M. 180/2010): i) l'istituzione, i criteri e le modalità di iscrizione dei singoli organismi nel registro presso il Ministero; ii) l'istituzione, i criteri e le modalità di iscrizione degli enti di formazione nell'elenco presso il Ministero; iii) l'ammontare minimo e massimo e il criterio di calcolo delle indennità spettanti agli organismi.

Innanzitutto, la normativa in commento, al fine di garantire la serietà e l'efficienza (di cui all'art. 16 d.lgs. 28/2010) degli organismi di mediazione (pubblici e privati), ha

¹¹⁷ Sul punto SPINA, *Mediazione obbligatoria*, in Altalex.com, 2021.

¹¹⁸ In questi termini VASAPOLLO, *Op.cit.*, pp. 189-190.

¹¹⁹ *Op.cit.*

istituito il registro degli organismi abilitati a svolgere il procedimento di mediazione, disciplinato dall'art. 3 e ss. del D.M. 180/2010. Tale registro è articolato in modo da contenere le annotazioni specifiche sia per gli enti pubblici (sezione A: elenco dei mediatori; sezione B: elenco dei mediatori esperti nella materia internazionali; sezione C: elenco dei mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo) sia per quelli privati (sempre, sezione A: elenco dei mediatori; sezione B: elenco dei mediatori esperti nella materia internazionali; sezione C: elenco dei mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo; per gli enti privati viene aggiunta una quarta sezione: la sezione D relativa all'elenco dei soci, associati, amministratori, rappresentanti degli organismi).

Il responsabile della tenuta e della gestione del registro verifica in via preliminare che gli organismi di mediazione richiedenti l'iscrizione nel registro presentino una serie di requisiti - elencati all'art. 4, comma 2, D.M. 180/2010 - tali da garantirne la professionalità e l'efficienza; nello specifico: a) l'esistenza di un capitale non inferiore a quello la cui sottoscrizione è necessaria alla costituzione di una società a responsabilità limitata, nonché il possesso di una polizza assicurativa di importo non inferiore ad euro 500.000 per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione; b) la capacità di poter svolgere l'attività di mediazione in almeno due regioni italiane o in almeno due province della medesima regione; c) la sussistenza dei requisiti di onorabilità dei soci, degli associati e degli amministratori o dei rappresentanti degli enti; d) la trasparenza amministrativa e contabile dell'organismo; e) le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione; f) la presenza di un minimo di cinque mediatori, i quali abbiano dichiarato la disponibilità a svolgere le funzioni di mediazione per il richiedente; g) l'indicazione della sede dell'organismo. Il responsabile si occupa, altresì, a norma dell'art. 4, comma 3, di verificare che anche i mediatori dell'organismo soddisfino i «requisiti di professionalità, competenza e di onorabilità che contribuiscono ad accrescere l'efficacia degli organismi stessi»¹²⁰.

Per quanto riguarda gli organismi costituiti dalle CCIAA e dai consigli degli organi professionali, questi vengono iscritti su semplice domanda, al ricorrere di sole due condizioni: l'organismo richiedente deve avere una polizza assicurativa di importo non

¹²⁰ Così RIVA, *Il regolamento attuativo di cui al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180*, in *La mediazione civile, novità normative e contesto operativo*, a cura di ASTORINA-MEZZABOTTA, Milano, p. 32 ss.

inferiore ad euro 500.000 e i mediatori devono soddisfare i requisiti indicati al 3° comma dell'art. 4 del D.M. 180/2010.

In secondo luogo, all'art. 17 il decreto ministeriale del 2010 ha previsto l'istituzione di un elenco per gli enti di formazione abilitati a svolgere l'attività di formazione dei mediatori. L'elenco è tenuto presso il Ministero della Giustizia e ne è responsabile il direttore generale della giustizia civile (ovvero persona da lui delegata con qualifica dirigenziale nell'ambito della direzione generale). Analogamente a quanto previsto per il registro degli organismi abilitati a svolgere il servizio di mediazione, l'elenco è articolato in modo da contenere precise annotazioni per gli enti pubblici (sezione A: elenco dei formatori; sezione B: elenco dei responsabili scientifici) e per quelli privati (le sezioni A e B corrispondono, quanto a contenuto, a quelle disciplinate per gli enti pubblici; vi è l'aggiunta, tuttavia, di una terza sezione: la sezione C, contenente l'elenco dei soci, associati, amministratori, rappresentanti degli enti).

La disciplina dell'elenco (art. 18, D.M. 180/2010) è speculare a quella che l'art. 4, D.M. 180/2010 prevede per il registro degli organismi abilitati. Anche gli enti di formazione sono soggetti ad una verifica iniziale di serietà ed efficienza da parte del responsabile dell'elenco, e in particolare devono soddisfare gli stessi requisiti previsti alle già menzionate lettere *a)*, *c)*, *d)*, *f)*, *g)* per gli organismi di mediazione.

Dall'analisi dell'art. 18 emerge come il legislatore abbia rivolto un'attenzione particolare alla formazione del mediatore. Sono state introdotte, infatti, delle novità¹²¹ circa la qualificazione dei formatori, innanzitutto distinguendo tra docenti dei corsi teorici e docenti dei corsi pratici¹²². Quanto alla categoria dei docenti dei corsi teorici, costoro devono dimostrare l'idoneità alla formazione attestando «di aver pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie»; mentre i docenti dei corsi pratici devono provare l'idoneità alla formazione attestando «di avere operato, in qualità di mediatore, presso organismi di mediazione o conciliazione in almeno tre procedure». Per entrambe le categorie di docenti, il medesimo articolo prevede, sempre al fine di ottenere l'idoneità alla

¹²¹ La nuova normativa ha superato (e in parte conservato) quanto previsto dal Decreto del Ministero della Giustizia del 24 luglio 2006, recante «Approvazione dei requisiti di accreditamento dei soggetti e/o enti abilitati a tenere corsi di formazione per l'iscrizione nel registro degli organismi di conciliazione».

¹²² Cfr. CENA-CHIESA-REGIS, *Il mediatore e gli organismi di mediazione*, in *La mediazione civile e commerciale*, Op. cit., pp. 238-239.

formazione, l'obbligo di partecipare «ad almeno 16 ore di aggiornamento nel corso di un biennio»¹²³. Sorge naturale chiedersi se tale obbligo formativo possa ritenersi adempiuto anche nell'ipotesi in cui i corsi specifici di aggiornamento seguiti dal docente siano tenuti sì da docenti diversi ma presso gli stessi organismi ove egli svolge l'attività di formazione. Questo dubbio viene risolto positivamente, considerando «le caratteristiche degli enti formatori e le caratteristiche personali e professionali dei docenti, ma soprattutto la necessità per gli enti di mantenere standard qualitativi elevati che possono garantire loro la continuità»¹²⁴.

Infine, il D.M. 180/2010 ha introdotto una specifica disciplina per l'indennità spettante agli organismi. Tale indennità comprende sia le spese di avvio del procedimento, sia quelle di mediazione (art. 16): quanto alle prime, è dovuto da ciascuna parte un importo pari ad 40,00 euro, il quale viene versato dalla parte istante nel momento in cui deposita la domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione nel momento in cui aderisce al procedimento, mentre per quanto concerne le spese di mediazione ciascuna parte è tenuta a versare un importo - stabilito nella *Tabella A* allegata al D.M. 180/2010 - commisurato al valore della lite, più precisamente la spesa che ciascuna parte dovrà sostenere sarà tanto maggiore quanto più alto sarà il valore della lite (ad esempio, se la lite ha un valore che oscilla tra i 1.001,00 euro e i 5.000,00 euro ciascuna parte è tenuta a versare un importo pari a 65,00 euro, ma se la lite dovesse avere un valore maggiore, per esempio un valore compreso tra 250.001,00 euro e 500.000,00 euro, la parte sarà tenuta a versare un importo più elevato, nel caso specifico pari a 2.000,00 euro). Nondimeno, l'importo massimo delle spese di mediazione per ciascun scaglione di riferimento, come determinato dalla *Tabella A*, è suscettibile di variazioni nei casi e nei modi previsti dall'art. 16, comma 4.

¹²³ Più precisamente, a norma dell'art. 18, comma 3, lett. *b*), D.M. 180/2010, entrambe le categorie di docenti devono provare, inoltre, l'idoneità alla formazione attestando, in *primis*, «di aver svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie, presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private riconosciute, nazionali o straniere». Osservano CENA-CHIESA-REGIS, *Op.cit.*, come il legislatore abbia voluto in questo modo riconoscere la qualifica di “formatore” ad un soggetto capace di trasmettere in modo adeguato il proprio sapere. In *secundis*, entrambe le categorie di docenti dovranno «impegnarsi a partecipare in qualità di discendente presso i medesimi enti ad almeno 16 ore di aggiornamento nel corso di un biennio» ed essere in possesso dei requisiti di onorabilità richiesti ai mediatori.

¹²⁴ In questi termini RIVA, *Op.cit.*

Il legislatore è successivamente intervenuto sul D.M. n. 180/2010, inizialmente con il D.M. n. 145/2011 e, qualche anno dopo, con il D.M. n. 139/2014.

Nel 2011 sulla Gazzetta Ufficiale viene pubblicato il Decreto del Ministero della Giustizia n. 145/2011, recante modifiche al D.M. 180/2010 in materia di mediazione. L'obiettivo del Decreto correttivo era quello di porre rimedio ad alcune criticità emerse dopo l'introduzione del D.M. 180/2010. Si era osservato, *in primis*, il fatto che il Decreto n. 180 non recasse una disciplina adeguata a garantire la professionalità e la competenza dei mediatori, per i quali infatti era prevista una generica attività di formazione. In *secundis*, era stato evidenziato l'eccessivo costo della mediazione nei casi di contumacia della parte; l'art. 16, comma 4, lett. e) prevede, infatti, la riduzione solamente di un terzo dell'importo massimo per le spese di mediazione «quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione, partecipa al procedimento». L'eccessiva onerosità della mediazione, in questo caso, risultava essere di ostacolo all'esercizio del diritto - costituzionalmente garantito - di accesso alla giustizia¹²⁵.

Questa è la cornice all'interno della quale si colloca il D.M. 145/2011, le cui novità più importanti, in sintesi, attengono, alla previsione di un tirocinio assistito per i mediatori, al fine di rafforzarne la professionalità, e alla revisione delle indennità in caso di mediazione obbligatoria e mancata partecipazione.

Un primo intervento, dunque, ha riguardato i requisiti di qualificazione dei mediatori. Sul punto, l'art. 2, comma 1, lett. a), del D.M. 145/2011 richiede ora a quest'ultimi non solo il possesso di una specifica formazione e di un aggiornamento almeno biennale acquisiti presso gli enti di formazione (come previsto originariamente dall'art. 4, comma 3, lett. b) del D.M. 180/2010), bensì, in aggiunta, «la partecipazione (...), nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti». A tal fine viene stabilito, mediante l'inserimento del 4° comma all'art. 8 del D.M. 180/2010, che l'organismo di mediazione «è obbligato a consentire, gratuitamente e disciplinandolo nel proprio regolamento, il tirocinio assistito». Poiché il mediatore rappresenta il cuore del procedimento di mediazione, «come tale costituisce un fattore critico di successo del sistema¹²⁶»; per questo, per

¹²⁵ In questi termini VITA, *Le modifiche al D.M. 180/2010 apportate dal nuovo decreto del 6 luglio 2011 n. 145, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 197 del 25 agosto 2011*, in *diritto.it*, 2011.

¹²⁶ Per un approfondimento vedere VITA, *Op.cit.*

giungere ad un accordo è indispensabile che la mediazione sia condotta da mediatori abili e competenti. Il decreto in questione ha modificato - aggiungendo con il suo art. 3 le lett. *d)* ed *e)* all'art. 7, comma 5, del D.M. 180/2010 - anche il regolamento di procedura, stabilendo che in ogni caso questo debba prevedere, oltre a quanto già indicato all'art. 7 del D.M. 180/2010, anzitutto, lo svolgimento da parte del mediatore, nei casi di mediazione obbligatoria di cui l'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, di un incontro «con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione», e la segreteria dell'organismo - ed è questa la previsione più significativa per evitare che non si presenti neppure la parte istante - può rilasciare l'attestato di conclusione del procedimento di mediazione solamente dopo la sottoscrizione del verbale di mancata partecipazione della parte chiamata in mediazione e mancato accordo. È ovviamente questo un tentativo volto a rendere effettiva l'obbligatorietà della mediazione. In secondo luogo, il regolamento di procedura deve prevedere dei «criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta (lett. *e)*)¹²⁷».

Come sopra accennato, il D.M. 145/2011 è intervenuto anche sui criteri di determinazione delle indennità spettanti agli Organismi, regolati all'art. 16 del D.M. 180/2010, con lo scopo fondamentale di ridurre le spese nei casi di mediazione obbligatoria e nelle ipotesi di contumacia delle parti chiamate in conciliazione. Nello specifico, l'art. 5 del D.M. 145/2011 stabilisce primariamente che, per le materie obbligatoriamente sottoposte a mediazione a norma dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010, l'importo della spesa di mediazione deve essere ridotto di un terzo per i primi sei scaglioni di cui la *Tabella A* allegata al D.M. del 2010, e della metà per i restanti, introducendo in questo modo una distinzione tra scaglioni non presente nella formulazione precedente; inoltre, «non si applica alcun altro aumento tra quelli previsti (...)», salvo l'incremento di un quarto in caso di successo della mediazione. Un distinguo tra scaglioni vi è anche nell'ipotesi di contumacia delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione: difatti, l'importo della spesa di mediazione «deve essere

¹²⁷ VITA, *Op.cit.*, osserva come la prescrizione attribuisca (forse) un valore eccessivo al tipo di laurea; inoltre, se mediatore può essere anche, ad esempio, un perito o un geometra, anche il diploma e l'esperienza professionale andrebbero considerati al fine di valutarne la professionalità.

ridotto ad euro quaranta per il primo scaglione e ad euro cinquanta per tutti gli altri» (art. 5, comma 1, lett. *c*). Questa drastica riduzione ha permesso di superare le difficoltà, dovute all'eccessivo costo della mediazione, nell'esercizio del diritto alla giustizia nei casi di contumacia. Rileva sottolineare, infine, il fatto che l'art. 5, comma 1, lett. *a*), impone, forse per controbilanciare i tagli previsti per le ipotesi precedenti, in caso di successo della mediazione, un aumento dell'importo della spesa di mediazione non più pari ad un quinto, come previsto dall'art. 16, comma 4, lett. *b*) del D.M. 180/2010, bensì pari ad un quarto, passando così l'aumento dal 20% al 25% rispetto alla formulazione del Decreto n. 180¹²⁸.

Il testo del D.M. n. 180/2010, tuttavia - dopo la riforma della mediazione civile e commerciale ad opera del c.d. "Decreto del fare" (L. 98/2013), che sarà oggetto di analisi nel prossimo paragrafo - è stato nuovamente "ritoccato" con il Decreto Ministeriale n. 139 del 4 agosto 2014. Il decreto in esame non solo ha apportato delle modifiche testuali al D.M. del 2010, ma ha anche introdotto delle regole decisive per l'operatività della mediazione.

In questa sede meritano di essere esaminate, in sintesi, le modifiche più significative. Il legislatore del 2014, per prima cosa, ha posto nuovi oneri a carico degli organismi. In questo senso, il nuovo art. 4, comma 2, lett. *a*) del D.M. 180/2010 (modificato dall'art. 2 del D.M. 139/2014) e il recente art. 18, comma 2, lett. *a*) del D.M. 180/2010 (modificato dall'art. 8 del D.M. 139/2017) richiedono espressamente che il soggetto richiedente, il quale voglia rispettivamente iscriversi nel registro degli organismi di mediazione ovvero nell'elenco degli enti di formazione, debba possedere, ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria, un capitale non inferiore ad euro 10.000,00.

L'art. 3 del D.M. 139/2014 ha poi introdotto un obbligo di comunicazione a capo dell'Organismo di mediazione in favore del Ministero della Giustizia, con conseguenti sanzioni in caso di inosservanza di tale obbligo. Nello specifico, l'articolo in oggetto ha

¹²⁸ Ulteriori modifiche sono state apportate dagli articoli 1, 5 e 6 del D.M. 145/2011. In particolare, l'art. 1, con l'obiettivo di rinforzare il supporto amministrativo dell'autorità di vigilanza sugli organismi di mediazione e sugli enti di formazione, ha stabilito che «il direttore generale della giustizia civile, al fine di esercitare la vigilanza, si può avvalere dell'Ispettorato generale del Ministero della giustizia» e, nell'esercizio delle funzioni di cui gli artt. 3 e 17 del D.M. 180/2010, può avvalersi «di persona da lui delegata con qualifica dirigenziale o con qualifica di magistrato». L'art. 5, in materia di indennità spettanti agli organismi, oltre alle modifiche sopra approfondite, alle lett. *d*), *e*) ed *f*) ne ha previste delle ulteriori. Infine, l'art. 6, recante modifiche all'art. 20 del D.M. 180/2010, ha previsto una proroga dei termini per l'adeguamento dei mediatori e dei formatori di diritto ai requisiti della nuova disciplina.

introdotto un nuovo comma (il comma 5) all'art. 8, ai sensi del quale «l'organismo iscritto è obbligato a comunicare al Ministero della Giustizia, alla fine di ogni trimestre (...), i dati statistici relativi all'attività di mediazione svolta». Alla mancata comunicazione di tali dati, consegue, in prima battuta, la sospensione dell'Organismo di mediazione, disposta dal responsabile del registro, per un periodo di dodici mesi; nondimeno, se l'organismo non provvede ad inviare i dati, «inclusi quelli storici dei dodici mesi precedenti», entro i tre mesi successivi, ne viene disposta la cancellazione dal registro (art. 10, comma 1, D.M. 180/2010, modificato dall'art. 4, D.M. 139/2014). Un'ulteriore novità ha riguardato le regole sul monitoraggio dei procedimenti di mediazione: il nuovo art. 11 del D.M. 180/2010, come modificato dall'art. 5 del D.M. del 2014, prevede che il Ministero della Giustizia debba svolgere l'attività di monitoraggio statistico dei procedimenti di mediazione svolti presso gli organismi di mediazione, non più annualmente, bensì con scadenza semestrale.

Un'attenzione particolare è stata poi dedicata all'incompatibilità e ai conflitti di interesse dei mediatori. Di notevole importanza per quest'ultimi è, in tal senso, il nuovo art. 14.*bis*, introdotto dall'art. 6 del D.M. 139/2014. In *primis*, «il mediatore non può essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti in procedure di mediazione dinnanzi all'organismo presso cui è iscritto o relativamente al quale è socio o riveste una carica a qualsiasi titolo». Tale divieto viene esteso dalla norma anche nei confronti dei «professionisti soci, associati ovvero che esercitino la professione negli stessi locali». In secondo luogo, non può svolgere la funzione di mediatore chi abbia in corso, oppure abbia avuto negli ultimi due anni, rapporti professionali con una delle parti. Infine, colui che ha svolto la funzione di mediatore in un determinato procedimento non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti del medesimo, se non dopo che siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento stesso¹²⁹. Tali disposizioni sono inequivocabilmente volte a preservare la professionalità, l'indipendenza e l'imparzialità della figura del mediatore.

¹²⁹ Sempre con riferimento alla figura dei mediatori, ai sensi dell'art. 9 del D.M. 139/2014 i mediatori che alla data di entrata in vigore del decreto in esame non abbiamo completato l'aggiornamento professionale in forma di tirocinio assistito (a norma dell'art. 4, comma 3, lett. *b*) del D.M. 180/2010) «devono provvedervi entro il termine di un anno» dall'entrata in vigore del regolamento del 2014.

In conclusione, il D.M. 139/2014 all'art. 7, il quale ha modificato l'art. 16, comma 2, del D.M. 180/2010, ha introdotto delle disposizioni innovative in materia di indennità spettanti agli organismi. La norma, dopo aver previsto espressamente che le spese di avvio siano dovute da ciascuna parte «per lo svolgimento del primo incontro», stabilisce che le medesime aumentino ad euro 80,00 per le controversie di valore superiore ad euro 250.000,00; con la precisione ulteriore che detto importo «è dovuto anche in caso di mancato accordo».

4. LA PRONUNCIA DELLA C. COST. N. 272/2012 E I SUCCESSIVI INTERVENTI DEL LEGISLATORE

4.1. Le q.l.c. sollevate in relazione all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 e la pronuncia della Consulta del 2012

Il d.lgs. 28/2010 ha generato non pochi dubbi e perplessità circa la sua conformità a Costituzione. I rilievi mossi al procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda attengono essenzialmente a due ordini di problemi: I) l'eccesso di delega del decreto legislativo rispetto a quanto previsto dalla legge delega n. 69/2009 all'art. 60; II) la non conformità al dettato costituzionale di cui all'art. 24 Cost. La prima questione da considerare attiene all'eccesso di delega e alla conseguente violazione degli artt. 76 e 77 della Carta costituzionale ad opera del decreto legislativo in esame. In altri termini, ci si è chiesti se il d.lgs. 28/2010, con il suo art. 5, abbia o meno rispettato i limiti di cui la legge delega n. 69/2009.

L'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010 ha previsto, infatti, per un numero considerevole di materie, l'obbligo di esperire preliminarmente il procedimento di mediazione, il quale in tali ipotesi è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Emerge qui un primo contrasto con l'art. 60 l. 69/2009, il quale, nell'elencare i principi e i criteri direttivi che il Governo deve seguire nell'esercizio della delega (commi 2 e 3), stabilisce espressamente che la mediazione deve avere ad oggetto controversie su diritti disponibili e non deve precludere l'accesso alla giustizia (comma 3, lett. a); ma in nessun principio o criterio direttivo il legislatore delegante menziona espressamente l'obbligatorietà dell'espletamento della mediazione.

È evidente, allora, che il legislatore italiano, rendendo in molti casi la mediazione una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, abbia legiferato in eccesso rispetto a quanto previsto dalla legge delega, in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., in considerazione del fatto che, innanzitutto, con la legge delega del 2009 si voleva evitare che la mediazione rappresentasse un ostacolo per l'accesso alla giustizia, ed, in secondo luogo, che il previo esperimento della mediazione quale condizione di procedibilità non trova il suo fondamento normativo né nella legge delega, né nella direttiva 2008/52/CE (direttiva europea che, in ogni caso, non viene richiamata espressamente dall'art. 60, sicché è da escludere che il d.lgs. del 2010 sia stato emanato recependo regole e principi di questa direttiva). Sul punto si è espresso anche il Tar Lazio, il quale, con ordinanza n. 3202 del 12 aprile 2011 - come verrà meglio illustrato nelle prossime righe - ha censurato l'art. 5 d.lgs. 28/2010 nella misura in cui esso prevede che il previo esperimento del procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità obbligatoria, senza però che tale obbligo abbia una base normativa.

Ad onor del vero, lo stesso art. 60 prevede che la riforma in materia di mediazione e di conciliazione debba essere adottata nel rispetto e in coerenza della normativa comunitaria, realizzando il coordinamento con le altre disposizioni vigenti (comma 2 e comma 3, lett. c), art. 60, l. 69/09). Ed in verità la stessa direttiva europea, all'art. 5, comma 2, non esclude la possibilità per gli ordinamenti interni di introdurre una mediazione di natura obbligatoria, ma anzi la stessa direttiva «lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni», a condizione però - ed è questa la precisazione cruciale - che la normativa nazionale non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

È il caso di proporre una prima osservazione: se è vero, da un lato, che la direttiva europea non impedisce ai legislatori nazionali di prevedere una mediazione obbligatoria, è altrettanto vero che forse sarebbe stata necessaria un'espressa pronuncia al riguardo da parte del nostro legislatore, invece assente nella legge delega¹³⁰.

¹³⁰ In tal senso BESSO, *La mediazione: definizioni e tipologie*, in *La mediazione civile e commerciale*, *Op.cit.*, p. 50. Un'opinione differente è invece stata espressa da CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, 1307, secondo il quale la lett. a) del 3° comma dell'art. 60, l. 69/09, nel disporre che la mediazione non deve precludere

Per completezza, meritano di essere menzionate due importanti pronunce, rispettivamente del Tar Lazio e della Corte costituzionale, le quali propongono soluzioni differenti a fronte della medesima questione: quella della legittimità costituzionale per eccesso di delega.

Il tema della preclusione all'accesso alla giustizia, inevitabilmente connesso all'obbligatoria della mediazione cui l'art. 5 d.lgs. 28/2010, è stato affrontato dal Tar Lazio, con ordinanza n. 3202 del 2011, il quale ha ritenuto rilevante (ai fini della decisione del gravame) e non manifestamente infondata in relazione all'art. 77 Cost. la questione relativa all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010. Il Tar precisa come nessuno dei criteri e principi direttivi previsti dall'art. 60 l. 69/09 permetta di «configurare l'istituto della mediazione quale fase pre-processuale obbligatoria. Né detto tema può ritenersi rientrante nell'ambito di libertà, ovvero nell'area di discrezionalità commessa alla legislazione delegata, esso non costituendo (...) né un mero sviluppo delle scelte effettuate in sede di delega né una fisiologica attività di riempimento o di coordinamento normativo». Prosegue il Tar sottolineando come al fine di riconoscere la conformità dell'art. 5, comma 1, a Costituzione, sarebbe necessario quantomeno che l'art. 60 lasciasse «trasparire elementi in tal senso univoci e concludenti»; tuttavia, tali elementi non sono presenti. Il Tar, infine, esclude «che l'art. 60 della legge n. 69 del 2009, con la locuzione del relativo comma 2 (regolare la riforma “nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria”) ovvero con il principio e criterio direttivo posto alla lett. c) del comma 3 (“disciplinare la mediazione nel rispetto della normativa comunitaria”) possa essere inteso quale delega al Governo a compiere ogni e qualsivoglia scelta latamente occasionata dalla direttiva comunitaria n. 2008/52/CE». Alla luce di tali considerazioni, è evidente la posizione del Tar sul tema: indubbiamente il legislatore italiano ha legiferato oltre a quanto previsto dalla legge delega, violando il tal modo i principi costituzionali di cui gli art. 76 e 77 Cost.

In termini opposti a quelli del Tar Lazio si è pronunciata la Corte costituzionale con sentenza n. 276/2000. La questione che nel 2000 venne presentata dinnanzi alla Corte non è la medesima affrontata dal Tar nel 2011, trattandosi, infatti, nel caso di specie, di una questione inerente alla legittimità costituzionale degli artt. 410, 410.bis e 412.bis

l'accesso alla giustizia lascia, in verità, alla discrezionalità del delegato lo stabilire l'obbligatorietà o la facoltatività del procedimento di mediazione.

c.p.c. (e non alla legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010). A parere di chi scrive, è ugualmente rilevante menzionarla in questa sede in quanto rappresenta sul tema un precedente di notevole importanza. Più precisamente, secondo il rimettente veniva violato l'art. 76 Cost. nella misura in cui il legislatore delegato, nel rendere obbligatorio il tentativo di conciliazione per le controversie di lavoro *ex art. 409 c.p.c.*, aveva ecceduto i limiti di cui l'art. 11 della legge di delegazione n. 59/1997 («Delega al governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa»). In effetti, la legge del '97 nella sua formulazione non recava alcuna traccia di un'autorizzazione a prevedere l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione; dunque, il legislatore delegato avrebbe dovuto solo stabilire le modalità di espletamento del tentativo, senza però potergli conferire natura obbligatoria. Tuttavia, la Corte, «considerando l'ampiezza e l'organicità della riforma concepita dalla legge di delega», ha ritenuto che l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie di cui l'art. 409 c.p.c. sia rispettoso della legge delega. La Corte costituzionale dichiarò, dunque, non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 410, 410.bis e 412.bis c.p.c., sollevata in riferimento all'articolo 76 Cost¹³¹. Un'altra ragione per la quale si ritiene che il legislatore delegato sia andato oltre i limiti di cui alla legge delega del 2009 è da rinvenirsi nell'art. 60, comma 3, lett. c), laddove si stabilisce espressamente che il Governo debba disciplinare la mediazione «anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5». Tale ultimo decreto, relativo ai procedimenti in materia di diritto societario bancario e creditizio, prevedeva un procedimento di conciliazione facoltativo, con la conseguenza che il legislatore italiano non avrebbe potuto inserire l'istituto della mediazione nella forma della mediazione obbligatoria. Ciò nonostante, va osservato che l'inciso «anche» contenuto nel 3° comma dell'art. 60 si presta ad essere interpretato in modi differenti: non è chiaro, infatti, se il legislatore delegato abbia voluto semplicemente individuare una linea guida per il Governo, lasciandogli però un margine

¹³¹ Con la sentenza n. 276/2000 la Corte ha dichiarato non fondata anche la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., in quanto la giurisdizione condizionata prevista dagli artt. 410, 410.bis e 412.bis c.p.c. - a detta della Corte - non limita il diritto di azione costituzionalmente garantito.

di discrezionalità in merito alla natura obbligatoria o facoltativa della mediazione, oppure se, richiamando espressamente il d.lgs. n. 5/2003, abbia voluto stabilire dei limiti chiari in merito alla scelta del tipo di mediazione da inserire nel decreto legislativo¹³².

Il secondo profilo di possibile illegittimità costituzionale della mediazione obbligatoria ex art. 5, d.lgs. 28/2010 attiene alla violazione del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, garantito a livello nazionale dall'art. 24 Cost., e a livello europeo dall'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'art. 5, comma 1, impone - come più volte illustrato - per chi intende esercitare in giudizio un'azione nelle materie ivi indicate, l'obbligo di esperire preliminarmente il procedimento di mediazione, a pena di improcedibilità.

I profili di incostituzionalità sono emersi proprio con riferimento alla previsione di tentativi obbligatori di conciliazione, qualificati come condizione di procedibilità della domanda, poiché l'art. 24 Cost. garantisce, in realtà, un accesso alla giustizia pieno, libero ed incondizionato. Il diritto all'accesso alla giustizia, ex art. 24 Cost., potrebbe essere stato violato sotto un duplice profilo: I) sotto il profilo economico: sebbene infatti i costi del servizio di mediazione non siano particolarmente elevati, essi costituiscono pur sempre un ostacolo per la proposizione della domanda giudiziale; II) sotto il profilo temporale: nonostante la durata del procedimento di mediazione sia piuttosto contenuta (l'art. 6, d.lgs. 28/2010, nella sua versione originale prevedeva per il procedimento una durata non superiore a quattro mesi, e oggi tale termine è stato ridotto tre mesi), il fatto di dover attendere la conclusione del procedimento di mediazione per instaurare il processo rappresenta comunque un ritardo all'accesso alla giustizia.

Il Giudice delle Leggi italiane è intervenuto più volte in materia, statuendo quanto segue: il tentativo di conciliazione obbligatorio di per sé non è lesivo del diritto di difesa e di accesso alla giustizia; cionondimeno, ha previsto dei criteri secondo i quali il tentativo di conciliazione talvolta può essere considerato lesivo del diritto costituzionalmente garantito all'art. 24 Cost.

Quanto al profilo economico, già molti anni addietro la Corte costituzionale, con sentenza n. 73 del 21 gennaio 1988 (con la quale è stata ripresa una più datata sentenza

¹³² Così VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, *Op.cit.*, pp. 196-197.

del 1997), aveva escluso che il libero accesso alla giustizia potesse ritenersi compreso a causa della semplice imposizione di oneri alla parte che intende agire in giudizio, osservando che il precetto costituzionale di cui all'art. 24 Cost. «non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa e lo svolgimento dell'attività processuale».

In termini pressoché analoghi si è pronunciata la Corte costituzionale nei primi anni duemila (sent. n. 333/2001 e sent. n. 522/2002); in tale occasione il Giudice delle Leggi, per di più, ha operato una distinzione tra oneri consentiti e oneri che, al contrario, incorrono in una sanzione di incostituzionalità: i primi sono gli oneri «razionalmente collegati alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione», mentre, i secondi sono quelli che «tendono alla soddisfazione di interessi del tutto estranei alle finalità predette», precludendo o ostacolando gravemente l'esperimento della tutela giurisdizionale.

Nel 2004 la Corte ha precisato (sent. n. 114/2004) che «l'imposizione in via generalizzata del suddetto onere a carico del soggetto che intende adire le vie giudiziali, in nessun modo funzionale alle esigenze del processo, si risolve in un ostacolo (...) che finisce per scoraggiare l'accesso alla tutela giurisdizionale».

In relazione al profilo tanto economico quanto temporale, la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, come ribadisce la Corte stessa nella sentenza n. 276 del 2000, «ritiene che l'articolo 24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare interessi generali, con le dilazioni conseguenti (...). Il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario (...); dall'altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo». Secondo la Corte, per di più, la disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione è «obbiettivamente (...) non irragionevole», in considerazione dei

seguenti fattori: a) l'impedimento alla proposizione della domanda al giudice è limitato; b) la richiesta del tentativo di conciliazione produce sostanzialmente gli effetti propri della domanda giudiziale; c) il rilievo dell'impedimento determina non già il rigetto della domanda ma solamente la sospensione del processo; d) prima dell'esperimento del tentativo di conciliazione e durante il termine per il suo espletamento la situazione sostanziale è comunque tutelabile in via cautelare.

La dottrina, in ordine al procedimento obbligatorio di mediazione, ha assunto una posizione differente rispetto a quella della Corte costituzionale, ritenendo che la mediazione possa essere obbligatoria, oppure, in alternativa, onerosa (dunque, non obbligatoria e onerosa al contempo); diversamente essa dovrà essere considerata incostituzionale¹³³. La questione dell'incostituzionalità riguarda proprio il profilo dei costi della mediazione e l'*iter* logico sviluppato della dottrina è il seguente. Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale l'accesso al giudice può essere subordinato soltanto «al pagamento di un tributo giudiziario o di una cauzione volta a garantire l'adempimento dell'obbligazione dedotta in giudizio, qualsiasi altro pagamento viola invece l'art. 24 Cost.¹³⁴». A questo si aggiunga quanto si legge nella pronuncia della Corte di Giustizia del 18 marzo 2010: il principio della tutela giurisdizionale effettiva non osta ad una normativa nazionale che impone per determinate controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, «a condizione che tale procedura (...) generi costi non ingenti¹³⁵». Ciò considerato, la dottrina ha sottolineato che la normativa disciplinante la mediazione subordina (legittimamente) l'esercizio della funzione giurisdizionale al pagamento di una somma di denaro, come emerge dal combinato disposto degli artt. 5 d.lgs. 28/2010 e 16 D.M. 180/2010. Si tratta, però, «di una somma di danaro non esigua¹³⁶ per l'esercizio del diritto in sede giurisdizionale¹³⁷» che, per di più, non può essere ricondotta né al tributo giudiziario né alla cauzione¹³⁸. Le

¹³³ Cfr. VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 201.

¹³⁴ In questi termini SANTAGADA, *La mediazione*, *Op.cit.*, p. 44, riprendendo la sentenza della Corte cost. 29 novembre 1960, n. 67, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1195.

¹³⁵ Sentenza della Corte di Giustizia, IV Sezione, 18 marzo 2010, Rosalba Alassini contro Telecom Italia S.p.a.

¹³⁶ Come si legge in SANTAGADA, *Op.cit.*, p. 44, «per l'attività di mediazione è previsto un costo che varia, a seconda del valore della controversia, da un minimo di € 65,00 ad un massimo di € 9.200,00, dovuto da ciascuna parte (art. 16 D.M. n. 180/2010) anche nei casi in cui la mediazione è obbligatoria».

¹³⁷ Così SANTAGADA, *Op.cit.*

¹³⁸ *Ibidem.*

argomentazioni appena descritte hanno indotto la dottrina a ritenere che la mediazione obbligatoria e onerosa (al contempo) sia da ritenere in contrasto con l'art. 24 Cost¹³⁹.

Il contrasto tra la disciplina di cui l'art. 5 d.lgs. 28/2010 e l'art. 24 Cost. è stato rilevato anche dal Tar Lazio (ordinanza n. 3202 del 12 aprile 2011) e dal Giudice di pace di Catanzaro (ordinanza del 1° settembre 2011).

Quanto alla posizione del Tar, i giudici amministrativi, consapevoli dell'interpretazione che nel tempo il Giudice delle Leggi ha dato all'art. 24 Cost., hanno ribadito come il disposto costituzionale «non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte in modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa e lo svolgimento dell'attività processuale (Corte Cost., 21 gennaio 1988, n. 73; 13 aprile 1977, n. 63; sul punto, non può non richiamarsi anche la recente sentenza della Corte di Giustizia CE, IV, 10 marzo 2018¹⁴⁰)»; tuttavia, hanno anche sottolineato il fatto che l'art. 5 si pone

¹³⁹ Sul punto SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/10*, in Foro it., 2011, V, col. 54, per il quale la disciplina è altresì in contrasto con l'art. 3 Cost., laddove pone su piani diversi la parte attrice rispetto a quella convenuta, giacché solo quest'ultima, non aderendo al procedimento di mediazione, può sottrarsi ai costi della mediazione; CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in <http://www.judicium.it/admin/saggi/175/Caponi.pdf>, il quale osserva che mentre la parte che agisce in giudizio paga il contributo unificato ma ottiene sempre una controprestazione (la sentenza), nel caso della mediazione i notevoli costi che devono sopportare le parti anche quando la mediazione è obbligatoria non sono giustificati, poiché l'accordo potrebbe anche mancare; SERGES, *La mediazione civile e la Costituzione, appunti a margine dell'Ordinanza Tar Lazio*, Sez. I, n. 3202 del 2011, in M. D'AMICO e B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano 2011, p. 1815 e ss.; D'ELIA, *Profili di legittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria "purchessia"*, in *Federalismi.it*, n. 23/2011; NANNIPIERI, *Profili di legittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale*, in *Consulta online*.

¹⁴⁰ La Corte di Giustizia dell'Unione europea nel 2010 (pronuncia del 18 marzo 2010, consultabile in <http://curia.europa.eu>) si è pronunciata sulla compatibilità tra procedure di mediazione obbligatoria e diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, in relazione ad un procedimento obbligatorio di mediazione italiano, nello specifico quello previsto nel settore delle telecomunicazioni dal regolamento 2007 dell'Autorità garante delle telecomunicazioni. La Corte europea ha precisato che il diritto di accesso al giudice, come altri diritti fondamentali, non è assoluto, ma può essere limitato, a condizione che le limitazioni rispondano ad obiettivi di interesse generale e non siano sproporzionate rispetto agli scopi perseguiti. A detta della Corte, l'obbligo di procedere con il tentativo di conciliazione risponde ad interessi generali: da un lato, quello di giungere ad una risoluzione delle liti in modo più veloce e meno costoso rispetto al processo davanti al giudice, dall'altro di ridurre il carico di lavoro degli uffici giudiziari. Dopo aver compiuto un'analisi sulla configurazione normativa del procedimento di conciliazione obbligatoria ad opera del regolamento dell'Autorità garante per le comunicazioni, La Corte ha escluso che vi sia una sproporzione tra gli obiettivi dell'istituto e le limitazioni del diritto di azione che esso comporta. La normativa italiana in esame - conclude la Corte - è rispettosa del principio di effettività della tutela giurisdizionale, e, in ogni caso, non vi è un'alternativa valida alla previsione di una procedura obbligatoria, in considerazione del fatto che «l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente

comunque in contrasto con il dettato costituzionale nella misura in cui determina «nelle considerate materie, una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sulla azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce». Anche il Giudice di pace di Catanzaro ha confermato l'esistenza di un contrasto con i parametri di costituzionalità data «l'imposizione del pagamento di una somma di denaro per l'esercizio di un diritto in sede giurisdizionale, quale oggi si realizza con la media-conciliazione in forza del combinato disposto dell'art. 5 d.lgs. 28/10 e dell'art. 16 D.M. 180/10».

I vari dubbi e le perplessità circa la conformità a Costituzione del d.lgs. 28/2010 sono stati sottoposti a giudizio di legittimità costituzionale, conclusosi con la nota sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012, con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata sulle questioni di costituzionalità sollevate - da ben otto ordinanze di rimessione - in merito alla mediazione obbligatoria prevista dall'art. 5 d.lgs. 28/2010.

Va precisato fin da subito che delle numerose questioni sollevate, la Corte ha esaminato e accolto solo la questione, ritenuta pregiudiziale, inerente all'eccesso di delega relativamente all'obbligatorietà del tentativo di mediazione, con riferimento agli artt. 76 e 77 Cost. In altri termini, il Giudice delle Leggi ha definito il giudizio sulla base della sola questione inerente all'eccesso di delega, dichiarando assorbite tutte le altre questioni; dunque, la Corte non ha esaminato i profili sostanziali, tra cui la violazione dell'art. 24 Cost., ma si è pronunciata esclusivamente sulle questioni di natura formale. Con la sentenza *de quo*, la Corte costituzionale, riscontrando una violazione degli artt. 76 e 77 Cost., si è espressa nel senso di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 per eccesso di delega legislativa in relazione all'art. 60 l. 69/2009.

Come più volte illustrato, sebbene l'art. 60 della legge delega n. 69/2009 - attuativa della direttiva 2008/52/CE - non avesse mai parlato espressamente di obbligatorietà della mediazione, il Governo con l'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 ha introdotto nell'ordinamento italiano una forma di mediazione avente proprio natura obbligatoria:

facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace». Per un approfondimento sui profili analizzati dalla Corte di giustizia e sulle analogie con i criteri-guida previsti dalla Corte costituzionale italiana vedi BESSO, *Op.cit.* p. 52 e ss.

difatti, la suddetta norma prevede per talune tipologie di controversie, l'obbligo di esperire preliminarmente un tentativo di mediazione, pena l'improcedibilità della domanda giudiziale. In tal senso la Corte ha ravvisato il vizio di eccesso di delega legislativa del d.lgs. 28/2010 rispetto alle indicazioni date dalla legge delega, la quale, né esplicitamente né implicitamente, aveva attribuito al legislatore delegato il potere di prevedere l'istituto della mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Nello specifico, il Giudice delle Leggi ha chiarito che la legge delega «tra i principi e criteri direttivi di cui all'art. 60, comma 3, non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione. Sul punto l'art. 60 della legge n. 69 del 2009 (...) risulta del tutto silente». Aggiunge la Corte che «non si potrebbe ritenere che il carattere obbligatorio sia implicitamente desumibile dall'articolo 60 citato, comma 3, lettera a)». E' vero che la disposizione nel prevedere che la mediazione ha per oggetto controversie su diritti disponibili precisa «senza precludere l'accesso alla giustizia», tuttavia si tratta di un'affermazione generale e «non necessariamente collegabile alla scelta di un determinato modello procedurale, tanto più che nella norma di delega non mancano spunti ben più espliciti che orientano l'interprete in senso contrario rispetto alla volontà del legislatore delegante di introdurre una procedura di carattere obbligatorio». Il *favor* del legislatore delegante - a detta della Corte - è evidentemente rivolto ad un modello di mediazione facoltativa; basti considerare, in *primis*, che l'art. 60, comma 3, lett. c) l. 69/2009 dispone che la mediazione sia disciplinata «anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5», il quale prevedeva agli artt. 38 e 40 una forma di mediazione non obbligatoria, bensì facoltativa; e, in *secundis*, che l'art. 60, comma 3, lett. n), nel prevede il dovere dell'avvocato di informare il cliente (in anticipo rispetto all'instaurazione del giudizio) circa il procedimento di conciliazione, parla espressamente della «possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione», e non dell'obbligo per il cliente di percorrere la via della mediazione (obbligo a cui fa invece chiaramente riferimento il dettato dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010). Prosegue la Consulta analizzando l'art. 4, comma 3, d.lgs. 28/2010, in base al quale «all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto ad informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto (...).

L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Il Giudice delle Leggi ritiene sia evidente la distinzione tra le due disposizioni: la prima si riferisce alla mediazione facoltativa, mentre la seconda alla mediazione obbligatoria. Ciononostante, mentre il primo modello trova la necessaria copertura nella norma di delega, il secondo compare nel decreto delegato, ma è privo di ancoraggio nella suddetta norma.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la Corte ha ritenuto sussistente il denunciato eccesso di delega «in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010» e, conseguentemente, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1 (interamente considerato), d.lgs. 28/2010 per violazione degli artt. 76 e 77 Cost¹⁴¹.

4.2. Gli interventi normativi successivi: dal “Decreto del Fare” al D.lgs. n. 68/2018

A seguito della pronuncia della Corte costituzionale, vi furono importanti modifiche della disciplina della mediazione. Senza dubbio rimase inalterato il principio secondo cui chiunque può accedere alla mediazione finalizzata alla conciliazione in caso di controversia civile e commerciale in materia di diritti disponibili; tuttavia, la

¹⁴¹ La Corte, con sentenza n. 272/12, ha dichiarato, in via consequenziale, anche l'illegittimità costituzionale: «a) dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2010, limitatamente al secondo periodo («L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale») e al sesto periodo, limitatamente alla frase «se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1»; b) dell'art. 5, comma 2, primo periodo, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; c) dell'art. 5, comma 4, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «I commi 1 e»; d) dell'art. 5, comma 5 del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; e) dell'art. 6, comma 2, del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo cinque,»; f) dell'art. 7 del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1»; g) dello stesso articolo 7 nella parte in cui usa il verbo «computano» anziché «computa»; h) dell'art. 8, comma 5, del detto decreto legislativo; i) dell'art. 11, comma 1, del detto decreto legislativo, limitatamente al periodo «Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13»; l) dell'intero art. 13 del detto decreto legislativo, escluso il periodo «resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile»; m) dell'art. 17, comma 4, lettera d), del detto decreto legislativo; n) dell'art. 17, comma 5, del detto decreto legislativo; o), dell'art. 24 del detto decreto legislativo». La corte ha dichiarato, invece, inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 d.lgs. 28/2010 e dell'art. 16 D.M. 180/2010 (come modificato dal D.M. 145/2011), «da soli ed anche in combinato disposto».

conciliazione divenne facoltativa per tutte quelle materie per le quali prima era previsto obbligatoriamente l'esperimento del tentativo di mediazione. Vennero meno, inoltre, le sanzioni pecuniarie per chi non partecipa al procedimento di mediazione, mentre rimase l'obbligo dell'avvocato di informare il cliente sull'esistenza dell'istituto della mediazione, senza però al riguardo fare riferimento alla mediazione obbligatoria.

Il quadro normativo mutò nuovamente e significativamente nel 2013, con l'emanazione del c.d. "Decreto del fare" (D.L. n. 69 del 21.06.2013, convertito in l. n. 98 del 09 agosto 2013). Con tale riforma il Governo ha inciso profondamente sulla disciplina della mediazione, ripristinandola quale condizione di procedibilità (sebbene per un tempo limitato) per quasi tutte le materie già contemplate nel testo originario e introducendo numerose novità di diverso spessore.

Il Decreto mirava essenzialmente a ridare slancio alla mediazione, dopo l'arresto subito a causa della pronuncia della Consulta; la condizione di procedibilità, reintrodotta per la quasi totalità delle materie indicate all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, venne disciplinata in modo tale da incidere in modo più blando sul processo e sui costi, nel rispetto della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione europea; venne, infine, valorizzata la funzione del giudice, del mediatore e dell'avvocato.

Appare utile passare rapidamente in rassegna alcune delle novità più significative, considerando le norme del d.lgs. 28/2010 e gli emendamenti ad esse apportate dalla riforma del 2013.

Il ripristino della mediazione obbligatoria e l'introduzione del comma 1.*bis* all'art. 5 d.lgs. 28/2010 ad opera dell'art. 84, 1 comma, lett. *b*) D.L. 69/2013 sono gli interventi che, per importanza, meritano di essere menzionati per primi. L'art. 84, comma 1, lett. *b*) reintroduce il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità per quasi tutte le tipologie di cause già indicate nell'art. 5, comma 1, sebbene la Corte costituzionale avesse posto fine all'obbligatorietà (seppure solo per eccesso di delega, qui superato dalla forma del Decreto Legge). Da un lato, vengono escluse dall'elenco delle materie assoggettate all'obbligo di mediazione (di cui, ora, l'art. 5, comma 1.*bis*) le controversie in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, dall'altro, accanto all'ipotesi di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica l'art. 84 esplicitamente aggiunge quello derivante dalla responsabilità sanitaria,

come già illustrato al *Paragrafo 3*. Rispetto alle previsioni originarie del d.lgs. 28/2010, un'altra innovazione fondamentale è stata l'introduzione della presenza obbligatoria dell'avvocato nel procedimento di mediazione, nelle ipotesi di mediazione c.d. obbligatoria (art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010).

Con riferimento all'introduzione del comma 1.*bis* all'art. 5 va fatta un'importante precisazione. L'intento del legislatore del 2013 era quello di promuovere la condizione di procedibilità per un tempo ben definito, ed infatti, l'art. 84 ha cura di precisare che l'art. 5, comma 1.*bis*, ha efficacia solo per i quattro anni successivi dalla sua entrata in vigore (dunque, sino al 21 settembre 2017) e, in ogni caso, «al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio sugli esiti di tale sperimentazione». Di fatto, dunque, la mediazione obbligatoria, per come disciplinata dal D.L. n. 69/2013, non può che avere natura transitoria e sperimentale, in quanto, innanzitutto, la disciplina ad essa relativa ha efficacia per soli quattro anni, e dopo due anni dall'entrata in vigore del c.d. "Decreto del Fare" il Ministero della giustizia è chiamato ad attivare un'attività di monitoraggio sugli esiti di tale sperimentazione.

Quanto al carattere temporaneo dell'istituto della mediazione obbligatoria, merita di essere menzionata fin da subito la Legge n. 96/2017 (di conversione del D.L. 50/2017 e recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo»), la quale è intervenuta in modo significativo sul punto. Tra le varie novità apportate dalla c.d. "Manovra correttiva del 2017" va segnalata, ai fini della trattazione, quella in materia di mediazione, introdotta con l'art. 11.*ter* del D.L. 50/2017, aggiunto in sede di conversione dalla Legge n. 96/2017. Il comma 1 dell'art. 11.*ter* D.L. 50/2017 ha modificato il terzo e il quarto periodo del comma 1.*bis* dell'art. 5 d.lgs. 28/2010, prevedendo che «a decorrere dall'anno 2018, il Ministro della giustizia riferisce annualmente alle Camere sugli effetti prodotti e sui risultati conseguiti dall'applicazione delle disposizioni» di cui il comma 1.*bis* dell'art. 5. Per effetto di tale disposizione, viene meno il carattere temporaneo dell'istituto, il quale non è più soggetto ad un termine, e viene stabilizzata nell'ordinamento l'efficacia della disciplina della mediazione obbligatoria, la quale riacquisisce il suo carattere strutturale, come originariamente prevedeva il d.lgs. 28/2010.

Tornando alla riforma del 2013, per concludere, meritano di essere menzionate - in sintesi - altre novità¹⁴², riguardanti: a) la nozione di mediazione, più correttamente definita come «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa» (art. 1, comma 1, d.lgs. 28/2010, come modificato dall'art. 84, comma 1, lett. *0a*) D.L. 69/2013); b) la previsione della competenza territoriale: l'istanza di mediazione deve essere presentata presso un organismo sito nel luogo in cui opera il giudice territorialmente competente per la controversia e, quanto al criterio per stabilire quando l'istanza può ritenersi presentata, mentre prima si guardava al momento della ricezione della comunicazione, ora «per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del deposito dell'istanza» (art. 4, comma 1, d.lgs. 28/2010, come modificato dall'art. 84, comma 1, lett. *0b*) D.L. 69/2013); c) la mediazione disposta dal giudice, il quale se prima poteva semplicemente invitare le parti ad esperire un tentativo di mediazione, ora, se deciso a far esperire alle stesse un tentativo di mediazione, non deve più ottenere il loro consenso ma le rimette direttamente dinnanzi al mediatore e «in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello» (art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010, come modificato dall'art. 84, comma 1, lett. *c*) D.L. 69/2013); d) la disciplina della mediazione obbligatoria e di quella disposta dal giudice, le quali non si applicano, in virtù di quanto previsto dall'art. 5, comma 4, lett. *c*) d.lgs. 28/2010 (modificato dall'art. 84, comma 1, lett. *d*)), ai procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, *ex art. 696.bis c.p.c.*; e) la durata del procedimento di mediazione, la quale, per alleggerire l'incidenza della condizione di procedibilità, non può essere superiore a tre mesi (in luogo ai quattro mesi previsti in origine) (art. 6, comma 1, come modificato dall'art. 84, comma 1, lett. *f*)); f) il primo incontro di mediazione, disciplinato all'art. 8 (come modificato dall'art. 84, comma 1, lett. *h*): essenzialmente, il mediatore, prima di procedere con il tentativo di mediazione, fissa un primo incontro, durante il quale verifica con le parti la sussistenza dei presupposti per

¹⁴² Per un'analisi dettagliata sulla generalità delle modifiche apportate dal D.L. n. 69/2013, nonché sulle considerazioni critiche e i profili problematici sorti al riguardo, vedere BREGGIA, *La mediazione dopo C. cost. n. 272/2010*, in treccani.it/enciclopedia/ e MORANO CINQUE, *Op.cit.*, p. 31 e ss.

poter proseguire con il tentativo e le informa sulla funzione e sulle modalità di svolgimento della mediazione, invitando poi le stesse e i rispettivi difensori ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione; g) l'ipotesi di mancata partecipazione, senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione, al verificarsi della quale il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. e «condanna la parte costituita, nei casi previsti dall'articolo 5, che non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio» (art. 8, comma 4.*bis*, come modificato dall'art. 84, comma 1, lett. *h*)); h) l'efficacia dell'accordo di mediazione, il quale, ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, se sottoscritto dalle parti e dagli avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.; i) i costi della mediazione, sui quali si è intervenuti al fine di incentivare il ricorso all'istituto, tant'è che «nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione» (art. 17, comma 5.*ter*, come modificato dall'art. 84, comma 1, lett. *p*)).

Per ragioni di completezza, infine, devono essere ricordati, seppur brevemente, altri due importanti interventi legislativi più settoriali.

Il primo riguarda l'emanazione del d.lgs. n. 130 del 2015, attuativo della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, la quale aveva come scopo quello di riconoscere ai consumatori la possibilità di comporre volontariamente le proprie controversie, nazionali e transfrontaliere, eventualmente anche in via telematica. In primo luogo, il d.lgs. n. 130/2015 con l'art. 1.*bis*, comma 2, ha apportato delle modifiche testuali all'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010, nello specifico le parole “il procedimento di conciliazione previsto” sono state sostituite con “i procedimenti previsti” e dopo le parole “n. 179” è stata inserita l'espressione “e dai rispettivi regolamenti di attuazione”.

Tuttavia, la modifica più rilevante apportata dal decreto in esame ha riguardo il c.d. “Codice del consumo” (d.lgs. n. 206/2005) e l'introduzione in quest'ultimo del Titolo II-*bis* intitolato «risoluzione extragiudiziale delle controversie». Più precisamente, sono stati inseriti dei chiarimenti necessari nei nuovi articoli 141 e ss. del d.lgs. 206/2005

(come modificati dall'art. 1, d.lgs. 130/2015), e altre normative interessanti hanno riguardato: 1) la gratuità delle procedure o comunque la previsione di costi minimi per lo svolgimento delle stesse; 2) l'obbligo dell'organismo ADR di mantenere aggiornato il proprio sito web; 3) la durata del procedimento, che non può essere superiore a novanta giorni, salva la possibilità di prorogare il termine in caso di controversie particolarmente complesse; 4) la possibilità per l'organismo ADR di rifiutare, motivando sul punto, determinate tipologie di controversie, come, ad esempio, quelle particolarmente futili e temerarie; 5) il riconoscimento, in ogni caso, del diritto del consumatore di adire il giudice competente, a prescindere dall'esito della procedura extragiudiziale¹⁴³.

Tra le norme del Codice del consumo modificate dal d.lgs. 130/2015 una in particolare merita una breve analisi: si tratta della disposizione che riconosce alle parti la facoltà di non avvalersi dell'assistenza di un legale durante lo svolgimento della procedura ADR. Alla luce di ciò, si viene a generare una sorta di "conflitto" tra quanto previsto dal d.lgs. 28/2010, come modificato dal D.L. n. 69/2013, e la disciplina dettata dal d.lgs. 206/2005, modificata dal d.lgs. 130/2015 attuativo della Direttiva 2013/11/UE.

Il c.d. "Decreto del fare" del 2013 con il suo art. 84 non solo ha inserito nel testo normativo del d.lgs. 28/2010 il comma 1.bis dell'art. 5, ma ne ha anche integrato il contenuto. Difatti, l'art. 5, comma 1.bis, come modificato dal D.L. n. 69/13, stabilisce per le mediazioni obbligatorie la necessaria presenza dell'avvocato che assiste la parte¹⁴⁴. L'obbligatorietà della presenza del legale è confermata dall'art. 8 del d.lgs. 28/2010 (come modificato dal "Decreto del fare" del 2013), il quale stabilisce che «al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato (...)». Per di più, l'art. 12 del d.lgs. 28/2010 (come modificato dal D.L. n. 69/13) prevede la necessaria presenza dell'avvocato al fine di conferire valore di titolo esecutivo all'accordo raggiunto in sede di mediazione¹⁴⁵. Da queste norme si trae un principio giuridico importante: in ipotesi

¹⁴³ Per un apprendimento sulle ADR per i consumatori vedere VACCA', *ADR: recenti prospettive per la mediazione dei conflitti*, in www.consumatoridirittiemercato, 2013.

¹⁴⁴ Art. 5, comma 1.bis, come modificato dal D.L. n. 69/2013: «chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di (...) è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione».

¹⁴⁵ Art. 12, come modificato dal D.L. n. 69/2013: «ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la

di mediazione obbligatoria la parte deve essere assistita da un avvocato, la cui partecipazione è richiesta per tutta la durata del procedimento, sin dal primo incontro di mediazione¹⁴⁶. La *ratio* sottesa alla novella del 2013 è quella di «attribuire una nuova centralità al ruolo del professionista forense, il cui compito è quello di accompagnare il proprio cliente nella procedura tutelando sia le sue pretese che i suoi interessi¹⁴⁷».

Come sopra accennato, tali norme del d.lgs. 28/2010 creano una sorta di “contrasto” sia con il d.lgs. 206/2005 che con la Direttiva 2013/11/UE, per le ragioni che verranno ora illustrate. Il d.lgs. 130/2015, attuativo della Direttiva 2013/11/UE, ha introdotto l’art. 141. *quater* del Codice del consumo, il quale, al comma 4, prevede che nell’ambito delle procedure ADR le parti debbano essere informate «del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale (...)». Il d.lgs. 130/2015 nell’introdurre questa previsione ha pienamente rispettato quanto disposto dalla Direttiva europea 2013/11. Quest’ultima, infatti, agli artt. 8 e 9 stabilisce che gli Stati membri nell’ambito delle procedure ADR dovranno garantire alle parti, in *primis*, l’accesso alla procedura senza che queste siano obbligate a ricorrere ad un avvocato o consulente legale¹⁴⁸ e, in *secundis*, il loro diritto di essere informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere ad un avvocato o consulente legale¹⁴⁹. Inoltre, sempre all’art. 8, la Direttiva europea stabilisce che «la procedura ADR è gratuita o disponibile a costi minimi per i

conformità dell’accordo alle norme imperative e all’ordine pubblico. In tutti gli altri casi l’accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell’ordine pubblico».

¹⁴⁶ Il Tribunale di Vasto nel 2018 (trib. di Vasto, ordinanza riservata del 09 aprile 2018) ha chiarito che «il principio di obbligatorietà dell’assistenza legale nelle forme di mediazione obbligatoria sancito dal D.lgs. n. 28/10 è sicuramente compatibile, sotto il profilo della onerosità della procedura, con il principio comunitario della tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU e dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in quanto non determina a carico delle parti, che devono sostenere il peso economico dell’attività di assistenza dei rispettivi avvocati, costi qualificabili come ingenti». Per un approfondimento vedere *Mediazione, l’assistenza legale obbligatoria è compatibile con diritto europeo*, *Op.cit.*, in *altalex.com*

¹⁴⁷ Così in *Mediazione, l’assistenza legale obbligatoria è compatibile con diritto europeo*, a cura di SPINA, pubblicato il 5 giugno 2018 in *altalex.com*.

¹⁴⁸ Art. 8, Direttiva 2013/11/UE: «gli Stati membri garantiscono che le procedure ADR siano efficaci e rispettino i seguenti requisiti: (...) *b*) le parti hanno accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale senza che la procedura precluda alle parti il loro diritto di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura (...)».

¹⁴⁹ Art. 9, Direttiva 2013/11/UE: «gli Stati membri garantiscono che nell’ambito delle procedure ADR: (...) *b*) le parti siano informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale, ma possono chiedere un parere indipendente o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura (...)».

consumatori»; gratuità confermata dall'art. 141.ter, comma 1, lett. c) del d.lgs. 206/2005, come modificato dal d.lgs. 130/2015.

È evidente che la procedura italiana sulla mediazione obbligatoria sia difforme dalla procedura di ADR dei consumatori, quantomeno sotto l'aspetto dell'obbligatorietà dell'assistenza dell'avvocato (prevista dalla disciplina italiana, mentre la direttiva europea esclude che le parti abbiano l'obbligo di avvalersi di un avvocato nel corso della ADR), da cui discende, nella normativa nazionale, anche il costo della procedura.

Il reale problema sorge alla luce del fatto che in caso di controversie di consumo si genera un concorso tra l'art. 5, comma 1.bis, d.lgs. 28/2010 e l'art. 141.bis, comma 4, Codice del consumo. La questione è stata sollevata dal Tribunale di Verona nel 2016¹⁵⁰ nell'ambito di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in materia bancaria. Il giudice aveva rilevato che: 1) alle parti doveva essere assegnato il termine per presentare istanza di mediazione, in applicazione dell'art. 5, commi 1.bis e 4, d.lgs. 28/2010, in tema di mediazione obbligatoria; 2) la controversia presentava caratteristiche tali da farla rientrare nell'ambito di applicazione del d.lgs. 130/2015, il quale ha recepito in Italia la Direttiva europea 2013/11, in tema di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. Ciò considerato, il tribunale aveva osservato che, dato il carattere volontaristico dell'ADR per i consumatori, questi avrebbero avuto non l'obbligo bensì la facoltà di attivare il procedimento di risoluzione alternativa della controversia. Il giudice, tuttavia, si pronunciò nel senso di risolvere il contrasto tra mediazione obbligatoria e ADR di natura volontaria per i consumatori a favore della mediazione. Il giudice pervenne a detta soluzione in virtù del disposto dell'art. 141, comma 6, d.lgs. 206/2005 (come modificato dal d.lgs. 130/2015), il quale fa espressamente salve alcune norme nazionali che prevedono l'obbligatorietà della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie, tra cui proprio quelle di cui l'art. 5, comma 1.bis., d.lgs. 28/2010¹⁵¹.

¹⁵⁰ Tribunale, Verona, sez. III civile, ordinanza del 28 gennaio 2016.

¹⁵¹ Art. 141, comma 6, d.lgs. 206/2005, come modificato dal d.lgs. 130/2015: «sono fatte salve le seguenti disposizioni che prevedono l'obbligatorietà delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie: a) articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, che disciplina i casi di condizione di procedibilità con riferimento alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (...)».

Tale soluzione potrebbe (astrattamente) trovare la propria base normativa anche nell'art. 3 della Direttiva 2013/11/UE. In realtà, lo stesso giudice veronese osservò che tale norma «non risolve l'apparente interferenza tra l'ambito di applicazione della stessa e quello della direttiva 2008/52, atteso che, se da un lato, al primo paragrafo, prevede espressamente la prevalenza della prima, dall'altro, nel secondo paragrafo, fa salva la seconda, senza ulteriori precisazioni». Peraltro, «la relazione ministeriale al d.lgs. 130/2015 non risulta al riguardo utile perché, pur dando atto del contrasto tra i due commi dell'art. 3, non spiega perché esso debba essere risolto nei termini sopra esposti¹⁵²». Inoltre: 1) al tribunale di Verona parve «alquanto dubbio (...) che, attraverso il richiamo alla direttiva 2008/52, la direttiva 2013/11 abbia inteso implicitamente far salvo il diritto degli stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria in sostituzione della ADR per i consumatori anche nelle controversie in cui è possibile il ricorso a questo strumento¹⁵³»; 2) (...) «da una esame sistematico degli atti comunitari in tema di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie pare anzi potersi desumere la preferenza della Unione per la forma volontaria delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie¹⁵⁴»

Per queste ragioni - e altre illustrate in modo approfondito nella sentenza *de quo* - secondo il Tribunale di Verona risultava opportuno «interpellare la Corte di Giustizia anche sulla compatibilità con il sistema della ADR per i consumatori della mediazione obbligatoria (...)»¹⁵⁵. Era, difatti, necessario comprendere se in caso di controversia in

¹⁵² Così in *Mediazione obbligatoria e ADR consumatori: sussiste il concorso? La parola alla Corte di Giustizia*, a cura di SPINA, pubblicato il 22 febbraio 2016 in altalex.com.

¹⁵³ Tribunale, Verona, sez. III civile, ordinanza del 28 gennaio 2016 (consultabile in www.concilialex.it). Sul punto, il giudice veronese precisa, infatti, che «la disposizione della direttiva 2008/52 (art. 5 par. 2) che consente ai singoli stati membri di prevedere la mediazione come condizione di procedibilità della domanda, come è stato notato da alcuni commentatori, non ha carattere precettivo ma puramente ricognitivo della sfera di competenza degli stati membri. In altri termini essa autorizza gli stati membri ad adottare un sistema obbligatorio a livello nazionale ma mantiene fermo nell'ordinamento comunitario un modello di ADR volontario, basato sulla libertà delle parti di entrare ed uscire dal procedimento».

¹⁵⁴ Tribunale, Verona, sez. III civile, ordinanza del 28 gennaio 2016. Al riguardo, il tribunale di Verona ha ritenuto opportuno richiamare la risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 e quella del 13 settembre 2011.

¹⁵⁵ Tribunale, Verona, sez. III civile, ordinanza del 28 gennaio 2016. Nello specifico, «visto l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, rinvia gli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, formulando le seguenti questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto dell'Unione Europea: i) se l'art. 3 par. 2 della direttiva 2013/11, nella parte in cui prevede che la medesima direttiva si applichi "fatta salva la direttiva 2008/52", vada inteso nel senso che fa salva la possibilità per i singoli stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria per le sole ipotesi che non ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva 2013/11, vale a dire le ipotesi di cui all'art. 2, par. 2 della direttiva 2013/11, le controversie contrattuali derivanti da contratti diversi da quelli di vendita o di servizi oltre quelle che non riguardino consumatori;

materia di consumo rientrante anche nell'alveo applicativo della mediazione obbligatoria dovesse essere fatta salva la possibilità per gli Stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria solo nei casi in cui la lite non ricada nell'ambito applicativo della Direttiva 2013/11/UE. Inoltre, era opportuno chiarire se detta Direttiva impedisse ad una norma nazionale di prevedere, in caso di lite assoggettata alla disciplina del Codice del consumo, il ricorso alla mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale proposta dalla parte qualificabile come consumatore. Infine, se la norma nazionale potesse imporre nelle liti che vedono coinvolto il consumatore l'assistenza del difensore (con i relativi costi) durante la procedura ADR.

La Corte di Giustizia ha effettivamente risolto questi dubbi interpretativi nel 2017, stabilendo che «la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (...), dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che prevede il ricorso a una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all'articolo 2, paragrafo 1¹⁵⁶, di tale direttiva, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, purché un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. La medesima direttiva dev'essere invece interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale prevede che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori debbano essere assistiti da un avvocato (...)»¹⁵⁷.

ii) se l'art. 1 par. 1 della direttiva 2013/11, nella parte in cui assicura ai consumatori la possibilità di presentare reclamo nei confronti dei professionisti dinanzi ad appositi organismi di risoluzione alternativa delle controversie, vada interpretato nel senso che tale norma osta ad una norma nazionale che prevede il ricorso alla mediazione, in una delle controversie di cui all'art. 2, par. 1 della direttiva 2013/11, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale della parte qualificabile come consumatore, e, in ogni caso, ad una norma nazionale che preveda l'assistenza difensiva obbligatoria, ed i relativi costi, per il consumatore che partecipi alla mediazione relativa ad una delle predette controversie, nonché la possibilità di non partecipare alla mediazione se non in presenza di un giustificato motivo».

¹⁵⁶ Art. 2, paragrafo 1, Direttiva 2013/11/UE: «la presente direttiva si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione attraverso l'intervento di un organismo ADR che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole».

¹⁵⁷ Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 2017 (relativa alla causa C-75/16), consultabile in <https://curia.europa.eu>.

Il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie definito per le liti fra consumatori ed imprenditori o professionisti dal Codice del consumo (artt. 141/141.*decies*, d.lgs. n. 206/2005), come modificato nel 2015, è stato ripreso ed applicato nella materia assicurativa: il d.lgs. n. 68/2018 - ed è questo il secondo intervento legislativo meritevole di attenzione - in sede di riforma del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005) ha dedicato, infatti, un'attenzione particolare al tema della risoluzione stragiudiziale delle liti, relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi tra imprese di assicurazioni e rispettivi clienti.

Il legislatore ha provveduto all'inserimento nel Codice delle assicurazioni private dell'art. 187.*ter*, rispetto al quale emergono alcune questioni d'interesse.

In *primis*, la norma, al comma 1, identifica con esattezza i soggetti sottoposti all'obbligo di aderire ai meccanismi ADR: si tratta dei soggetti di cui l'art. 6, lett. *a*) e *d*), del Codice delle Assicurazioni private, ossia «le imprese, comunque denominate e costituite, che esercitano nel territorio della Repubblica attività di assicurazione o di riassicurazione in qualsiasi ramo e in qualsiasi forma, ovvero operazioni di capitalizzazione e di gestione di fondi collettivi costituiti per l'erogazione di prestazioni in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell'attività lavorativa» (lett. *a*) e «gli intermediari di assicurazione e di riassicurazione e ogni altro operatore del mercato assicurativo» (lett. *d*), a cui si aggiungono gli intermediari assicurativi a titolo accessorio, espressamente menzionati al comma 1 dell'art. 187.*ter*.

In secondo luogo, la norma prevede l'estensione all'ambito assicurativo dei principi, delle procedure e dei requisiti previsti dal Codice del consumo per lo svolgimento delle procedure ADR. In realtà, i procedimenti ADR *ex* d.lgs. 206/2005 e quelli previsti per la materia assicurativa, difficilmente possono condividere esattamente i medesimi principi¹⁵⁸; sicuramente però la deformalizzazione della procedura, non essendoci delle

¹⁵⁸ Dalla lettura dell'articolo *Tentativo di conciliazione sempre più obbligatorio per le imprese di assicurazione*, in cameradimediazioneazionale.it, 31 agosto 2018, emerge il fatto che «il richiamo relazionale alle norme del Codice del Consumo appare piuttosto infelice, se non altro perché esse non tratteggiano un'unica formula di A.D.R., ma ne prospettano almeno tre (modello ordinario, negoziazioni paritetiche e procedimenti coordinati dalle *Authorities*), tutte aventi la medesima dignità giuridica, benché radicalmente differenti nelle modalità di svolgimento delle procedure conciliative. In modo particolare, i vari archetipi conciliativi si diversificano sensibilmente in base all'organo chiamato a gestire la procedura e, più specificamente, alla sua aderenza rispetto ad una delle parti: nulla vieta, infatti, che l'amministrazione della procedura di A.D.R. sia assegnata ad un organismo creato e finanziato dagli enti esponenziali del contraente forte (nel nostro caso, dalle compagnie di assicurazione) e, quindi, non certo

norme che impongono obblighi formali particolari, e la superfluità dell'assistenza legale rientrano tra i principi che i due procedimenti possono avere in comune.

Una terza questione inerisce ai costi e alle modalità di finanziamento di queste nuove procedure: il comma 4 dell'art. 187.ter precisa che i soggetti fruitori di tali strumenti conciliativi non dovranno sostenere alcuna spesa, in quanto «alla copertura delle relative spese di funzionamento, si provvede, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con le risorse di cui agli articoli 335 e 336 del presente Codice», ossia con il contributo di vigilanza versato dalle imprese e dagli intermediari di assicurazione e di riassunzione all'autorità di controllo.

Infine, occorre precisare che le controversie in materia di contratti assicurativi sono sottoposte all'obbligo di preventivo esperimento del tentativo di mediazione *ex art. 5*, comma 1.bis, d.lgs. 28/2010 (art. 187.ter, comma 3).

5. LE RIFORME PIU' RECENTI: IL DECRETO LEGGE N. 18/2020 ADOTTATO PER FAR FRONTE ALL'EMERGENZA SANITARIA CONNESSA ALLA DIFFUSIONE DEL COVID-19 (DECRETO CURA ITALIA), LE NORME IN MATERIA DI ADR CONTENUTE NELLA LEGGE DI DELEGA N. 206/2021 (RIFORMA CARTABIA SULLA GIUSTIZIA CIVILE) E LA LORO ATTUAZIONE

Come ormai è ben noto, nel marzo del 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato lo stato di emergenza globale causato dalla diffusione dell'epidemia da coronavirus, battezzata Covid-19. L'Italia - come tutti i Paesi del mondo - è stata duramente colpita dal contagio e la rapida diffusione del virus ha provocato problemi di tipo sanitario, economico e sociale. Il Coronavirus, tuttavia, non ha prodotto soltanto un'emergenza pandemica e una crisi economica mondiale, ma anche delle gravi conseguenze sul piano giuridico. L'attività giurisdizionale è stata pesantemente coinvolta dall'emergenza sanitaria subendo la consistente azione legislativa del Governo, il quale negli ultimi due anni ha dovuto adottare una serie di misure volte a far fronte a tale emergenza e a limitarne quanto più possibile le conseguenze.

collocabile in una situazione di assoluta imparzialità, ma, comunque, capace di consigliare equamente i contendenti in ordine alle possibili soluzioni conciliative».

Il 29 aprile 2020 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il D.L. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27. Il provvedimento, conosciuto come “Decreto Cura Italia”, contiene un complesso di misure volte a fronteggiare gli effetti dell'emergenza sanitaria da Covid-19 intervenendo su diversi settori dell'ordinamento al fine di sostenerli e potenziarli: dal sistema sanitario alla giustizia, dal mondo del lavoro all'università. Le disposizioni in tema di giustizia, in particolare, mirano a garantire il rispetto delle norme igienico-sanitarie negli uffici e nelle aule giudiziarie per il contenimento dell'emergenza sanitaria. Più precisamente, le misure adottate sono volte a ridurre l'accesso ai luoghi di giustizia prevedendo lo svolgimento di quei procedimenti urgenti e indifferibili eventualmente anche attraverso l'utilizzo di strumenti telematici. Ai fini della trattazione, occorre segnalare significativi elementi di novità in relazione agli incontri di mediazione. Proprio alla luce dei provvedimenti restrittivi adottati dal Governo, sono state introdotte delle disposizioni volte ad evitare l'esposizione del cittadino ad eventuali rischi cercando altresì di limitare quanto più possibile situazioni di assembramento.

La norma di riferimento per i procedimenti di mediazione è l'art. 83, comma 20, D.L. n. 18/2020, sul quale è successivamente intervenuto il D.L. n. 23/2020 recante «misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali». Nella sua formulazione originaria il comma 20 prevedeva, nell'arco di tempo compreso tra il 9 marzo 2020 e il 15 aprile 2020 (termine stabilito dall'art. 83, comma 1 e 2), la sospensione dei termini «per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione» ex d.lgs. n. 28/2010 (nonché nei procedimenti di negoziazione assistita e in tutti i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie) quando il procedimento sia stato promosso entro il 9 marzo 2020 e costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale; ed, inoltre, la conseguente sospensione dei termini di durata massima del procedimento stesso¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Per esempio, un procedimento di mediazione incardinato il 06.03.2020 si sarebbe dovuto concludere entro il 06.06.2020, ma il D.L. 18/2020 “ha aggiunto” ai 3 mesi di cui l'art. 6 d.lgs. 28/2010 anche altri 64 giorni (il periodo dal 09.03.2020 al 11.05.2020), perciò quella mediazione potrà essere conclusa entro il 09.08.2020; salva in ogni caso la possibilità di differimento tipica di ogni negoziazione.

L'art. 36, comma 1, D.L. n. 23/2020, tuttavia, ha prorogato il termine del 15 aprile 2020 previsto dall'art. 83, all'11 maggio 2020, e tale nuovo termine si applica, in quanto compatibile, anche ai procedimenti di mediazione di cui il comma 20.

In sede di conversione del “Decreto Cura Italia”, con la Legge n. 27/2020 non solo è stata approvata la suddetta modifica del comma 20 dell'art. 83, bensì è stata disposta anche l'introduzione del comma 20.bis dell'art. 83. In tal modo la Legge di conversione, da un lato, ha confermato la sospensione dei termini «per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione ai sensi del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28» sino all'11 maggio 2020, senza però prevedere, dall'altro lato, anche la sospensione degli incontri di mediazione, i quali, nel periodo dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, «in ogni caso possono svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento». Si tratta di un intervento particolarmente significativo, in quanto, in forma esplicita, il legislatore ha disciplinato anche per i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie l'utilizzo di procedure telematiche; per di più, la norma volge uno sguardo al futuro consentendo incontri di mediazione in via telematica e mediante sistemi di videoconferenza anche nel periodo successivo a quello espressamente indicato (ossia, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020). La norma prosegue nel disciplinare la procedura telematica precisando che «l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale e all'accordo di conciliazione». Il verbale relativo al procedimento di mediazione, ai fini dell'esecutività dell'accordo, deve essere sottoscritto digitalmente dal mediatore e dagli avvocati delle parti¹⁶⁰.

La nuova disciplina ha permesso, dunque, di superare alcuni dubbi interpretativi sorti dall'analisi della versione originaria dell'art. 83, comma 20, il quale nel sospendere i termini fino al 15 aprile 2020, di fatto, li aveva sospesi per lo svolgimento di «qualunque» attività nei procedimenti di mediazione. Il nuovo comma 20.bis ha chiarito ora, senza che sul punto possano sorgere ulteriori perplessità, la possibilità di procedere comunque con gli incontri di mediazione, sebbene in via telematica e con il previo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento.

¹⁶⁰ La norma di riferimento per la mediazione in modalità telematica, a partire dal 30 giugno 2023, sarà l'art. 8-bis del d.lgs. 28/2010, inserito dal d.lgs. 149/2022.

È opportuno sottolineare come già prima delle recenti modifiche introdotte in sede di conversione il procedimento di mediazione potesse svolgersi telematicamente: l'art. 3, comma 4, del d.lgs. 28/2010, difatti, prevede la possibilità di svolgere la mediazione «secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo». A ciò si aggiunge quanto previsto dall'art. 1, comma 1, del D.P.C.M del 22 marzo 2020, il quale alla lett. a) stabilisce che «le attività professionali non sono sospese», potendo esse proseguire esclusivamente in modalità a distanza se il loro svolgimento implica un rapporto o un contatto tra persone, e alla lett. c) ha cura di specificare che «le attività produttive che sarebbero sospese ai sensi della lettera a) possono comunque proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile». Ora, se la possibilità di proseguire nello svolgimento dell'attività è riconosciuta a quelle attività produttive che rimarrebbero sospese, conseguenza vuole che ciò venga consentito, *a fortiori*, anche alle attività qualificabili come professionali, tra le quali rientra certamente l'*iter* di mediazione.

La necessità di fronteggiare l'emergenza sanitaria ha costretto il Governo italiano ad imporre la chiusura forzata delle attività economiche nel nostro Paese per un determinato periodo di tempo. Questo ha comportato inevitabilmente l'aumento delle liti e delle discussioni sorte a causa della difficoltà d'impresa e famiglie di far fronte ai propri adempimenti contrattuali. Basti pensare ai numerosi imprenditori e cittadini privati che, non percependo più denaro durante il periodo di *lockdown*, non sono riusciti a sostenere il pagamento di canoni a vario titolo, a saldare forniture di merci e servizi, a far fronte alle richieste di disdette e rimborsi soprattutto nell'ambito turistico-alberghiero, eccetera.

Per far fronte a questa situazione, nel giugno del 2020, vi è stato un ulteriore intervento legislativo di notevole importanza: il Senato ha approvato il maxi-emendamento del Governo sulla conversione in legge del D.L. n. 28/2020, recante «misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19».

La normativa è di notevole rilevanza ai nostri fini in quanto è intervenuta introducendo un'ulteriore materia rispetto a quelle già previste dall'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010,

per la quale, in caso di controversia, deve obbligatoriamente essere esperito il previo tentativo di mediazione a pena di improcedibilità della domanda. Più precisamente, il D.L. n. 28/2020 - convertito con modificazioni dalla L. n.70/2020 - con il suo art. 3, comma 1-*quater*, ha disposto l'introduzione del comma 6-*ter* all'art. 3 del D.L. n. 6/2020 (in materia di «misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19»). Il nuovo comma 6-*ter* prevede che «nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-*bis*, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-*bis* dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 costituisce condizione di procedibilità della domanda».

Tale disposizione, inserendo tra le controversie di cui l'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010 quelle causate da impedimento contrattuale a seguito della pandemia e della normativa emergenziale, ha di fatto allargato il novero delle ipotesi di mediazione obbligatoria. Tra queste rientrano ora, ad esempio, le controversie del settore turistico-alberghiero, le liti inerenti ai rimborsi per spettacoli non eseguiti, le controversie sorte per contratti di fornitura non rispettati e per ritardi nella consegna della merce, e altre ancora.

Il comma 6-*ter* deve essere letto in combinato disposto con il precedente comma poiché le due disposizioni si integrano vicendevolmente. Il comma 6-*bis* - nella misura in cui prevede che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti» - consente di escludere la responsabilità civile per i danni cagionati nell'ipotesi in cui l'adempimento di qualsiasi obbligazione manchi, o sia avvenuto in ritardo, per il necessario rispetto delle misure di contenimento di cui al D.L. 6/2020. Il comma successivo si riferisce sempre agli inadempimenti dovuti al rispetto delle misure di contenimento, ma attiene, in modo più mirato, alle sole controversie in materia di obbligazioni contrattuali. Ad ogni modo, nonostante il comma 6-*ter* faccia espresso riferimento alle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, per evitare il sorgere di un'irragionevolezza tra i limiti posti

rispettivamente dal comma 6-bis e dal comma 6-ter, si ritiene che la nuova mediazione obbligatoria sia stata statuita per l'inadempimento di qualsiasi obbligazione, a prescindere dal fatto che la stessa abbia fonte contrattuale, legale o giudiziale. Questo significa, concretamente, che, da oggi in poi, laddove un contratto non venga eseguito correttamente, o addirittura non venga adempiuto, per ragioni legate all'epidemia da Covid-19 e alla conseguente normativa emergenziale, sarà obbligatorio procedere con il tentativo di mediazione, il quale è divenuto anche per queste materie condizione di procedibilità.

Alla luce di quanto finora esposto, si può osservare, in conclusione, come le scelte operate dal legislatore italiano - la previsione di una nuova ipotesi di mediazione obbligatoria, da un lato, e la possibilità di optare per la mediazione telematica anche successivamente al periodo emergenziale, dall'altro - siano volte ad incoraggiare la composizione delle liti al di fuori delle aule del tribunale, forse proprio in considerazione del fatto che la mediazione è uno strumento deflattivo disciplinato in modo tale da garantire un notevole risparmio in termini di tempo e costi.

Il periodo pandemico, inevitabilmente, ha indotto la politica a dover scrivere una pagina decisiva della storia della giustizia italiana riflettendo e intervenendo sulla qualità e l'organizzazione della giustizia stessa. Nel 2019 e 2020, la Commissione europea ha indirizzato delle *Country Specific Recommendations* al nostro Paese invitandolo essenzialmente a migliorare l'efficienza del sistema giudiziario e a velocizzarne i tempi tanto in ambito civile quanto in quello penale. La necessità di riformare il sistema di giustizia è in realtà anche strettamente legata all'esigenza di raggiungere concretamente gli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) concordati dal Governo con la Commissione Europea. Tali finalità concernono la riduzione dei tempi del processo del 25% nel settore penale e del 40% nel settore civile entro i prossimi cinque anni e il loro raggiungimento è condizione necessaria per poter usufruire dei fondi.

L'efficienza del processo è, per di più, strettamente legata al principio della ragionevole durata dello stesso, sancito dall'art. 111 della nostra Carta costituzionale e dall'art. 6 CEDU. La durata del processo rappresenta sicuramente un nervo scoperto del nostro sistema giudiziario: i dati statistici mostrano come i tempi medi dei processi italiani siano superiori ai termini di ragionevole durata individuati dalla legge Pinto e

assolutamente non conformi agli standard europei. Per questa ragione, l'Italia, purtroppo, detiene il titolo di primo Paese per numero di condanne per violazione dell'art. 6 CEDU. È facile comprendere, dunque, il motivo per cui l'Unione Europea abbia individuato come obiettivo strategico per il nostro Paese proprio quello della riduzione dei tempi del processo da raggiungere con l'aiuto finanziario della stessa Unione e attraverso riforme in grado di rilanciare il sistema di giustizia.

È proprio in questo contesto che è intervenuta la recente Riforma Cartabia dal nome del Ministro della Giustizia. Sebbene si parli di riforma unitaria, in realtà questa ha preso forma attraverso due interventi legislativi differenti volti entrambi a rendere più efficiente la giustizia e a velocizzarne i tempi. Nello specifico, il Parlamento ha approvato, in relazione all'ambito penale, la Legge n. 134/2021 (in vigore dal 19.10.2021) contenente la «delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari». La norma si compone di due articoli: l'art. 1 comprendente la delega al Governo per la riforma del processo penale, e l'art. 2 recante le modifiche immediatamente precettive al Codice penale e al Codice di procedura penale.

Ai fini della presente trattazione, rileva maggiormente l'approvazione della Legge n. 206/2021 (entrata in vigore il 24.12.2021) recante 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». La riforma a firma della Ministra Cartabia conferisce una posizione di rilievo ai metodi di risoluzione alternativa delle controversie, in particolar modo alla mediazione incidendo significativamente sulla struttura dell'istituto; difatti, il d.lgs. 28/2010, norma di riferimento per la disciplina della materia, ha subito una profonda revisione per effetto dell'emanazione della Legge 206/2021 e del successivo decreto legislativo recante attuazione a tale legge¹⁶¹.

¹⁶¹ Dal 30 giugno 2023 entrerà in vigore il d.lgs. 28/2010 come modificato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 recante «attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata».

L'intervento normativo delineato in sede di riforma per le procedure stragiudiziali, tra le quali la mediazione, mira a prevedere degli incentivi (processuali, economici e fiscali) e ad estendere la portata dell'istituto revisionandone anche il rapporto con il giudizio. Il lavoro preparatorio della riforma è stato affidato alla Commissione di studio presieduta dal Professor Luiso, il quale si è concluso con la redazione di una relazione finale sottoscritta dalla Ministra Cartabia.

Con riguardo specifico alle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie, in primo luogo, viene previsto dalla Legge 206/2021 (art. 1 comma 4, lett. *a*) il riordino, la semplificazione e l'incremento degli incentivi fiscali. Più precisamente, si prevede: l'aumento della misura dell'esenzione dall'imposta di registro sull'accordo di mediazione; la semplificazione della procedura prevista per la determinazione del credito d'imposta e il riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al compenso dell'avvocato che assiste la parte nella procedura di mediazione (nei limiti previsti dai parametri professionali); l'ulteriore riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato dalle parti nel giudizio che risulti estinto a seguito della conclusione dell'accordo di mediazione; l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione (e di negoziazione assistita)¹⁶²; la previsione di un credito di imposta in favore degli organismi di mediazione commisurato all'indennità non esigibile dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato; la riforma delle spese di avvio della procedura di mediazione e delle indennità spettanti agli organismi di mediazione.

Quanto all'esigenza di ampliare la portata dell'istituto della mediazione, con la riforma viene esteso il perimetro del ricorso obbligatorio alla mediazione in via preventiva alle controversie in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di franchising, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura.

¹⁶² Sul punto si è espressa la Corte costituzionale con sentenza n. 10/2022: il Giudice delle Leggi, in tale sede, ha affermato il principio per cui il patrocinio a spese dello Stato deve essere assicurato anche per le mediazioni obbligatorie concluse con accordo. Più precisamente, la Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale degli artt. 74, comma 2, e 75, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. (Testo A)», nella parte in cui non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione di cui all'art. 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (...), quando nel corso degli stessi è stato raggiunto un accordo, nonché dell'art. 83, comma 2, del medesimo d.P.R. n. 115 del 2002, nella parte in cui non prevede che, in tali fattispecie, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia».

Tale estensione richiederà conseguentemente la revisione della formulazione dell'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010¹⁶³. La norma ha cura di precisare, tuttavia, che la permanenza della procedura di mediazione come condizione di procedibilità per le suddette materie è subordinata ad una verifica (da effettuarsi una volta decorsi cinque anni) le cui risultanze statistiche daranno prova o meno dell'opportunità di mantenerla (art. 1, comma 4, lett. *c*).

Quanto al rapporto tra mediazione e giudizio, sono stati diversi gli interventi volti a migliorarne il coordinamento. Nel dettaglio, è stato proposto di: 1) individuare, in caso di mediazione obbligatoria nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, la parte tenuta a presentare istanza di mediazione, nonché definire il regime del decreto ingiuntivo laddove la parte obbligata non abbia soddisfatto la condizione di procedibilità (art.1, comma 4, lett. *d*)¹⁶⁴; 2) riordinare le norme relative allo svolgimento della procedura di mediazione nel senso di favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse regolando le conseguenze della mancata partecipazione (lett. *e*)¹⁶⁵; 3) prevedere la possibilità per le parti del procedimento di mediazione di delegare un proprio rappresentante (a condizione che ricorrano giustificati motivi e che il rappresentante sia a conoscenza dei fatti e sia munito dei poteri necessari per la risoluzione della controversia) e per le persone giuridiche e gli enti la possibilità di partecipare al procedimento di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati (purchè sussistano gli stessi requisiti richiesti al rappresentante delle parti) (lett. *f*)¹⁶⁶; 4) escludere per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche che la conciliazione nel procedimento di mediazione possa dar luogo a responsabilità contabile quando il contenuto dell'accordo rientri nei limiti del potere decisionale conferito, ferma restando la responsabilità per dolo o colpa grave (lett. *g*); 5) riconoscere alle parti la possibilità di stabilire, al momento della nomina dell'esperto, che la sua

¹⁶³ L'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010 è stato modificato dall'art. 7 del d.lgs. 149/2022: il nuovo art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 (in vigore dal 30 giugno 2023), come modificato dal d.lgs. 149/2022, estende l'obbligo di esperire previamente la mediazione alle controversie in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di franchising, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura.

¹⁶⁴ La norma di riferimento, a partire dal 30 giugno 2022, sarà l'art. 5-*bis*, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022.

¹⁶⁵ La norma di riferimento, a partire dal 30 giugno 2022, sarà l'art. 8, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

relazione possa essere prodotta in giudizio e liberamente valutata dal giudice (lett. *i*)¹⁶⁷; 6) incentivare l'utilizzo di strumenti telematici in questo ambito prevedendo, difatti, che le procedure di mediazione (e di negoziazione assistita) possano svolgersi, su accordo delle parti, con modalità telematiche e che gli incontri possano compiersi con collegamenti da remoto (lett. *p*)¹⁶⁸.

Sempre al fine di garantire un rapporto adeguato tra mediazione e giudizio, l'art. 1, comma 4, lett. *o*), prevede una valorizzazione ed una incentivazione della mediazione demandata dal giudice *ex art.* 5, comma 2, d.lgs. 28/2010, raggiungibile mediante il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziari che demandano le parti alla mediazione. Tale valorizzazione è possibile grazie all'instaurazione di un regime di collaborazione tra gli uffici giudiziari, le università, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio, nonché all'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati¹⁶⁹.

La riforma è intervenuta anche sulla materia condominiale: l'art. 1, comma 4, lett. *h*), l. 206/2021 riconosce all'amministratore condominiale la legittimazione ad attivare, aderire e partecipare ad un procedimento di mediazione; contestualmente prevede che l'accordo di conciliazione riportato nel verbale o la proposta del mediatore siano sottoposti all'approvazione dell'assemblea (la quale delibera con le maggioranze previste dall'art. 1136 c.c.), con la conseguenza che in caso di mancata approvazione la conciliazione si intende non conclusa ovvero la proposta del mediatore non approvata¹⁷⁰. Un'attenzione particolare è stata riservata, infine, al miglioramento del servizio di mediazione, attraverso: la revisione e il potenziamento della disciplina sulla formazione e sull'aggiornamento dei mediatori (lett. *l*); il rafforzamento dei requisiti di qualità e di trasparenza del procedimento di mediazione riformando a tal fine i criteri indicatori dei requisiti di serietà ed efficienza degli enti pubblici o privati per l'abilitazione a costituire

¹⁶⁷ La norma di riferimento, a partire dal 30 giugno 2022, sarà l'art. 8, comma 7, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022.

¹⁶⁸ La norma di riferimento, a partire dal 30 giugno 2022, sarà l'art. 8-*bis*, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022.

¹⁶⁹ Le norme di riferimento, a partire dal 30 giugno 2022, saranno gli artt. 5-*quater* e 5-*quinquies*, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022.

¹⁷⁰ La norma di riferimento, a partire dal 30 giugno 2022, sarà l'art. 5-*ter*, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022.

gli organismi di mediazione (lett. *m*); la riforma e la razionalizzazione dei criteri di valutazione dell'idoneità e degli obblighi del responsabile dell'organismo di mediazione e del responsabile scientifico dell'ente di formazione (lett. *n*)¹⁷¹.

Recentemente, nel luglio del 2022, il Consiglio dei ministri ha approvato lo Schema di decreto legislativo recante attuazione della Legge n. 206/2021, il quale è stato licenziato pressoché invariato con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Come si legge nella Relazione Illustrativa, il testo legislativo mira a «realizzare il riassetto “formale e sostanziale” della disciplina del processo civile di cognizione, del processo di esecuzione, dei procedimenti speciali e degli strumenti alternativi di composizione delle controversie (...) in funzione degli obiettivi di “semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile», obiettivi che contribuiscono a perseguire il valore dell’effettività della tutela giurisdizionale.

Lo schema del decreto legislativo in esame dedica alla disciplina delle ADR un'apposita Sezione: la Sezione I recante «modifiche in materia di Mediazione, Negoziazione assistita e Arbitrato», del Capo IV, rubricato «Ulteriori interventi e modifiche alle leggi speciali». Le ADR stanno acquisendo una significativa importanza all'interno dell'ordinamento non essendo più considerate solo dei meri strumenti deflattivi del contenzioso, ma delle valide alternative alla giurisdizione non inferiori a quest'ultima. Nel presente lavoro è intenzione dello scrivente analizzare le novità più importanti previste in materia di mediazione civile e commerciale.

La prima norma meritevole di attenzione è l'art. 7 del Decreto attuativo della legge n. 206/2021 recante modifiche al d.lgs. 28/2010¹⁷², articolo che, dopo aver apportato delle correzioni testuali agli artt. 2, 3 e 4 d.lgs. 28/2010, interviene sull'elenco delle controversie soggette all'obbligo di mediazione. Il nuovo art. 5 del d.lgs. 28/2010 viene modificato prevedendo l'estensione della mediazione obbligatoria anche ai contratti di associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura. Si è ritenuto opportuno cristallizzare quanto già

¹⁷¹ Le norme di riferimento, a partire dal 30 giugno 2022, saranno gli artt. 16 e 16.bis, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022

¹⁷² È l'art. 7 del d.lgs. 149/2022 (in vigore dal 30 giugno 2023), in attuazione della Legge 26 novembre 2021, n. 206, ad aver apportato definitivamente le modifiche al d.lgs. 28/2010. Dunque, le considerazioni che verranno svolte con riferimento alle modifiche apportate al d.lgs. 28/2010 dallo Schema di d.lgs. attuativo della legge n. 206/2021 sono valevoli anche per il D.lgs. 149/2022, il quale ha licenziato in modo pressoché invariato lo Schema di d.lgs. attuativo della legge n. 206/2021.

previsto dall'art. 1, comma 4, lett. c), l. 206/2021 probabilmente in considerazione del fatto che si tratta di contratti molto diffusi e caratterizzati da un rapporto continuativo tra le parti, dunque, che più facilmente possono essere fonte di controversie (le quali ora, in virtù della nuova disciplina, saranno sottratte al ricorso immediato all'autorità giudiziaria).

La norma ritiene assolta la condizione di procedibilità, anche nell'ipotesi in cui le parti abbiano esperito le procedure previste dall'art. 128.bis del d.lgs. 1.9.1993 n. 385 in caso di controversie bancarie, dall'art. 32.ter del d.lgs. 24.2.1998 n. 58 in caso di controversie finanziarie, dall'art. 187.1 del d.lgs. 7.9.2005 n. 209 per le liti in materia di assicurazione e dalla Legge 14.11.1995 n. 481 in caso di liti relative alla regolazione di servizi pubblici¹⁷³. Anche la nuova formulazione della norma non contiene, tuttavia, un espresso richiamo al procedimento di cui la Legge Gelli-Bianco (l. 24/2017) in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria, che - per le ragioni illustrate al *Paragrafo 3.1.1.* - sarebbe stato opportuno inserire.

La norma lascia poi sostanzialmente inalterato l'elenco dei procedimenti sottratti all'obbligo di mediazione, ossia i procedimenti per ingiunzione (fatto salvo per quanto si dirà in caso di opposizione a decreto ingiuntivo), i procedimenti per convalida di licenza o sfratto, i procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite *ex art. 696.bis c.p.c.*, i procedimenti possessori, i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, i procedimenti in camera di consiglio e i procedimenti in caso di azione civile esercitata nel processo penale. In aggiunta, viene menzionata l'ipotesi, sempre sottratta all'obbligo del previo tentativo di mediazione, dell'azione inibitoria di cui l'art. 37 del Codice del consumo (d.lgs. 206/2005).

Quanto al procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, la riforma ha inserito il nuovo art. 5-bis, il quale stabilisce che «l'onere di presentare la domanda di mediazione grava sulla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo», pena l'improcedibilità della domanda giudiziale proposta con il ricorso. La norma, di fatto, prevede un'ipotesi di mediazione obbligatoria a carico della parte che ha proposto il ricorso e lo fa recependo un recente insegnamento del giudice di legittimità. Le Sezioni Unite della

¹⁷³ La norma di riferimento, dal 30 giugno 2022, sarà l'art. 5, comma 3, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022.

Corte di Cassazione, infatti, con sentenza n. 19596 del 18 settembre 2020, in sede di composizione di un contrasto interpretativo su chi dovesse intraprendere il procedimento di mediazione, si sono pronunciate stabilendo che «nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 1.*bis*, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1.*bis* conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo».¹⁷⁴

Novità significative sono state introdotte anche in materia di mediazione condominiale: il nuovo art. 5-*ter* - riprendendo la formulazione dell'art. 1, comma 4, lett. *h*), l. 206/2021 - riconosce all'amministratore condominiale la legittimazione ad attivare, aderire e partecipare ad un procedimento di mediazione e prevede che il verbale contenente l'accordo o la proposta di conciliazione debba essere approvato dall'assemblea entro il termine fissato nell'accordo o nella proposta con le maggioranze di cui l'art. 1136 c.c., pena l'impossibilità di considerare conclusa la conciliazione. La riforma ha, dunque, superato la posizione dalla Cassazione civile espressa con l'ordinanza n. 10846 dell'8 giugno 2020 in tema di partecipazione dell'amministratore alla mediazione. Il giudice di legittimità, in virtù di quanto previsto dall'art. 71, comma 3-*quater*, disp. att. c.c., aveva concluso che «la condizione di procedibilità delle “controversie in materia di condominio” non possa dirsi realizzata allorché (...) all'incontro davanti al mediatore l'amministratore partecipi sprovvisto della previa delibera assembleare da assumere con la maggioranza di cui all'art. 1136 c.c., comma 2, non essendo in tal caso “possibile” iniziare la procedura di mediazione e procedere con lo svolgimento della stessa». Il nuovo art. 5-*ter*, al contrario, non richiede una preventiva delibera assembleare di adesione o meno alla mediazione da parte dei condomini essendo l'amministratore

¹⁷⁴ Le Sezioni Unite, con la sentenza *de quo*, hanno ritenuto di non poter confermare l'orientamento inaugurato dalla stessa Corte con una precedente sentenza (sent. n. 24629/2015), nella quale era stato sancito il principio secondo cui nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo l'onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione è da porre a carico della parte opponente.

legittimato attivamente e passivamente ad intervenire nel procedimento di mediazione in qualità di rappresentante dei condomini stessi.

Va però osservato come la norma, così formulata, lasci irrisolto un dubbio: come gestire la partecipazione all'assemblea condominiale del condomino che sia controparte nella procedura di mediazione. In altri termini, ci si chiede se sia opportuna, in caso di divergenza tra condominio e singolo condomino partecipante all'assemblea, l'astensione di quest'ultimo o comunque se vi sia la possibilità di non conteggiare la sua quota nel computo della maggioranza necessaria per l'adozione della delibera. Il problema sembra essere stato recentemente risolto dalla Cassazione (sent. 25680 del 13 novembre 2020), secondo la quale «in tema di condominio, le maggioranze necessarie per approvare le delibere sono inderogabilmente quelle previste dalla legge in rapporto a tutti i partecipanti ed al valore dell'intero edificio, sia ai fini del "quorum" costitutivo sia di quello deliberativo, compresi i condomini in potenziale conflitto di interesse con il condominio, i quali possono (e non debbono) astenersi dall'esercitare il diritto di voto, ferma la possibilità per ciascun partecipante di ricorrere all'autorità giudiziaria in caso di mancato raggiungimento della maggioranza necessaria per impossibilità di funzionamento del collegio».

Con la riforma si è voluta, inoltre, valorizzare e rafforzare la formazione dei magistrati. Per questo, in base a quanto previsto dal nuovo art. 5-*quinquies* del d.lgs. 28/2010, il magistrato deve curare la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione mediante la frequentazione di seminari e corsi organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, la quale funge - insieme al numero e alla qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi - da indicatore dell'impegno, della capacità e della laboriosità del magistrato, ai fini della valutazione professionale dello stesso.

Quanto alla durata del procedimento di mediazione, il nuovo art. 6, d.lgs. 28/2010, sostitutivo della precedente disposizione, fissa la durata massima della mediazione in tre mesi (confermando quanto già previsto dall'art. 6, comma 1, come modificato dall'art. 84, comma 1, lett. f), D.L. 69/2013), termine prorogabile di ulteriori tre mesi dopo l'instaurazione del procedimento e prima della sua scadenza a condizione che vi sia l'accordo scritto delle parti.

L'art. 8 introduce una novità molto importante circa il primo incontro di mediazione: il dettato normativo sembra escludere la possibilità di un primo incontro "filtro" volto a valutare l'entrata o meno in mediazione; piuttosto sembra prevedere una mediazione con carattere effettivo già dal primo incontro, con conseguente obbligo delle parti di parteciparvi personalmente e assistenza obbligatoria del difensore.

L'art. 8-bis si occupa invece della disciplina della c.d. mediazione telematica, la quale, in linea di principio, può essere utilizzata con riferimento a qualunque tipo di lite, ma, oltre a ciò, è indubbio che vi siano delle tipologie di controversie che meglio si prestano ad essere gestite telematicamente (il ricorso alla mediazione online è consigliabile, ad esempio, quando le parti e/o i mediatori sono geograficamente distanti; oppure quando la controversia è nata dalla conclusione di un contratto telematico o da un'interazione avvenuta online; ancora, quando le parti, per questioni di vario genere, preferiscono evitare di incontrarsi personalmente)¹⁷⁵. La norma, in sintesi, fissa la possibilità di svolgere gli incontri di mediazione ricorrendo a strumenti telematici e a piattaforme digitali. Inoltre, prevede, una volta conclusa la mediazione, la necessità di creare un documento informatico - contenente il verbale e l'eventuale accordo - il quale dovrà essere sottoscritto mediante firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata dalle parti (e dagli avvocati, con le stesse modalità, nei casi di cui l'art. 5, comma 1, e quando la mediazione è demandata dal giudice).

L'art. 8-bis viene, inoltre, espressamente richiamato dal nuovo art. 12, il quale ha cura di precisare che il verbale di mediazione costituisce - come attualmente - titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione per consegna o rilascio, per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale anche se sottoscritto con modalità digitale.

Con la riforma è stato introdotto l'art. 12-bis disciplinante le conseguenze derivanti dalla mancata partecipazione al procedimento di mediazione. Più precisamente, nell'ipotesi in cui la mediazione costituisca condizione di procedibilità, la parte costituita che non abbia partecipato al primo incontro senza giustificato motivo sarà tenuta «al versamento

¹⁷⁵ Per un approfondimento sul tema della mediazione telematica vedere DE BONIS, *La mediazione attraverso modalità telematiche*, in *La mediazione civile e commerciale*, Op.cit., p. 303 s. e DALLA BONTÀ', *Una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori*, in *Giustizia consensuale*, I-2021, p. 191 s.

all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio». Al ricorrere di tale ipotesi il giudice, in primo luogo e se richiesto dalle parti, può condannare la parte soccombente al pagamento in favore di controparte «di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione» (art. 12-*bis*, comma 3), e, in secondo luogo, procede alla segnalazione della condotta delle pubbliche amministrazioni non partecipanti alla mediazione.

Va segnalata anche l'estensione del patrocinio a spese dello Stato per la parte non abbiente¹⁷⁶ ai fini di ottenere l'assistenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione nei casi di cui l'art. 5, comma 1, a patto che l'accordo di conciliazione sia stato raggiunto (art. 15-*bis*, comma 1). Quest'ultima condizione - la norma recita testualmente «se è raggiunto l'accordo di conciliazione» -, secondo lo scrivente, non è particolarmente equa e, soprattutto, non permette di tutelare realmente la posizione del soggetto meno abbiente. Sembra inopportuno, infatti, prevedere il patrocinio a spese dello Stato solo in caso di esito positivo della mediazione. Questo perché potrebbero esserci dei casi di trattative di mediazione molte lunghe, le quali non si concludano con un accordo, ma per ragioni non imputabili alla parte non abbiente che risulterebbe in tal caso doppiamente pregiudicata. Da un lato, quest'ultima non ha ottenuto l'accordo conciliativo sperato e, dall'altro, non potrà accedere al patrocinio gratuito, al quale in caso di esito positivo della mediazione avrebbe avuto diritto.

In conclusione, va segnalato che, al fine di incentivare il ricorso ai procedimenti di mediazione, sono state previste agli artt. 17 e 20 delle agevolazioni, sotto il profilo economico e fiscale; tra queste, l'esenzione dal pagamento dell'imposta di registro nel caso il cui verbale contenente l'accordo di mediazione abbia un valore non superiore ad euro 100.000,00 (non più ad euro 50.000,00).

¹⁷⁶ Quanto agli importi spettanti all'avvocato della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato a titolo di onorario e spese, l'art. 15-*octies* stabilisce che «con decreto del Ministro della giustizia, adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro sei mesi dall'entrata in vigore delle disposizioni attuative della legge 25 novembre 2021, n. 206» verranno stabiliti detti importi, nonché «le modalità di liquidazione e di pagamento, anche mediante riconoscimento di credito di imposta o di compensazione, delle somme determinate ai sensi del presente articolo, nonché le modalità e i contenuti della relativa richiesta e i controlli applicabili, anche di autenticità».

In considerazione di quanto sopra esposto, a parere di chi scrive, la recente riforma segna un decisivo passo in avanti in materia di ADR. I sistemi di risoluzione alternativa delle controversie sono di strategica importanza nella prospettiva del corretto funzionamento dell'ordinamento giuridico (ma anche del mercato interno), in quanto riescono ad offrire una soluzione rapida, efficace, economica e, soprattutto, extragiudiziale alle controversie¹⁷⁷. Alla base di questa riforma sembra esservi l'acquista consapevolezza che il processo giurisdizionale non sia l'unico strumento a disposizione delle parti, ma, anzi, che spesso non sia il mezzo più idoneo. L'obbiettivo deve essere quello di perfezionare l'accesso alla giustizia: al riguardo, il più datato Considerando n. 5 della Direttiva 2008/52/CE prevedeva proprio che «l'obbiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie». Il concetto di giustizia, allora, deve essere inteso in senso ampio, quindi anche come accesso ai metodi alternativi, i quali godono di pari dignità rispetto alle procedure giudiziarie.

In questa prospettiva, è doveroso incentivare l'utilizzo di percorsi alternativi, tra cui la mediazione, poiché essi conducono alla composizione della lite più rapidamente e con un minor dispendio economico apportando un «vantaggio diretto e immediato ai consociati e l'ulteriore indiretto apprezzabile effetto di alleggerimento del ricorso alla giustizia ordinaria (Relazione Illustrativa dello schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 206/2021)».

6. LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA NEL CONTESTO COMPARATISTICO E INTERNAZIONALE

¹⁷⁷ Un punto di vista differente viene offerto da CECHELLA, *Contributo ad una giustizia civile. Una prima lettura della legge delega Cartabia sul processo civile*, in *Rivistaweb*, Il Mulino, fascicolo 4/2021, il quale ha sottolineato come «nessuno nega l'opportunità di favorire, anche ai sensi dell'art. 2 Cost., la via alternativa, ma la disciplina della mediazione e della negoziazione è del tutto irrilevante per le sorti future della giurisdizione civile (come lo è, per la via negoziale, la futura disciplina dei mezzi di giustizia in senso stretto). In sostanza: è necessario trovare una soluzione alla giurisdizione e non pensare di sfuggirvi favorendo semplicemente l'alternativa mediata e negoziale».

6.1. Analisi comparatistica. A) La cultura statunitense della *Collaborative Law* e l'utilizzo della mediazione nei procedimenti civili avanti alle corti federali e statali (*ADR Court-annexed Programs*)

L'area giuridica del *common law* costituisce la patria delle *Alternative Dispute Resolution* e per questo lo studio della loro regolamentazione in questi ordinamenti giuridici è di fondamentale importanza per comprendere l'origine e l'evoluzione delle tecniche ADR in Europa. L'ordinamento statunitense in particolare è stato un punto di riferimento per il nostro legislatore e proprio in tema di obbligatorietà della mediazione è evidente come la nostra normativa abbia ripreso molto l'esperienza americana.

Il fenomeno delle ADR negli Stati Uniti nasce a seguito di una radicale rivoluzione di pensiero avvenuta nella seconda metà del ventesimo secolo. Questo periodo si è caratterizzato per la diffusione di una generale perdita di certezza in tutti gli ambiti della vita, tra i quali quello del diritto. La perdita di fiducia anche nei confronti del sistema giudiziario è stata la ragione per cui si è cercato di individuare delle modalità di intervento che permettessero di risolvere i conflitti in modo alternativo rispetto al metodo tradizionale limitato a riconoscere il torto o la ragione sulla base dell'applicazione della legge.

Lo sviluppo del movimento ADR negli Stati Uniti è stato segnato da un evento chiave: la “*National conference in the causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*”, detta anche “*Pound Conference*¹⁷⁸” (per ricordare la relazione tenuta da Roscoe Pound nel 1906), tenutasi nel Minnesota nel 1976 e considerata l'evento fondativo dell'*ADR movement*. Oggetto della conferenza è stata la denuncia della c.d. “*litigation explosion*” (ossia l'aumento esponenziale del contenzioso) che, secondo i relatori, stava per colpire le corti federali e statali americane incidendo sulla loro possibilità di funzionare correttamente e definire i processi in tempi ragionevoli (*litigation crisis*). La soluzione alla crisi venne individuata nella possibilità di utilizzare altri mezzi di risoluzione delle liti. Celebre sul punto è stato l'intervento di Frank

¹⁷⁸ La conferenza venne tenuta da un'élite di giudici e professori: i protagonisti principali furono, infatti, Warren Burger, *Chief Justice* della Corte Suprema, e Frank Sander, professore dell'Università di Harvard. Per un approfondimento sull'incidenza che la conferenza del 1976 ebbe sull'evoluzione dell'istituto della mediazione vedere DELLA NOCE, *Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference*, in *17 Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2002, p. 545 ss.

Sander¹⁷⁹, professore dell'università di Harvard, il quale propose l'immagine della *multi-door court house*, dove il cittadino presenta la sua domanda ad un *dispute resolution center* (e non ad una corte), la quale viene poi indirizzata al meccanismo di risoluzione più adatto. Uno dei meccanismi proposti fu proprio quello della mediazione. Secondo Sander, in questo modo, la risoluzione delle controversie sarebbe stata più efficace sotto il profilo «dei costi, dei tempi, dell'accuratezza, della credibilità e della fattibilità¹⁸⁰».

Sempre negli anni '70 vennero fondati in America i primi enti di mediazione, i *community mediation center*¹⁸¹, aventi il compito di risolvere le controversie minori in materia civile e penale. Al fine poi di consolidare e istituzionalizzare maggiormente la mediazione, e in generale i meccanismi ADR, sono stati istituiti negli anni 2000 i *Dispute Resolution Center*, centri deputati a fornire servizi di mediazione, negoziazione, arbitrato e forme ibride. Da un punto di vista pratico, l'istituzione di questi centri ha portato, da un lato, alla risoluzione del 70% delle dispute sottoposte a mediazione senza la necessità di arrivare a sentenza e, dall'altro, alla diffusione del “*vanishing trial*” (ossia il fenomeno del c.d. “processo che svanisce”) a testimonianza del fatto che il ricorso ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie sta via via sostituendo il processo.

Vanno fatte due precisazioni sulla disciplina del processo negli USA, il quale, a prescindere dall'istituzione dei suddetti centri volti a risolvere stragiudizialmente le controversie, sembra favorire per sua natura la mediazione. In primo luogo, va osservato che il procedimento giurisdizionale americano favorisce di per sé gli accordi transattivi in quanto è prevista una prima fase, detta *pre-trial conference*, durante la quale le parti procedono allo scambio delle informazioni sulle rispettive prove (c.d. *discovery*).

¹⁷⁹ Sull'intervento di F. Sander alla conferenza vedere BESSO, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie*, *Op.cit.*, pp. 7-10.

¹⁸⁰ SANDER, *Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: Varieties of Dispute Processing*, in *70 Federal Rules Decisions*, 1970, p. 111 e ss.

¹⁸¹ Ad onor del vero, vi è un'altra procedura privata di ADR, storicamente antecedente rispetto alla *mediation*, sperimentata già all'inizio degli anni '60 per le controversie minori. La procedura è quella dei *Neighborhood Justice Centers*. Si tratta di fori, nati su iniziativa delle comunità locali, collocati presso i luoghi di lavoro o presso i quartieri ad alta intensità di popolazione, composti da membri laici della comunità, competenti a conoscere controversie bagatellari. La loro funzione è quella di tutelare i cittadini che lamentano la lesione di un diritto da parte di avversari più forti professionalmente ed economicamente. Proprio perché sono nati per soddisfare le esigenze della “gente comune”, i *Neighborhood Justice Centers* sono poco costosi e caratterizzati da una procedura informale, nell'ambito della quale un terzo cerca di promuovere il raggiungimento di un accordo il più possibile conciliando gli interessi delle parti (cfr. SANTAGADA, *La crisi della giustizia civile la conciliazione quale strumento alternativo al processo*, *Op.cit.*, p. 103).

Certamente allora le parti conoscendo rispettivamente il valore delle prove di controparte possono riflettere in modo più accurato e lungimirante sull'opportunità di optare per il raggiungimento di un accordo in luogo del processo. L'accordo, infatti, potrebbe risultare più conveniente proprio in ragione dell'analisi delle prove di controparte. La *mediation* si colloca in questo caso verso la parte conclusiva della *discovery*¹⁸².

Un secondo elemento del processo americano che favorisce naturalmente la mediazione consiste nel fatto che il giudice assegnatario del caso e il giudice che si occupa della *pre-trial* (il giudice chiamato a condurre la mediazione giudiziale) sono soggetti diversi. Conseguentemente non vi saranno contaminazioni tra la fase precedente di mediazione e quella successiva (ed eventuale) del giudizio e le parti eventualmente esposti molto in sede di mediazione non saranno pregiudicate nella fase contenziosa.

Il sistema americano ha visto progressivamente affermarsi anche le c.d. *court annexed procedures*, ossia procedure svolte all'interno dei tribunali, gestite da giudici o da avvocati, caratterizzate da maggior informalità e negoziabilità rispetto al processo. Tra queste procedure troviamo la *court annexed mediation* (la mediazione giudiziale)¹⁸³, un procedimento informale, confidenziale e coperto dall'obbligo di riservatezza, che, in base alle *local rules*, viene attivato su istanza di parte o per ordine del giudice, laddove questi si convinca del probabile esito transattivo della controversia. Tale procedimento prevede sempre la presenza di terzo - può trattarsi di un giudice, di un avvocato o di una persona dotata di esperienza in materia di ADR - il quale promuove la composizione convenzionale della controversia (*facilitated mediation*), oppure presenta alle parti una o più proposte di possibile accordo (*evaluative mediation*). La *court annexed mediation* è diffusa non solo presso le corti di primo grado, ma anche presso le corti federali d'appello (*appellate mediation*). Quest'ultime a norma della *Rule 33* delle *Federal Rules of Appellate Procedure* hanno il potere di ordinare agli avvocati (e talvolta anche alle parti) «*to participate in one or more conferences to address any matter that may aid in*

¹⁸² Cfr. CALCAGNO, *ADR nel Nord degli Stati Uniti ed adempimenti degli avvocati neutri e degli accompagnatori alle procedure*, reperibile sul sito internet mediaresenzaconfini.org.

¹⁸³ Fanno parte della *court annexed procedures*, oltre alla *court annexed mediation*, anche la *court annexed arbitration*, l'*early neutral evaluation*, il *summary jury trial* e il *mini-trial*. Tali procedure vengono analizzate in SANTAGADA, *La crisi della giustizia civile la conciliazione quale strumento alternativo al processo*, *Op.cit.*, pp. 103-109.

disposing of the proceedings, including simplifying the issues and discussing settlement».

Prima di analizzare in modo specifico come viene disciplinato nell'ordinamento statunitense l'obbligo delle parti di tentare la conciliazione, sembra opportuno premettere un breve chiarimento sul complesso delle norme che disciplinano l'istituto della mediazione. Il funzionamento della stessa è disciplinato sia dalla legislazione federale sia dalle singole legislazioni statali, le quali incidono maggiormente sulla diffusione dell'istituto.

A livello federale gli interventi più importanti sono stati: gli emendamenti del 1983 e del 1993 intervenuti sulla *Rule 16* delle *Federal Rules of Civil Procedure*; il *Civil Justice Reform Act (CJRA)* del 1990, con il quale è stato riconosciuto alle corti distrettuali il potere di verificare quali fossero i programmi ADR più idonei a ridurre i costi e i tempi del processo; l'*Alternative Dispute Resolution Act (ADRA)* del 1998, una legge di portata generale volta ad istituzionalizzare i *court annexed programs* presso le corti federali di primo e di secondo grado rimandando a soggetti specializzati nella gestione e conduzione delle ADR le relative procedure; infine, l'*Uniform Mediation Act* del 2001. Quest'ultima è una proposta di legge elaborata da un'apposita commissione di esperti contenente disposizioni generali in tema di mediazione, tra le quali spicca per importanza quella in materia di riservatezza. La riservatezza contribuisce ad evitare il pregiudizio della parte in un successivo ed eventuale processo concernente la questione precedentemente sottoposta a mediazione. Per questo vige uno specifico obbligo di riservatezza per i soggetti giuridici protagonisti del procedimento di mediazione, salvi casi particolari in cui sull'obbligo di segretezza prevale un interesse pubblico.¹⁸⁴

L'*Uniform Mediation Act*, tuttavia, è priva di efficacia diretta nei singoli Stati membri, i quali possono scegliere di adottarla o meno. L'efficacia e il successo della mediazione negli USA dipendono, dunque, essenzialmente dalla legislazione statale, più che da quella federale. Nei vari Stati della Federazione la mediazione è variamente regolata: alcuni ordinamenti hanno introdotto una mediazione di natura obbligatoria, altri di natura facoltativa, altri ancora prevedono la coesistenza delle due tipologie. In Arizona,

¹⁸⁴ L'*Uniform Mediation Act* prevede che per fatti di rilievo penalistico o per chi, servendosi della mediazione, tenti di nascondere un reato un'attività criminosa in corso, è precluso l'obbligo della riservatezza.

ad esempio, la mediazione è esclusivamente facoltativa e vi è un *favor* per la mediazione giudiziale (*court annexed mediation*). Anche in California la mediazione ha natura facoltativa, tuttavia, diviene obbligatoria qualora sia disposta dal giudice per le controversie inferiori a 50.000 dollari oppure per le controversie tra imprenditori e lavoratori agricoli (in quest'ultimo caso la procedura di mediazione è disposta dal contratto collettivo di lavoro e ha una durata massima di trenta giorni, prorogabili di altri trenta). In Florida ci sono ipotesi di mediazione obbligatoria riguardanti la materia relativa all'utilizzo dei fondi rurali; tuttavia, in questi casi l'obbligatorietà si manifesta in un modo particolare, ossia tramite un forte disincentivo per la parte a non partecipare alla mediazione, poiché in tal caso non potrà ripetere le spese legali sostenute anche se dovesse prevalere nel successivo giudizio.

6.1.1. L'obbligo delle parti di tentare la conciliazione in base a quanto previsto dalla *Rule 16* delle *Federal Rules of Civil Procedure*

Ai fini della presente trattazione, rileva in modo particolare la disciplina che l'ordinamento statunitense riserva all'obbligo di tentare la conciliazione. La *Rule 16* delle *Federal Rules of Civil Procedure* detta una disciplina particolare in relazione al tentativo di conciliazione. Al fine di promuovere la risoluzione stragiudiziale della lite la *Rule 16* riconosce al giudice, in qualsiasi azione, il potere di ordinare agli avvocati e alle parti di comparire ad una o più *pretrial conferences* (conferenze preliminari) al fine, tra l'altro, di facilitare il regolamento della causa. Non solo: il giudice ha, per di più, il potere di sanzionare la parte o il difensore che non ottemperino all'ordine di comparire alla *pretrial conferences*, ovvero che, pur comparendo, si dimostrino impreparate alla conduzione delle trattative o agiscano in malafede (Fed. R. Civ. P. 16 *(f)*). Alle corti, inoltre, viene riconosciuto il potere (esercitabile in qualsiasi conferenza preliminare) di disporre l'uso di procedure speciali per l'assistenza nella risoluzione delle controversie, purché ciò sia autorizzato dalla legge o dalle norme locali (Fed. R. Civ. P. 16 *(c-I)*). A ciò si aggiunge il potere della stessa di adottare procedure speciali per la gestione di azioni potenzialmente difficili o prolungate (Fed. R. Civ. P. 16 *(c-L)*) e, infine, di disporre l'adozione delle misure più appropriate per facilitare «*the just, speedy, and inexpensive disposition of the action*» (Fed. R. Civ. P. 16 *(c-P)*). A parere di chi scrive,

tra queste procedure speciali può essere fatta rientrare, senza che ciò desti particolare sospetto, la mediazione. Il giudice americano, infatti, potrebbe ritenere opportuno in sede di conferenza preliminare costringere le parti a tentare la conciliazione al fine di semplificare la composizione della lite (soprattutto in caso di azioni particolarmente complesse) e rendere più rapido ed economico l'intero procedimento (indubbiamente, senza poter costringere le stesse a giungere ad un accordo conciliativo).

6.1.2. Il ricorso obbligatorio alla mediazione nelle controversie riguardanti la contrattazione collettiva nei servizi postali federali (*39 US Code - 1207*)

Sempre a livello di legislazione federale va segnalata, in conclusione, una norma particolare disciplinante espressamente l'obbligatorietà del tentativo di mediazione. Nello specifico, l'obbligo opera per le controversie riguardanti la contrattazione collettiva ed insorte tra *managers* e dipendenti del servizio postale federale.

La norma di riferimento è l'art. 1207 contenuto nel Titolo 39 del *US Code* recante la disciplina in materia di servizio postale americano. La norma prevede per la parte intenzionata a risolvere o modificare un accordo di contrattazione collettiva in vigore, che incontri l'opposizione di controparte, il dovere di notificare al *Federal Mediation and Conciliation Service* (organo pubblico deputato a svolgere attività di mediazione) l'esistenza della disputa entro 45 giorni dalla notifica della proposta di modifica o cessazione alla controparte. Dopodiché viene lasciato alle parti un lasso di tempo (che arriva sino alla data della cessazione del contratto o alla data indicata nella proposta di risoluzione o modifica) affinché queste possono trovare un accordo. Se però tale accordo non viene raggiunto, il Direttore del *Federal Mediation and Conciliation Service* deve nominare un mediatore, il quale coopererà con le parti al fine di raggiungere un accordo. Se ancora una volta l'accordo non viene raggiunto, sarà costituito un collegio arbitrale avente il compito di adottare, entro 45 giorni dalla sua nomina, decisioni definitive e vincolanti per le parti.

La particolarità di questa procedura sta nella previsione di una sequenza progressiva di due strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, entrambi obbligatori. Vi è prima una fase che prevede lo svolgimento di una mediazione obbligatoria, nella quale si lascia alle parti la possibilità di giungere autonomamente ad una transazione. A questa

prima fase ne segue una seconda: infatti, in caso di mancata composizione della controversia nella fase precedente, si procederà mediante un arbitrato obbligatorio.

Quanto sopra esposto sulla legislazione americana in materia di mediazione testimonia l'impegno degli Stati Uniti nel rendere la mediazione uno strumento "normativo", volto a sbloccare controversie in atto e ad incidere concretamente sul piano giurisdizionale. La soluzione americana, si può dire conclusivamente, valorizza le ADR rispetto al processo consentendo una semplificazione ed una decongestione della giustizia.

6.2. B) La legislazione argentina sulla mediazione obbligatoria

Il concetto di mediazione affermatosi nell'esperienza giuridica argentina corrisponde sostanzialmente a quello di altri ordinamenti giuridici: la mediazione è un procedimento alternativo di risoluzione dei conflitti, in cui un terzo neutrale aiuta le parti a comunicare fra loro, al fine di trovare un accordo che soddisfi le esigenze di entrambe.

In Argentina una legislazione specifica in materia di mediazione esiste già dal 1992: con il decreto n. 1480/92 venne dichiarata di interesse nazionale l'istituzionalizzazione e lo sviluppo della mediazione come metodo non contraddittorio di risoluzione dei conflitti (art. 1, del decreto 1480/92). Tale decreto affidò al Ministero della Giustizia il compito di formulare progetti legislativi ed emanare regolamenti per l'attuazione dell'istituto conciliativo (art. 2). Al Ministero venne, inoltre, dato l'incarico di istituire l'Organismo dei mediatori¹⁸⁵ (art. 3) e di predisporre un Piano nazionale per la mediazione (art. 6). In concreto, quello che venne chiesto al Ministero della Giustizia fu la realizzazione di un'esperienza pilota di mediazione, in quanto si riteneva particolarmente opportuno stabilire un tale procedimento nella giurisdizione civile per tutte quelle materie in cui è possibile che vengano esperite azioni patrimoniali (contenenti pretese risarcitorie) e azioni familiari (art. 9).

Questa esperienza pilota venne realizzata inizialmente a Buenos Aires attraverso l'istituzione di un centro di mediazione formato da dieci mediatori. A quest'ultimi venivano inviate, su espressa richiesta delle parti¹⁸⁶, le controversie relative a cause

¹⁸⁵ L'organismo dei mediatori opera nell'ambito del Ministero della Giustizia; è responsabile della sua stessa composizione e del suo funzionamento, oltre a provvedere alla nomina dei suoi membri.

¹⁸⁶ L'art. 4, lett. a), del decreto 1480/92 stabilisce che «*el procedimiento será voluntario para las partes*».

pendenti in giudizio, rimanendo conseguentemente sospeso per tutto il tempo concordato tra le parti il processo giudiziale pendente. In caso di buon esito del procedimento, il mediatore avrebbe dovuto comunicare l'accordo raggiunto al giudice competente, ai fini della sua omologazione; al contrario, in caso di esito negativo del procedimento, sarebbe continuato il processo¹⁸⁷.

A seguito di tale esperienza, nel 1995 venne promulgata la Legge n. 24.573 sulla Mediazione e Conciliazione, la quale ha introdotto l'obbligatorietà della mediazione anteriore al giudizio (*mediación prejudicial*) dando così impulso alla diffusione dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie. Inizialmente il legislatore argentino aveva imposto la mediazione obbligatoria come presupposto indispensabile per l'instaurazione di un giudizio solo nella città di Buenos Aires; col tempo, tuttavia, numerosi Stati provinciali (ben 24 in tutto il Paese) imitarono tale modello.

La normativa originaria ha subito però importanti modifiche fino ad arrivare al provvedimento normativo attualmente vigente: la «*Ley N° 26.589 – Mediación y Conciliación*», in vigore dal 3 maggio 2010.

In realtà, sei mesi prima che in Argentina si decidesse di varare la legge sulla mediazione (*Ley N° 26.589 – Mediación y Conciliación*), in Antartide e nella Terra del Fuoco, entrambe province argentine, venne promulgata una legge sulla mediazione penale, familiare, civile, commerciale, tributaria, mineraria, rurale e di lavoro. Si tratta della «*Ley De Mediación - Métodos Alternativos de Resolución de Disputas N° 804 Provincia de Tierra del Fuego, antártica e Islas Del Atlántico Sur*» promulgata il 25 novembre 2009 ed entrata in vigore nel maggio del 2010 (dunque, contemporaneamente con il varo della legge argentina). Il sistema inizialmente predisposto dalla normativa si caratterizzava per la previsione di una mediazione esclusivamente volontaria. Successivamente, alla luce dell'elevata percentuale di accordi raggiunti (il sistema volontario portò ad accordi nel 78% dei casi), il legislatore argentino decise di implementare lo strumento prevedendo a fianco della mediazione volontaria ipotesi di mediazione obbligatoria.

¹⁸⁷ Cfr. ARBINI, *La normativa Argentina in tema di mediazione familiare: una riflessione alla luce dell'esperienza*, in *Le Ragioni Degli Altri. Mediazione E Famiglia Tra Conflitto E Dialogo: Una Prospettiva Comparatistica E Interdisciplinare*, a cura di URSO, Firenze, 2013.

La normativa merita una particolare attenzione perché consente di effettuare un interessante confronto con la disciplina prevista dal legislatore italiano in materia di mediazione obbligatoria. L'art. 18 della *Ley De Mediación n. 804* prevede, infatti, in via pregiudiziale, l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità per diverse materie, esattamente come previsto dall'art. 5, comma 1.bis, del nostro d.lgs. 28/2010. Anche il sistema argentino prevede, dunque, una vera e propria condizione di procedibilità: chi vuole procedere col giudizio deve dare prova di aver mediato con un mediatore registrato. A voler essere precisi, l'elenco delle materie previsto dalla normativa argentina rispecchia solo in parte le previsioni italiane. Difatti, l'art. 18 impone la mediazione obbligatoria nel caso di azioni di recupero delle imposte, azioni per adempimento dei contratti, azioni di possesso, alimenti, regime delle visite, scioglimento del matrimonio, divisione della comunione e del patrimonio comune. La mediazione, invece, è facoltativa nel caso dei procedimenti di esecuzione forzata e di sfratto.

Come sopra accennato, nel maggio del 2010 venne pubblicata sul *Boletín oficial* la «*Ley N° 26.589 - Mediación y Conciliación*», seguita dal decreto attuativo 1.467/2011.

Tale provvedimento sancisce l'obbligatorietà della mediazione prima di qualsivoglia processo (art. 1, comma 1, *Ley n. 26.589*) per tutte le materie (art. 4, *Ley N° 26.589*), salve pochissime eccezioni di cui l'art. 5. Più precisamente, il procedimento di mediazione obbligatoria non sarà applicabile in caso di: azioni penali (art. 5, lett. *a*); azioni di separazione personale e divorzio, nullità del matrimonio, filiazione, patria potestà ed adozione (eccezion fatta per le questioni patrimoniali derivate) (lett. *b*); processi di inabilitazione, di dichiarazione di incapacità e di riabilitazione (lett. *d*); *amparos* (processi sommari preceduti da procedure amministrative), *habeas corpus* (azioni a tutela dell'incolumità fisica), *habeas data* (azioni a protezione dei dati sensibili) e misure interdittive (lett. *e*); misure cautelari (lett. *f*); procedimenti di istruzione preventiva (lett. *g*); giudizi successori (lett. *h*); procedure concorsuali (lett. *i*); convocazioni delle riunioni dei comproprietari, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 13.512 (lett. *j*); controversie di competenza della giustizia del lavoro (lett. *k*); infine, procedimenti di volontaria giurisdizione (lett. *l*).

Il legislatore si preoccupa di precisare che in caso di processo di esecuzione e di procedura di sfratto la mediazione preventiva obbligatoria sarà in realtà facoltativa per

il reclamante sino a che il reclamato non faccia opposizione (art. 6, *Ley N° 26.589*). In queste due ipotesi, inoltre, il termine della mediazione sarà di trenta giorni, in luogo ai sessanta giorni generalmente previsti (art. 20, *Ley N° 26.589*).

Se il mediatore identifica una materia per la quale è escluso il ricorso alla mediazione obbligatoria a norma dell'art. 5 del decreto 1.467/2011 ha il dovere di terminare il procedimento e notificare apposito atto alle parti, indicando la ragione della conclusione. La mediazione preventiva obbligatoria è regolata da alcuni principi fondamentali, elencati all'art. 7, *Ley N° 26.589*, di cui il mediatore deve informare le parti alla prima udienza. Per citarne alcuni: la libertà e la volontarietà delle parti in conflitto di partecipare alla mediazione, nonché la parità di queste nel medesimo procedimento; il rispetto della riservatezza delle informazioni comunicate dalle parti nella procedura; la promozione della comunicazione diretta tra le parti al fine di risolvere il conflitto, eccetera. La *ratio* di tale disposizione è chiaramente quella di garantire un adeguato grado di conoscenza a tutti coloro che interverranno nel procedimento di mediazione.

Alla mediazione si partecipa con l'assistenza di un avvocato autorizzato a patrocinare davanti alla giurisdizione e il procedimento può essere completato solo da un mediatore accreditato. Il mediatore al termine della procedura dovrà rilasciare un particolare certificato da lui sottoscritto, contenente gli elementi di cui l'art. 3, *Ley N° 26.589* (art. 1, commi 2 e 3, decreto 1.467/2011), oltre al verbale di chiusura della procedura di mediazione.

Per quanto riguarda la presentazione della domanda, l'art. 2 *Ley N° 26.589* identifica quale unico requisito quello per il quale al momento della promozione della domanda giudiziale questa dovrà essere accompagnata dal suddetto certificato rilasciato dal mediatore interveniente¹⁸⁸.

L'evoluzione della legislazione argentina sulla mediazione mette in luce come questo Paese si caratterizzi per una vera e profonda cultura in materia. Ciò che colpisce particolarmente è la scelta di introdurre una mediazione obbligatoria a vasto raggio, che riguarda quasi ogni aspetto della vita sociale¹⁸⁹. Per questa ragione in questo sistema

¹⁸⁸ Per un'analisi completa e dettagliata della *Ley N° 26.589* vedere Cfr. CALCAGNO, *La mediazione in Antartide e nella Terra del Fuoco*, consultabile in www.mediaresenzaconfini.org.

¹⁸⁹ Questa scelta venne fatta alla luce dell'esito positivo dell'esperienza pilota realizzata a Buenos Aires. Si coglie, al riguardo, una profonda differenza rispetto all'ordinamento italiano, nel senso che anche il nostro legislatore ha disposto l'obbligatorietà della mediazione per un cospicuo numero di materie,

giuridico si è assistito alla diffusione anche della mediazione sociale e familiare (un esempio, in materia di mediazione sociale, riguarda i rapporti tra condomini: il legislatore argentino ha previsto una specifica formazione per gli amministratori condominiali affinché questi possano avere più dimestichezza con la gestione della lite). Questa particolare attenzione che la legge argentina ha dimostrato di avere verso la mediazione si evince anche dal fatto che sia stato introdotto un apposito codice deontologico per i mediatori. Ad esempio, se il mediatore dovesse favorire, anche solo involontariamente, una parte della mediazione suggerendo una possibile soluzione potrebbe andare incontro alla cancellazione dall'albo tenuto presso il Ministero della Giustizia (ovviamente se la questione dovesse essere denunciata e la sua colpa provata).

6.3. C) La tradizionale predisposizione confuciana per la composizione negoziale delle controversie e gli interventi disposti recentemente

6.3.1. L'evoluzione a "U" della mediazione nel sistema cinese

Nella tradizione cinese l'ideale di una società armoniosa senza contenziosi si è spesso scontrato con una dura realtà: quella di una società complessa caratterizzata da un progressivo aumento delle controversie con conseguente difficoltà del giudice nel comporre. Questa contrapposizione tra l'aspirazione ad una società priva di contenzioso fondata sull'armonia e sulla mediazione e la constatazione pratica dell'inevitabile esistenza del contenzioso è frutto anche del diverso metodo di approccio che gli studiosi cinesi hanno sviluppato nel tempo. Mentre la scuola confuciana del diritto tende ad esaltare la visione ideale di Confucio imperniata sul rifiuto del conflitto e del processo in favore della conciliazione, gli storici-sociologi del diritto guardano alla società e analizzano la prassi, entrambe caratterizzate dalla presenza del contenzioso.

Questa breve introduzione permette di comprendere fin da subito il peso che la mediazione (giudiziale e stragiudiziale) da sempre ha nell'ordinamento cinese: l'istituto

tuttavia, tale scelta non è stata in alcun modo preceduta una sperimentazione analoga, o quanto meno simile, a quella argentina.

è veramente un ideale di giustizia e talvolta è stato anche «un metro di misurazione della distanza tra il reale e l'ideale, e tra il confucianesimo e le altre scuole di pensiero¹⁹⁰».

È opportuno precisare fin da subito al fine di evitare incomprensioni nella lettura del testo che nel sistema cinese i termini “conciliazione” e “mediazione” hanno praticamente lo stesso significato: l’ufficio di Shenzhen della *China International Economic and Trade Arbitration Commission* ha confermato che le due espressioni vengono utilizzate in maniera intercambiabile¹⁹¹.

La mediazione nell’ordinamento ha subito nel tempo vicende alterne strettamente legate allo sviluppo della risoluzione delle controversie nel sistema cinese e a fattori storici, politici e culturali. Più precisamente, studiando la storia della mediazione nel sistema giuridico cinese si osserva come la sua evoluzione abbia seguito una sorta di percorso ad “U”, come disse il Professor Zhang Weiping durante una lezione tenuta presso l’università di Ritsumeikan.

La mediazione ha cominciato ad acquisire un ruolo centrale nella storia giuridica cinese già nella prima epoca rivoluzionaria maoista. Una delle figure più influenti in questo periodo fu quella del giudice Ma Xiwu¹⁹², il quale sviluppò un particolare modello di giudizio partendo da quelli che erano i metodi di risoluzione delle controversie consuetudinari della Cina rurale. Intorno al 1940 Ma Xiwu inventò il sistema della c.d. “giustizia itinerante”, per la quale non erano necessari palazzi di giustizia o infrastrutture simili. Tale modello prevedeva che fosse il giudice a recarsi direttamente nel luogo della controversia. In *loco* egli si occupava di ricostruire i fatti, raccogliere le prove e sollecitare i pareri della popolazione locale; inoltre, nello svolgimento della sua attività faceva opera persuasiva e di educazione delle parti. La procedura per la risoluzione della lite era particolarmente semplice in modo che potesse essere compresa anche dal popolo, il quale era chiamato a concorrere con il giudice nella composizione della controversia.

¹⁹⁰ In questi termini CARDILLO, *Recenti sviluppi della mediazione in Cina*, in *Giustizia consensuale*, 2-2021, p. 368.

¹⁹¹ In realtà, alcuni studiosi sostengono che vi sia una netta distinzione di significato. Tra questi PRETORIUS, in *Dispute Resolution*, Cape Town, 1993, p. 4, il quale ritiene che nel procedimento di conciliazione la terza parte raccomanda specifiche forme di soluzione, mentre nel procedimento di mediazione tenta solamente di indurre le parti ad un accordo, senza formulare raccomandazioni precise.

¹⁹² Secondo la tradizione Ma Xiwu nacque il 1° gennaio 1899 nel distretto di Baoan della provincia di Shaanxi. Nel 1935 diventò membro attivo del Partito comunista cinese e nel 1943 venne nominato presidente della sezione Longdong della Corte Superiore della regione di confine dello Shaanxi-Gansu-Ningxia. Solo tre anni dopo divenne presidente della stessa Corte Superiore.

Nella maggior parte dei casi la questione veniva risolta tramite mediazione, evitandosi così l'applicazione diretta di qualsiasi legge formale.

Il sistema teorizzato da Ma Xiwu ottenne grande successo tra i *leader* del partito, i quali apprezzavano tipi di giustizia non particolarmente formali e per questo si diffuse velocemente in tutto il Paese.

Il modello delineato, caratterizzato da una significativa valorizzazione della mediazione, venne promosso anche dopo l'istituzione della Repubblica Popolare Cinese (avvenuta nel 1949) e addirittura venne inserito nella Legge sulla Procedura Civile del 1982, il cui art. 6 affida alla Corte il compito di favorire la mediazione e l'accordo tra le parti.

Alla fine degli anni '80 si cominciò ad assistere ad un'inversione di tendenza. A seguito dell'espansione della riforma giuridica e delle politiche promosse da Deng Xiaoping aumentò esponenzialmente il numero dei procedimenti civili e conseguentemente i tribunali si trovarono a dover affrontare un carico giudiziario, anche arretrato, senza precedenti (nel vecchio sistema, infatti, era pressoché impossibile che si creasse un tale sovraccarico delle corti in quanto gran parte delle controversie veniva risolta con la mediazione). A mutare in questi anni fu anche l'attitudine degli operatori giuridici cinesi, i quali, probabilmente influenzati dai modelli stranieri, cominciarono a guardare con favore al processo civile ordinario e all'applicazione di tutte le regole formali, sostanziali e processuali. Questo contesto segnò l'inevitabile indebolimento dell'istituto della mediazione, la quale, per di più, veniva vista come il simbolo del vecchio regime e del sistema giuridico tradizionale, che però si stava cercando in tutti i modi di superare¹⁹³.

Il *favor* dell'ordinamento cinese per il procedimento ordinario, a discapito della mediazione, venne confermato anche dalla riforma della Legge di procedura civile del 1988, tradottasi in un emendamento approvato nel 1991. Dalla lettura del testo legislativo emerge come la mediazione, in quegli anni, effettivamente non rivestisse più il ruolo centrale di un tempo¹⁹⁴. Da un punto di vista pratico, inoltre, in questo periodo

¹⁹³ Cfr. ZHANG WEIPING, *China's Litigation Mediation: Evolution, Institution and Recent Trend*, Lezione tenuta presso l'università di Ritsumeikan.

¹⁹⁴ L'art. 9 della Legge di procedura civile del 1991, ad esempio, stabilisce che «*in conducting civil proceedings, the people's courts shall carry out conciliation in accordance with the principles of voluntariness and lawfulness; if conciliation efforts are ineffective, they shall render judgments without delay*» (traduzione inglese ufficiale).

il numero dei casi conclusi con mediazione si ridusse drasticamente: meno del 10% dei casi venne risolto facendo ricorso all'istituto conciliativo¹⁹⁵.

Negli anni 2000 si assistette nuovamente ad un'inversione di rotta in favore della mediazione (il che mostra l'andamento a "U" di cui parlava il prof. Zhang Weiping). Le ragioni che hanno portato a questa inversione sono diverse. Sicuramente, l'aumento delle controversie, con conseguenti tensioni sociali, avvenuto a seguito delle politiche di Deng Xiaoping indusse le corti e il governo a riconsiderare il ruolo della mediazione proprio al fine di risolvere e alleviare conflitti e tensioni. Riemerse in questo periodo l'idea della conciliazione come strumento adatto a ridurre il carico di lavoro dei tribunali garantendo una giustizia più efficace e a preservare l'armonia della società. A ciò si aggiunge il favore della comunità internazionale nei confronti dei meccanismi ADR, il quale certamente contribuì a rivalutare la posizione della mediazione nel sistema giuridico cinese. A livello accademico in questi anni venne poi promosso nuovamente lo studio del diritto tradizionale e consuetudinario, caratterizzato proprio dalla preminenza della mediazione.

Questa inversione di tendenza portò concretamente all'aumento dei numeri dei casi risolti con una mediazione, con conseguente alleggerimento del carico giudiziale. Uno studio statistico condotto dalla Corte Suprema del Popolo nel 2005 dimostrò come in quell'anno il numero di casi risolti con mediazione fu di 1334.792, ossia circa il 31% della totalità dei casi; per di più, in alcune corti di primo grado la percentuale salì al 70% e in alcuni casi anche al 90%¹⁹⁶.

Solo un paio di anni dopo, nel marzo del 2007, sempre la Corte Suprema si pronunciò esprimendo il suo favore verso un rafforzamento ulteriore del ruolo della mediazione nell'edificazione del socialismo e di una società armoniosa¹⁹⁷. A ciò si aggiunge un interessante parere di Wang Shengjun, uno dei più importanti responsabili della giustizia cinese nonché Presidente della Corte Suprema dal Popolo dal 2008. Egli riteneva che la mediazione fosse il metodo da preferire nella risoluzione delle dispute civili e per il miglioramento dell'armonia sociale; dunque, i giudici, oltre a dover sapere come usare

¹⁹⁵ Cfr. CARPI, *Brevi riflessioni sulla mediazione in Cina*, 2014, consultabile in amsacta.unibo.it.

¹⁹⁶ Cfr. XIAO YANG, *Zuigao Renmin Fayuan Gongzuo Baogao (The Supreme People's Court Work Report)*, Decima sessione del decimo Congresso Nazionale del Popolo Cina, 9 marzo 2005.

¹⁹⁷ Fonte: www.leggicinesi.it.

il diritto per gestire il contenzioso, dovrebbero utilizzare in modo corretto la mediazione e i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, le quali rappresentano una distorsione dell'armonia sociale.

Nel 2010 l'ordinamento cinese avviò una politica volta a favorire una sinergia tra contenzioso e mediazione stragiudiziale. Un primo tentativo in questo senso venne fatto nel 2012 con la modifica del CPL (diritto processuale civile). In sede di riforma venne riconosciuto al tribunale il potere di confermare, su richiesta delle parti, l'accordo transattivo raggiunto dalle stesse. Quest'ultimo, allora, sebbene raggiunto grazie all'intervento di mediatori e istituti di mediazione diversi dal tribunale, avrebbe potuto acquisire efficacia esecutiva al pari di una decisione giudiziaria.

Nel giugno del 2016 la Corte Suprema del Popolo con due importanti pronunce sollecitò i tribunali cinesi a cooperare con diversi istituti di mediazione (come le organizzazioni di mediazione popolare, commerciale, di settore, ecc.) al fine di rafforzare il coordinamento tra contenzioso e mediazione. In linea con quanto espresso dalla Corte Suprema, i tribunali di Pechino, ad esempio, cercarono di migliorare la sinergia tra contenzioso e mediazione introducendo un particolare *iter*. Il procedimento ha inizio con il deposito di un caso presso il tribunale. Quest'ultimo, venuto a conoscenza del caso depositato dalle parti, se ritiene che la lite sia idonea ad essere risolta tramite mediazione, dovrà raccomandare alle parti di accettare la conciliazione condotta da un mediatore o da un istituto di mediazione. Solo a seguito del rifiuto delle parti di procedere in tal modo, il tribunale potrà avviare il relativo procedimento giudiziario. Tuttavia, anche successivamente all'avvio del procedimento, il tribunale, se ritiene che il caso possa ancora essere risolto mediante mediazione, può continuare a sollecitare le parti ad accettare la conciliazione. Se ancora una volta le parti non acconsentono oppure se accettano ma la mediazione fallisce, il tribunale continuerà nella disamina del caso. Non solo: il giudice, una volta esaminato il caso, potrà comunque rinnovare l'invito ad accettare la mediazione, la quale, in questo caso, sarà condotta da un giudice o da un'assistente da lui autorizzato (dunque, non più da un mediatore o da un istituto di mediazione) prima dell'udienza in tribunale. Indubbiamente questo procedimento predisposto dai tribunali di Pechino è volto a promuovere la connessione tra il procedimento conciliativo e il procedimento davanti al giudice.

L'obiettivo di consolidare il rapporto tra mediazione e contenzioso, da un lato, e migliorare notevolmente l'efficienza della risoluzione delle controversie, dall'altro, ha indotto la Corte Suprema del Popolo a promulgare nell'agosto del 2019 una nuova interpretazione giudiziaria. La Corte si è rivolta a tutti i tribunali nazionali chiedendo loro di istituire un “multi-meccanismo unico” per la risoluzione delle controversie (il c.d. *one-stop multi-mechanism for dispute resolution*). Tale meccanismo al suo interno deve prevedere una serie di strumenti (quali la mediazione, l'arbitrato, il riesame amministrativo, l'aggiudicazione amministrativa ecc.) in grado di fornire ai cittadini dei servizi ottimali di risoluzione delle controversie. Si tratta di un meccanismo diversificato di risoluzione delle liti che integra contenzioso, mediazione e arbitrato. Il tribunale dovrà offrire alle parti tutti i servizi pertinenti alla lite garantendo anche la partecipazione di esperti, studiosi, avvocati, notai, psicologi e periti durante lo svolgimento delle controversie. La Corte Suprema del Popolo spera con questo meccanismo di ridurre il numero delle cause legali, i tempi del processo giudiziario nonché i costi del contenzioso.

La propensione dell'ordinamento cinese verso la mediazione si evince anche dal fatto che la Cina è stata uno dei primi Paesi a sottoscrivere nel 2019 la Convenzione delle Nazioni Unite sugli accordi di transazione internazionale derivanti dalla mediazione (la c.d. “Convenzione di Singapore”), come meglio si vedrà nel *Paragrafo 6.6.* del presente Capitolo.

6.3.2. Le due principali tipologie di mediazione e le relative norme di riferimento

Nell'articolato panorama legislativo cinese contemporaneo è necessario distinguere essenzialmente tra la mediazione popolare, regolata dalla *People's Mediation Law* del 2011, e la mediazione giudiziale, il cui testo normativo di riferimento sono le *Provisions on Civil Mediation* pubblicate dalla Corte Suprema del Popolo nel 2004.

Quanto alla mediazione popolare, essa serve essenzialmente a risolvere in modo tempestivo le liti tra cittadini, garantendo in questo modo l'armonia e la stabilità sociale. L'art. 2 della *People's Mediation Law* la definisce come quel procedimento gestito da una commissione di mediazione popolare volto a persuadere le parti di una controversia

a raggiungere un accordo sulla base di un negoziato equo e liberamente raggiunto¹⁹⁸. L'articolo successivo indica le disposizioni nel rispetto delle quali le commissioni di mediazione popolare devono svolgere la loro attività. Nello specifico, le commissioni dovranno: 1) mediare sulla base della libera volontà ed uguaglianza delle parti coinvolte; 2) conformarsi alle leggi, ai regolamenti ed agli usi dello Stato; 3) rispettare i diritti delle parti coinvolte, senza impedire che le stesse possano tutelare i loro diritti con il ricorso all'arbitrato, ai rimedi amministrativi o giudiziari. La Legge (art. 5) prevede, inoltre, un controllo verticalizzato dell'apparato giudiziario statale sulle attività di mediazione. Lo Stato interviene mediante le strutture gerarchiche dell'amministrazione della giustizia per dirigere l'attività di mediazione popolare. Più precisamente il Consiglio di Stato è responsabile dell'attività di mediazione popolare per l'intera nazione, mentre il dipartimento di giustizia dei governi popolari è responsabile delle mediazioni nei territori di rispettiva competenza. Alla base dell'attività di controllo vi sono, infine, le corti popolari, le quali provvedono a dirigere le commissioni di mediazione popolare. Meritano di essere menzionati, inoltre, alcuni dei caratteri più interessanti della mediazione popolare cinese¹⁹⁹: a) la mediazione non può essere svolta se anche solo una delle parti rifiuta di scegliere questo strumento per comporre la lite; b) il mediatore popolare, previo consenso delle parti, può invitare alla mediazione parenti, vicini o colleghi delle parti coinvolte; c) l'accordo di mediazione, a norma dell'art. 28, non necessariamente deve essere verbalizzato: il mediatore, infatti, si limita ad annotare in un documento i termini dell'accordo orale nell'ipotesi in cui le parti non ritengano necessario redigere un atto scritto formale; d) i procedimenti avanti i comitati popolari di mediazione sono gratuiti per le parti essendo le autorità locali ad accollarsi i relativi costi.

Quest'analisi della mediazione popolare cinese permette di cogliere delle analogie con il modello di mediazione tradizionale introdotto da Ma Xiwu, ossia un procedimento di mediazione molto legato alle consuetudini locali.

¹⁹⁸ Art. 2, *People's Mediation Law*: «the term "people's mediation" as mentioned in this Law refers to a process that a people's mediation commission persuades the parties concerned to a dispute into reaching a mediation agreement on the basis of equal negotiation and free will and thus solves the dispute between them» (traduzione inglese ufficiale).

¹⁹⁹ Per un approfondimento più ampio sulla mediazione popolare in Cina, vedere CARBONE, *Mediazione e democrazia in Cina*, in *Medialogos*, reperibile sul sito www.medialogos.eu.

Dalla mediazione popolare è necessario distinguere la mediazione giudiziale che, come sopra accennato, è regolata dalle *Provisions on Civil Mediation*²⁰⁰. È intenzione della scrivente analizzare, seppur non entrando troppo nel dettaglio, gli aspetti più significativi del suddetto testo normativo.

Innanzitutto, è importante sottolineare che la Legge di procedura civile cinese sancisce con forza il principio della volontarietà come fondamento imprescindibile di legittimazione della mediazione (questo a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, il quale, come più volte illustrato, prevede espressamente delle ipotesi di mediazione obbligatoria).

In merito al quando la mediazione possa essere attuata, considerando tutti i gradi di giudizio sono diversi i momenti in cui è possibile procedere con la mediazione, anche se nella maggior parte dei casi sembra che il ricorso alla stessa avvenga durante il procedimento, quindi anche dopo la prima udienza di comparizione²⁰¹. Più precisamente, si può procedere mediante conciliazione: dopo che l'attore ha notificato l'atto di citazione, ma prima che la causa sia formalmente instaurata davanti al giudice; una volta che la causa sia presa in carico dal tribunale, ma prima della scadenza del termine a comparire del convenuto; dopo che il convenuto abbia depositato la comparsa di risposta e prima dell'inizio della prima udienza di comparizione delle parti; durante la prima udienza; una volta iniziato il processo, ma prima dell'emissione della sentenza. Una disposizione degna di nota (che, seppure con delle differenze, richiama quanto previsto dalla *People's Mediation Law* per la mediazione popolare) è quella contenuta nell'art. 3 delle *Provisions on Civil Mediation*. La norma riconosce al giudice la facoltà di invitare ad assistere alla mediazione società, individui o pubbliche autorità che abbiano una particolare conoscenza dei fatti di causa; inoltre, se le parti lo consentono, i medesimi soggetti possono assumere, per quella controversia, il ruolo di mediatori. La *ratio* sottesa a questa disposizione è indubbiamente quella di rendere la mediazione più

²⁰⁰ La mediazione giudiziale, nello specifico, è regolata dalle *Provisions of the Supreme People's Court about Several Issues Concerning the Civil Mediation Work of the People's Court*, adottate al 1321° meeting del Judicial Committee della Corte Suprema della R.P.C. il 18 agosto 2004 ed entrate in vigore il 1° novembre 2004.

²⁰¹ L'art. 1 delle *Provisions* stabilisce: «*the people's court may mediate the accepted civil cases of first instance, second instance and retrial, after the term for answer expires but before the judgment is made. The people's court may conduct the mediation prior to the expiration of pleading if it has obtained the consent of the parties concerned*».

facile ed efficace grazie al coinvolgimento di soggetti che conoscono in modo particolare la vicenda. Sorge naturale chiedersi se quando i soggetti menzionati dall'art. 3 acquisiscono il ruolo di mediatori la mediazione giudiziale si trasformi in una mediazione popolare. In realtà, poiché la mediazione si svolge in seno al procedimento ordinario, in cui il controllo finale è comunque rimesso al giudice, è opportuno ritenere che si rimanga nell'ambito della mediazione giudiziale²⁰².

L'art. 4 delle *Provisions on Civil Mediation* disciplina l'ipotesi dell'accordo raggiunto autonomamente dalle parti. Il comma 1, in particolare, precisa che il periodo di tempo necessario alle parti per la conciliazione fuori dalle aule del tribunale interrompe i termini entro i quali il procedimento deve terminare.

L'art. 9 delle *Provisions on Civil Mediation* mette in luce una maggiore flessibilità del procedimento di mediazione rispetto al procedimento ordinario. Difatti, viene riconosciuta al giudice la possibilità di formulare un accordo di mediazione che vada oltre le effettive richieste delle parti (in altri termini, vi è la possibilità di *ultra petita*). Il fine è quello di tentare di risolvere una volta per tutte la lite tra le parti.

Infine, vanno menzionati gli artt. 10 e 11 delle *Provisions on Civil Mediation* relativi all'esecuzione dell'accordo di mediazione e all'eventuale garanzia della stessa. Entrambe (esecuzione e garanzia) hanno forza vincolante in quanto vengono approvate dall'autorità giudiziaria.

È opportuno sottolineare per ragioni di completezza che l'ordinamento cinese prevede, oltre alla mediazione popolare e a quella giudiziale, altre forme di mediazione. Si tratta, in breve: 1) della mediazione professionale/industriale, il cui sviluppo venne incoraggiato a partire dal 2015 per specifici settori professionali o per i membri di particolari associazioni di settore; 2) della mediazione legale, la quale dal 2017 viene gestita da Studi di mediazione istituiti da avvocati, ad esempio, nei tribunali o nei centri di servizi legali pubblici; 3) della mediazione commerciale, condotta da istituti specializzati in mediazioni commerciali, i quali richiedono il pagamento di un prezzo per lo svolgimento della loro attività; 4) della mediazione amministrativa, condotta da organi amministrativi (ad esempio, la polizia spesso svolge un'attività di mediazione nei casi di pubblica sicurezza e di incidenti stradali).

²⁰² In questi termini CARPI, *Brevi riflessioni sulla mediazione in Cina*, *Op.cit.*, p. 10.

6.3.3. Le recenti evoluzioni giuridiche dell'ordinamento cinese: la modifica del C.P.L., l'approvazione del Quattordicesimo Piano quinquennale per lo sviluppo economico e sociale nazionale e le novità in tema *one-stop multi-mechanism for dispute resolution*

Di primaria importanza in tema di recenti sviluppi registrati nell'ordinamento giuridico cinese è la modifica apportata nel 2021 alla Legge di procedura civile della R.P.C. La riforma mira attraverso una serie di interventi a ridurre il carico di lavoro dei tribunali e a semplificare la procedura contenziosa promuovendo e sostenendo, tra l'altro, il ricorso alla mediazione.

Negli ultimi dieci anni i tribunali cinesi sono stati fortemente afflitti dall'esplosione dei contenziosi. Per far fronte a questo problema la Corte Suprema del Popolo, autorizzata dall'Assemblea nazionale del Popolo, ha lanciato nel 2019 un programma pilota di due anni in 305 tribunali locali, il cui scopo era quello di economizzare le risorse giudiziarie necessarie per la risoluzione delle controversie, semplificando la procedura di ciascun caso e promuovendo il ricorso alla mediazione e all'arbitrato per alleggerire il carico giudiziario.

Nel 2021 il programma pilota biennale è terminato e sulla base dei risultati ottenuti l'ordinamento cinese ha deciso di intervenire modificando la C.P.L. Gli interventi legislativi hanno operato essenzialmente su quattro fronti.

Innanzitutto, la Legge di procedura civile come modificata consente ora di svolgere il procedimento civile per la risoluzione della controversia interamente *online*, previo consenso delle parti; al contenzioso *online* viene riconosciuto lo stesso valore legale del contenzioso tradizionale *offline*. Probabilmente nel sistema cinese il contenzioso *online* diventerà il metodo di contenzioso principale, ferma restando la possibilità di ricorrere al contenzioso *offline* in caso di esigenze specifiche.

In secondo luogo, è stata promossa la figura del giudice unico. *Ante* riforma del 2021 solo i casi con procedura abbreviata potevano essere esaminati da un giudice unico, essendo, invece, richiesta per i casi con procedura ordinaria e in tutti i casi di secondo grado la presenza di un collegio composto da tre o sette giudici. Oggi al fine di migliorare l'efficienza dei giudici qualsiasi procedura, anche quella ordinaria e quella

prevista per le cause di secondo grado, può essere condotta da un giudice unico, fatta eccezione per le cause particolarmente complesse per le quali è richiesta ancora la presenza del collegio.

Si è stabilito, inoltre, con lo scopo di ridurre il carico di lavoro dei tribunali di secondo grado, che le controversie di modesta entità (ossia le controversie in cui l'importo contestato è inferiore al 50% dello stipendio medio annuo dei dipendenti locali) non siano appellabili.

Infine, la riforma è intervenuta sostenendo quanto più possibile il ricorso alla mediazione. Prima della novella, le parti, accordatesi in sede di mediazione, per ottenere la conferma giudiziaria conferente esecutività legale all'accordo di conciliazione potevano rivolgersi solo al tribunale del luogo in cui si trovava l'organizzazione di mediazione. Oggi, invece, le stesse possono rivolgersi a tal fine anche: i) al tribunale del luogo presso cui sono domiciliate; ii) al giudice del luogo dove si trova l'oggetto conteso; iii) al giudice che ha invitato l'organizzazione di mediazione a condurre il procedimento conciliativo. Questa modifica permette alle parti di individuare in modo più agevole un tribunale competente essendo aumentato il novero dei tribunali cui possono legittimamente rivolgersi; conseguentemente, saranno maggiormente incentivate a ricorrere alla mediazione abbandonando l'idea di andare a processo²⁰³.

Un'altra recente novità in tema di mediazione è stata introdotta con l'approvazione nel marzo del 2021 del «Quattordicesimo Piano quinquennale per lo sviluppo economico e sociale nazionale e lo schema degli obiettivi per il 2035» (di seguito, il Piano). Il Piano contiene alcune importanti direttrici di riforma economica, sociale e industriale. Tuttavia, ai nostri fini rileva quanto disposto dalla Sezione I del capitolo 55 in materia di consolidamento dei meccanismi di gestione della composizione delle contraddizioni sociali, prima fra tutti la mediazione. Al riguardo, il Piano si pone come obiettivo quello di «perseverare e sviluppare l'esperienza di Fengqiao»²⁰⁴ di nuova epoca, costruire dei

²⁰³ Cfr. Shuai Huang, *Respond to China's Litigation Explosion: 2021 Amendment to Civil Procedure Law*, consultabile in <https://www.chinajusticeobserver.com-to-china-s-litigation-explosion-2021-amendment-to-civil-procedure-law>. Nell'articolo vengono analizzate anche le possibili ricadute (positive) che la modifica alla C.P.L. può avere in materia di risoluzione delle controversie civili transfrontaliere nei tribunali cinesi.

²⁰⁴ Come si legge in CARDILLO, *Recenti sviluppi della mediazione in Cina*, *Op.cit.*, p. 369 e ss., l'esperienza di Fengqiao' ha avuto quale obiettivo quello di gestire le comunità di base, ai livelli amministrativi più prossimi alla vita quotidiana del popolo. La gestione della base sociale risulta essere fondamentale per l'attuazione delle politiche centrali, per la conservazione della stabilità sociale e per la

meccanismi di gestione della composizione delle controversie sociali di prevenzione e controllo a monte, di ispezione ed organizzazione, di risoluzione delle controversie, di gestione delle emergenze. Sbloccare e standardizzare i canali di espressione dei ricorsi, di bilanciamento degli interessi, di garanzia dei diritti e degli interessi legittimi, perfezionare il sistema di lavoro congiunto tra mediazione popolare, mediazione amministrativa e mediazione giudiziale. Rafforzare i meccanismi di risoluzione diversificata delle controversie e dei conflitti, dare ampio spazio al ruolo della mediazione, dell'arbitrato, del giudizio amministrativo, del riesame amministrativo e del contenzioso nella prevenzione e risoluzione dei conflitti sociali. Perfezionare e implementare il sistema delle lettere di petizione, rispondere, in modo tempestivo e sul posto, alle richieste ragionevoli e conformi alla legge del Popolo. Migliorare i meccanismi di coordinamento nella prevenzione del rischio e dei conflitti sociali. Migliorare il sistema dei servizi psicologici e sociali e i meccanismi di intervento in casi di crisi²⁰⁵».

Il tema della mediazione viene, inoltre, affrontato nel capitolo 7, Sezione II del Piano, nel quale la mediazione viene identificata come uno strumento aggiuntivo per la tutela della proprietà intellettuale, e nel capitolo 47, Sezione II relativo al sistema dei servizi pubblici di impiego, il quale menziona la mediazione tra gli strumenti di risoluzione delle controversie di lavoro.

Pochi mesi dopo l'approvazione del Piano, nell'ottobre del 2021, la Corte Suprema del Popolo ha adottato le «Opinioni guida relative all'accelerazione dei passi per motivare

costruzione di una società improntata sul diritto. Negli anni '60 la comunità Fengqiao' è riuscita a trasformare (con la persuasione) i proprietari terrieri, i contadini ricchi, i controrivoluzionari e "i cattivi elementi" in qualificati edificatori del socialismo, riuscendo a mobilitare le masse, a risolvere prontamente i conflitti e a preservare efficacemente la stabilità sociale. Questi obiettivi sono diventati costitutivi ed emblematici del concetto di "esperienza di Fengqiao". Nel 1963 Mao ha trasformato questa esperienza in un modello virtuoso da dover replicare in tutto il Paese. Con la politica di riforma e di apertura del 1978 di Deng Xiaoping, l'esperienza di Fengqiao' si è rinnovata e ha assunto, quale dovere principale, quello di risolvere i conflitti tra il popolo. In questo contesto la mediazione venne sempre più considerata lo strumento principale per la risoluzione delle controversie. Nel 2003 Xi Jinping ribadì come l'esperienza di Fengqiao' debba essere apprezzata, promossa, perfezionata, nonché considerata un paradigma di gestione sociale, un modello da replicare nei vari contesti locali. Il modello di Fengqiao' ha istituzionalizzato il metodo della mediazione quale strumento di autogoverno ed amministrazione delle comunità sociali di base. Inoltre, è stato decisivo per il funzionamento dell'intero ordinamento giuridico e politico cinese, diventando espressione della capacità di integrazione e di bilanciamento.

²⁰⁵ Il testo integrale del «Quattordicesimo Piano quinquennale per lo sviluppo economico e sociale nazionale e lo schema degli obiettivi per il 2035» è reperibile su http://www.gov.cn/xinwen/2021-03/13/content_5592681.htm.

le piattaforme di mediazione dei tribunali ad operare nei villaggi, nelle comunità residenziali e nelle comunità telematiche» (in seguito, le Opinioni).

Le piattaforme di mediazione vennero istituite nel 2018 per creare «una rete di mediazione efficace, conveniente, flessibile e aperta²⁰⁶». Le piattaforme, operative presso i tribunali del popolo, operano come una sorta di grande “centro” in grado di garantire l’efficacia dell’intero procedimento di mediazione secondo modalità *online* e *offline*. La Corte Suprema ha predisposto per la mediazione un apposito sito *internet* (disponibile solo in lingua cinese) che consente di avviare e gestire l’intera procedura conciliativa.

Tra le varie disposizioni contenute nelle Opinioni del 2021 ve ne sono alcune volte proprio a promuovere l’utilizzo delle piattaforme di mediazione, anche attraverso la pubblicizzazione di questi strumenti in Tv, nei giornali e nei principali siti *internet*.

La Corte Suprema persegue l’obiettivo del potenziamento delle piattaforme di mediazione prevenendo, da un lato, l’invio presso le stesse di soggetti e risorse di gestione sociale al fine di poter coordinare in modo efficace i vari approcci alla composizione delle controversie, e dall’altro, l’obbligo per gli organi locali di governo di assicurare un sostegno economico alle piattaforme.

La Corte Suprema ha cura di indicare anche gli organi deputati all’esercizio dell’attività di mediazione, tra questi i centri di governo, i centri di mediazione dei conflitti, gli uffici giudiziari, le stazioni di polizia, le federazioni femminili ecc.

Anche ai tribunali, all’interno delle rispettive giurisdizioni, vengono assegnati dei compiti precisi per promuovere la diffusione dello strumento conciliativo. In *primis*, devono incoraggiare l’utilizzo delle piattaforme di mediazione in villaggi, comunità residenziali e reti di comunità. In secondo luogo, devono procedere alla catalogazione delle controversie e assegnarle alla piattaforma di mediazione. Una volta che il tribunale, adito dalle parti, abbia assegnato il caso alla piattaforma, quest’ultima procede ad una gestione del caso secondo modalità *online* e *offline* combinate tra loro (più precisamente, il mediatore *in loco* è sostenuto da un giudice da remoto) e lo assegna poi al centro di mediazione che ritiene più adatto in base alla natura della controversia.

²⁰⁶ In questi termini CARDILLO, *Recenti sviluppi della mediazione in Cina*, *Op.cit.*, p. 380.

Le Opinioni, infine, disciplinano un sistema di controllo delle prestazioni e un particolare meccanismo premiale, il quale prevede il riconoscimento di un premio tanto maggiore quanto maggiore è il numero di liti mediate.

Negli ultimi due anni ci sono state anche delle significative novità in tema *one-stop multi-mechanism for dispute resolution*, che verranno ora sinteticamente analizzate.

Nel luglio del 2021 la Corte Suprema del Popolo ha introdotto la nuova “*one-stop diversified international commercial dispute resolution platform*”. È possibile accedere alla piattaforma tramite il sito *web* ufficiale della *China International Commercial Court* (CICC) oppure utilizzando con i telefoni cellulari un “mini-programma” su *WeChat*, uno strumento di messaggistica istantanea molto diffuso in Cina.

La piattaforma eroga un “servizio unico”, rapido e a basso costo che consente di integrare il sistema del contenzioso con il sistema di mediazione e di arbitrato *online*. Lo scopo è quello di realizzare un’efficace trasmissione e condivisione delle informazioni tra i diversi sistemi al fine di migliorare l’efficienza di questo meccanismo diversificato di risoluzione delle controversie commerciali internazionali. La piattaforma, disponibile in lingua cinese ed inglese, permette ai contendenti nazionali e stranieri di scegliere a seconda delle loro condizioni come risolvere la controversia: se tramite mediazione, arbitrato o contenzioso. Offre, però, anche altri servizi: permette di svolgere delle ricerche legali e degli accertamenti sulle leggi straniere.

Fu Yu, Direttore della Divisione di Coordinamento dell’Ufficio per la Riforma Giudiziaria, ha affermato che la Corte Suprema del Popolo sta attribuendo sempre maggiore importanza allo sviluppo del meccanismo internazionale di risoluzione delle controversie commerciali. Per questo la Cina vuole sostenere il graduale sviluppo di un’organizzazione di mediazione delle controversie civili e commerciali secondo gli *standard* internazionali nonché promuovere lo sviluppo della legislazione in materia di mediazione nelle controversie commerciali. Poiché la Cina ha aderito alla Convenzione di Singapore sulla mediazione è diventato doveroso standardizzare e concretizzare il meccanismo di mediazione delle controversie commerciali attraverso la legislazione. Fu Yu ha sottolineato che i tribunali cinesi si impegneranno per proteggere allo stesso modo i diritti e gli interessi legali delle parti cinesi e di quelle straniere; inoltre, creeranno un

sistema commerciale internazionale stabile, equo e conveniente; infine, sosterranno a pieno lo sviluppo di organizzazioni di mediazione commerciale internazionale²⁰⁷.

Solo sette mesi più tardi, nel febbraio del 2022, la Corte Suprema del Popolo ha pubblicato il “*Report on the Construction of a One-stop Diversified Dispute Resolution and Litigation Service System (2019-2021)*”. In questo *report* la Corte Suprema ha riassunto l’attività dei tribunali cinesi nel promuovere la risoluzione diversificata delle controversie dal 2019. Effettivamente il lavoro dei tribunali, volto a promuovere i meccanismi di risoluzione diversificata delle controversie con l’obiettivo di alleviare la pressione generata dall’esplosione del contenzioso, ha avuto esito positivo. La Corte ha sottolineato che gli obiettivi fissati negli anni precedenti sono stati raggiunti. Ad esempio, nel 2021 6.106.800 controversie sono state risolte prima del contenzioso attraverso la mediazione (un picco anno su anno del 43.86%). Per di più, i tribunali di tutto il Paese hanno istituito piattaforme di mediazione con un tasso di utilizzo del 100%, gestendo oltre 24 milioni di casi attraverso la mediazione *online*²⁰⁸.

Nel giugno del 2022 la Corte Suprema del Popolo è intervenuta nuovamente ampliando il numero di istituzioni arbitrali da includere nel “*one-stop diversified international commercial dispute resolution mechanism*”²⁰⁹. Sono state inserite la Commissione arbitrale di Guangzhou, di Shanghai e di Xiamen, la Corte arbitrale internazionale di Hainan e il Centro arbitrale internazionale di Hong Kong.

6.4. D) Il tentativo di conciliazione nell’ordinamento britannico

In Inghilterra e in Galles l’origine dei procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie è da ricercarsi, da un lato, nella sempre maggiore attenzione verso la tutela dei diritti dei consumatori e, dall’altro, nella constatata inadeguatezza del processo

²⁰⁷ Informazioni reperibili in *Supreme People’s Court Launches “One-Stop” Diversified International Commercial Dispute Resolution Platform: Fully Online Dispute Handling with Chinese/English Interfaces*, nel sito: *China International Fair for Trade in Services*.

²⁰⁸ Cfr. Xiangyu Ding, *SPC Issues Report (2019-21) on One-stop Diversified Dispute Resolution and Litigation Service System*, consultabile *online* nel sito: <https://it.chinajusticeobserver.com/a/spc-issues-report-2019-21-on-one-stop-diversified-dispute-resolution-and-litigation-service-system>.

²⁰⁹ Il primo gruppo di istituzioni arbitrali comprendeva: *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC), *Shenzhen Court of International Arbitration* (SCIA), *Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission/Shanghai International Arbitration Center* (SHIAC), *Beijing Arbitration Commission/Beijing International Arbitration Center* (BAC), *China Maritime Arbitration Commission* (CMAC).

ordinario (caratterizzato da costi esagerati, tempi troppo lunghi ed eccessivo formalismo) quale strumento per la protezione degli interessi del contraente economicamente e socialmente più debole. Negli anni '70 sono stati elaborati i primi esperimenti pilota di mediazione, principalmente gestiti da volontari per risolvere amichevolmente le liti in materia di vicinato e quelle relative al diritto di famiglia²¹⁰. Un progresso rilevante in materia di ADR, in particolare per quanto riguarda la mediazione, si ebbe negli anni '90 a seguito della riforma della giustizia culminata nell'emanazione del *Civil Procedure Rules*. In quegli anni, nell'*Interim Report* di Lord Woolf²¹¹ venivano sottolineati quanto meno due aspetti positivi dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie: il risparmio di risorse giurisdizionali (già scarse), da un lato, e la possibilità per le parti di usufruire di strumenti alternativi meno costosi e più celeri del processo. Lord Woolf all'epoca non si pronunciò a favore dell'obbligatorietà del ricorso alle ADR, ma riteneva comunque che i giudici avessero un ruolo decisivo nel dare informazioni alle parti circa l'opportunità di ricorrere alle ADR e nell'incoraggiarle in tal senso nei casi opportuni.

I principi enunciati da Woolf trovarono pienamente attuazione nelle *Civil Procedure Rules*. Così, la *Rule 1.4* prevede l'obbligo del tribunale di gestire attivamente i casi, includendo tale gestione anche il dovere della Corte di incoraggiare le parti all'uso di una procedura alternativa di risoluzione delle controversie e di facilitarne l'accesso (*1.4. (2)(e)*).

6.4.1. Il ricorso a procedure alternative di risoluzione delle controversie in base a quanto stabilito dalle *Civil Procedure Rules* e dai *Pre-Action Protocols*

L'intervento più rilevante in materia di ADR si è avuto alla fine degli anni '90 con la riforma processuale culminata con l'emanazione nel 1998 delle *Civil Procedure Rules*. Il C.P.R. è stato progettato per migliorare l'accesso alla giustizia rendendo i procedimenti

²¹⁰ Cfr. BESSO, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie*, *Op.cit.*, p. 13.

²¹¹ L'*Interim* e il *Final Report* di Lord Woolf hanno costituito la base della riforma inglese degli anni '90, la quale ha profondamente mutato il processo civile del Paese. L'*Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* del 1995 può essere letto in www.dca.gov.uk/civil/reportfr.htm. Sull'argomento anche ZUCKERMAN, *Civil Procedure. Principles of Practice*, Londra, 2006, p. 1 e ss.

legali più economici, più rapidi e di più facile comprensione. Il suo «*overriding objective*» è quello di consentire al tribunale di trattare i casi in modo giusto e a costi proporzionati, come si legge nella *Rule 1.1*. Questo obiettivo viene perseguito anche attraverso l'incoraggiamento delle parti a ricorrere a procedure alternative di risoluzione delle controversie, come previsto dall'appena citata *Rule 1.4*.

Prima di vedere alcune delle *Rules* del C.P.R. che mirano ad incentivare il ricorso alle ADR, è opportuno segnalare che anche i *Pre-action Protocols*²¹² contengono delle previsioni relative agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. I c.d. «Protocolli pre-azione» spiegano il comportamento e stabiliscono i passi che il tribunale si auspica che le parti intraprendano prima di avviare un procedimento.

Il Paragrafo 3 dei Protocolli stabilisce che, prima di avviare il procedimento, il tribunale si aspetta che le parti si siano scambiate tutte le informazioni sufficienti per comprendere la posizione di controparte, per prendere decisioni sulle modalità con cui procedere, per cercare di risolvere le questioni senza procedimento, e soprattutto, che sulle base di queste informazioni abbiano preso in considerazione «*a form of Alternative Dispute Resolution (ADR) to assist with settlement*».

I Paragrafi 8, 9, 10 e 11 dei *Pre-action Protocols* si occupano specificatamente del tema delle ADR. Le norme precisano che «*litigation should be a last resort*» («il contenzioso dovrebbe essere l'ultima risorsa»). Per questo le parti dovrebbero valutare se la negoziazione, o qualche altra forma di ADR, possa consentire loro di risolvere la controversia senza avviare un procedimento. In ogni caso, la possibilità di raggiungere un accordo deve essere considerata anche dopo l'instaurazione del giudizio. Le parti per comporre la lite possono decidere di utilizzare vari strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, tra i quali certamente la mediazione²¹³. Se il procedimento viene avviato, il giudice può chiedere alle parti di fornire la prova che quanto meno una forma di ADR sia stata presa in considerazione. Con la precisazione ulteriore che se il silenzio o il rifiuto di una delle parti a fronte dell'invito di controparte a partecipare all'ADR

²¹² I *Pre-Action Protocols* sono approvati dal *Master of the Rolls* e vengono allegati al Regolamento di procedura civile.

²¹³ Il Paragrafo 10 dei *Pre-action Protocols* ha cura di precisare che le informazioni sulla mediazione e sulle altre forme di ADR sono disponibili nel *Jackson ADR Handbook* (disponibile presso la *Oxford University Press*) o su <https://www.gov.uk/guidance/a-guide-to-civil-mediation>.

viene valutato dal giudice irragionevole quest'ultimo potrebbe condannare la parte rimasta silente o rifiutatasi al pagamento di spese processuali aggiuntive.

Sparsa nel C.P.R., poi, ci sono diverse norme che introducono particolari discipline con il chiaro obiettivo di promuovere in vario modo e a più livelli l'utilizzo di procedure intese a realizzare la definizione non giurisdizionale delle controversie.

Con tale scopo sembrano essere state scritte le *Rules 3.1(2)(f)* e *26.4*. Tali norme riconoscono al tribunale la possibilità di sospendere l'intero procedimento o una parte di questo, d'ufficio o su istanza di parte, al fine di consentire alle parti di risolvere il caso mediante una procedura alternativa di risoluzione delle controversie.

Va precisato che le parti non hanno espressamente l'obbligo di attivare o partecipare attivamente ad una procedura alternativa; tuttavia, ove si rifiutino, possono comunque incorrere in alcune conseguenze sfavorevoli che la disciplina procedurale rimette alla valutazione discrezionale del giudice. A quest'ultimo, infatti, è consentito individuare delle eccezioni alla regola generale che pone le spese del giudizio a carico della parte soccombente (*Rule 44.2 (2)(a)*) e a tal fine egli terrà conto anche della condotta non collaborativa di una o entrambe le parti nell'ambito di una procedura alternativa (*Rule 44.3*). Inoltre, in sede di valutazione delle spese tra i fattori che il tribunale tiene in considerazione per la determinazione dell'importo dei costi vi è proprio il comportamento tenuto dalle parti. Più precisamente, il giudice terrà conto della condotta di tutte le parti: in particolare, la condotta tenuta prima e durante il procedimento e gli sforzi eventualmente compiuti prima e durante il procedimento per cercare di risolvere la lite (*Rule 44.4 (3)(a)*).

Altre possibili conseguenze non riguardano propriamente la mediazione, ma un'altra modalità transattiva presente nell'ordinamento britannico. Si tratta di una procedura alternativa in base alla quale prima dell'inizio del procedimento giurisdizionale (*trial*) ciascuna parte può proporre a controparte una proposta di transazione della controversia. La parte destinataria della proposta sarà libera di accettarla o rifiutarla. In caso di rifiuto, al fine di preservare l'imparzialità del giudice che a questo punto dovrà decidere la controversia, la proposta di accordo non può essere prodotta in giudizio. Il giudice, però, potrà venire a conoscenza di tale proposta dopo aver deciso la causa nel merito al fine di determinare il carico delle spese. Più precisamente, per scongiurare rifiuti ingiustificati di proposte transattive, la legge prevede delle sanzioni per la parte che

abbia rifiutato l'offerta rivelatasi *ex post* più conveniente della sentenza. Se a rifiutare l'offerta sia stato l'attore, questi è condannato a pagare tutte le spese sostenute dal convenuto dopo il decorso del termine ultimo per l'accettazione dell'offerta (*Rule 36.20*). Se, invece, il rifiuto è imputabile al convenuto, questi può essere condannato a pagare sia gli interessi sulla somma dovuta con una maggioranza fino al 10% in più rispetto al tasso ufficiale, sia le spese del processo, il cui ammontare può essere calcolato su base indennitaria e maggiorato fino ad un massimo del 10% a titolo di interessi. Il rigore di tali previsioni è comunque temperato dalla possibilità riconosciuta al giudice di derogare alle stesse qualora la sanzione appaia ingiusta (*Rule 36.21*).

La previsione di queste sanzioni rappresenta un forte incentivo per le parti a valutare concretamente la possibilità di risolvere la lite mediante una procedura alternativa di risoluzione delle controversie (in luogo del processo). In alcuni casi, infatti, la vittoria in giudizio della parte che in precedenza abbia indebitamente rifiutato la proposta di transazione può risultare di fatto vanificata dal meccanismo sanzionatorio previsto dall'ordinamento.

6.4.2. Una questione dibattuta: la possibilità nel sistema di giustizia inglese di imporre alle parti la partecipazione alla mediazione

Il tema dell'obbligatorietà delle ADR è stato oggetto di un interessante dibattito anche nell'ordinamento britannico. Le questioni da considerare sono essenzialmente due: se le parti di una controversia possano essere obbligate a partecipare ad un procedimento ADR (questione di "legalità") e, eventualmente, secondo quali modalità e nel rispetto di quali principi (questione di "desiderabilità")²¹⁴.

La questione dell'obbligatorietà dei sistemi ADR è stata dominata per molti anni dalla regola sancita dalla Corte d'Appello inglese nel caso *Halsey contro Milton Keynes General NHS Trust* del 2004. Il giudice Dyson aveva esaminato il ruolo della mediazione nel sistema di giustizia civile e si era pronunciato sfavorevolmente rispetto ad entrambe le questioni. La Corte riteneva che obbligare le parti non disposte a definire la lite

²¹⁴ Cfr. *Compulsory ADR*, in *Civil Justice Council*, 2021, consultabile in [Civil-Justice-Council-Compulsory-ADR-report-1.pdf](#) (judiciary.uk).

attraverso il ricorso alla mediazione significasse comprimere il diritto di accesso alla giustizia sancito dall'art. 6 CEDU²¹⁵.

Piu precisamente, in relazione alla questione di "legalità" *Lord Dyson* affermò che una cosa è incoraggiare le parti ad accettare la mediazione, anche nei termini più forti; altra cosa è ordinare loro di farlo. A detta di *Lord Dyson*, obbligare le parti veramente riluttanti («*truly unwilling*») a deferire le loro controversie alla mediazione significa imporre un ostacolo inaccettabile al loro diritto di accesso al tribunale.

Quanto alla questione di "desiderabilità", *Lord Dyson* disse: «... *even if (contrary to our view) the court does have jurisdiction to order unwilling parties to refer their disputes to mediation, we find it difficult to conceive of circumstances in which it would be appropriate to exercise it. ...If the court were to compel parties to enter into a mediation to which they objected, that would achieve nothing except to add to the costs to be borne by the parties, possibly postpone the time when the court determines the dispute and damage the perceived effectiveness of the ADR process. ...if the parties (or at least one of them) remain intransigently opposed to ADR, then it would be wrong for the court to compel them to embrace it. ...the court's role is to encourage, not to compel*²¹⁶».

La netta presa di posizione sul tema da parte del giudice *Dyson* ha generato non pochi dubbi; successivamente, infatti, furono diversi i giudici sostenitori di soluzioni e tesi assolutamente opposte a quella data nel caso *Halsey* contro *Milton Keynes*.

Nella causa *Ghaith* contro *Indesit* del 2012²¹⁷ *Lord Justice Longmore* si discostò nettamente dall'idea che una mediazione obbligatoria non potesse essere prevista; tant'è

²¹⁵ La conclusione a cui giunge la High Court nel caso *Halsey* contro *Milton Keynes General NHS Trust* (consultabile in https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JPF_MA_29940.pdf) si basava fortemente su una più datata decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo (consultabile in <https://app.justis.com>). Si trattava della causa *Deweere* contro Belgio del 1980. Il sig. *Deweere* era un macellaio belga che aveva subito un procedimento penale per violazione dei regolamenti commerciali. Gli era stato detto che se avesse pagato una multa avrebbe potuto evitare l'accusa e anche l'immediata chiusura del suo negozio. Il sig. *Deweere* pagò l'ammenda, ma intentò anche un'azione contro le autorità belghe sostenendo che i suoi diritti ai sensi dell'art. 6 erano stati violati per mancanza di un equo processo. La Corte di Strasburgo acconsentì rilevando che, sebbene una parte potesse (in linea di principio) rinunciare al suo diritto a un processo penale o civile stipulando una transazione concordata, la rinuncia del sig. *Deweere* era stata ottenuta mediante costrizione e non era volontaria. Tuttavia, la decisione della Corte di Strasburgo si focalizzò solo sulle circostanze specifiche della causa *Deweere* e non affrontò la questione più ampia sul se le parti possano mai essere obbligate a sottomettersi all'ADR.

²¹⁶ Sentenza *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* consultabile in https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JPF_MA_29940.pdf.

²¹⁷ Il caso *Ghaith* contro *Indesit* del 2012 è consultabile in <https://www.casemine.com>.

che stabilì che qualsiasi richiesta di importo inferiore a £ 100.000 sarebbe stata oggetto proprio di mediazione obbligatoria.

Nel caso *Lomax contro Lomax* del 2019²¹⁸ il giudice Moylan osservò come l'approccio della Corte nei confronti della mediazione fosse ormai mutato in modo significativo rispetto a quando venne deciso il caso *Halsey contro Milton Keynes*. Moylan rivalutò positivamente la possibilità di costringere le parti a impegnarsi in una qualche forma di ADR, sottolineando come l'esperienza pratica avesse dimostrato che i benefici del ricorrere a tali strumenti ci fossero anche quando le parti obbligate fossero state ostili a risolvere la controversia mediante un accordo.

Solo un anno dopo, nel caso *McParland contro Whitehead* del 2020²¹⁹, il cancelliere Sir Geoffret Vos, riprendendo la decisione del giudice Moylan, ritenne legittimo il potere del tribunale di emettere un'ordinanza di mediazione obbligatoria. Sul punto si era già espresso nel 2007 il giudice Lightman, il quale aveva precisato che l'ordinanza di mediazione non interferisce con il diritto al processo, limitandosi tutt'al più a imporre un breve ritardo per offrire alle parti un'opportunità di conciliazione. Lightman, inoltre, aveva fortemente criticato la posizione di Lord Dyson ritenendo i suoi commenti sbagliati ed irragionevoli. La Corte d'Appello nel 2004 - a detta di Lightman - non era evidentemente a conoscenza del fatto che la pratica di ordinare alle parti di procedere con la mediazione indipendentemente dalla loro volontà fosse ormai diffusa nel Commonwealth, negli Stati Uniti e nel mondo in generale.

Queste sentenze suggeriscono, senza troppe argomentazioni, come l'approccio del giudice Dyson nel caso *Halsey contro Milton Keynes* fosse stato valutato dai giudici successivi eccessivamente antiquato. Ad onor del vero, lo stesso Dyson in un discorso tenuto nel 2010²²⁰ aveva riconosciuto che i suoi commenti sull'art. 6 CEDU fossero in parte sbagliati, soprattutto alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Alassini*²²¹. Ciononostante, egli ebbe cura di precisare che in taluni casi

²¹⁸ Il caso *Lomax contro Lomax* del 2019 è consultabile in <https://www.bailii.org>.

²¹⁹ Il caso *McParland contro Whitehead* del 2020 è consultabile in <https://gatehouselaw.co.uk>.

²²⁰ Si tratta del discorso pronunciato da Lord Dyson al Terzo Simposio sulla mediazione nell'ottobre del 2010 e pubblicato sulla rivista *Arbitration*.

²²¹ Nel caso *Alassini contro Telecom Italia* del 2010 la Corte di Giustizia dell'Unione europea aveva dichiarato legittima la normativa italiana in materia di telecomunicazioni nella misura in cui obbligava i clienti che citavano in giudizio le compagnie telefoniche a tentare la mediazione. La normativa - a detta della Corte - non violava l'art. 6 CEDU. Secondo la Corte è certamente vero che subordinare l'ammissibilità di un procedimento giudiziario alla previa attuazione di una procedura di composizione

la mediazione obbligatoria potrebbe ancora risultare violativa dell'art. 6 CEDU; per questo continuò a ritenere non corretto prevederne il carattere obbligatorio²²².

Alla luce delle recenti pronunce è possibile dare una risposta alla questione di “legalità”: sembra ormai consolidata nell'ordinamento inglese l'opinione secondo cui la partecipazione alla mediazione possa essere resa obbligatoria. In altri termini, le parti possono essere legittimamente obbligate a partecipare a questa particolare forma di ADR. Tuttavia, ai fini della compatibilità con l'art. 6 CEDU è necessario che la natura obbligatoria dell'istituto non renda la procedura di mediazione eccessivamente onerosa e non precluda l'accesso effettivo delle parti al tribunale.

Indubbiamente le ferme opinioni espresse nel caso *Halsey* sull'art. 6 CEDU hanno segnato l'inizio di un dibattito su un tema fondamentale per la legislazione inglese. Per questo sarebbe utile che la questione venisse nuovamente affrontata da una Corte d'Appello o dal legislatore.

Se, come suggerito sopra, le parti possono essere legittimamente obbligate a partecipare alle ADR (in particolare, alla mediazione), è importante stabilire in quali circostanze, in quali casi e in quale fase possa essere imposto tale obbligo. La valutazione di questi elementi viene definita “*the desirability question*”²²³, intesa come la questione della convenienza, del vantaggio, dell'opportunità. Si tratta, in altri termini, di capire a quali condizioni la parte possa essere obbligata a partecipare ad una procedura ADR affinché tale coazione possa essere «*desirable and effective*»²²⁴.

Come visto nel paragrafo precedente, il sistema di giustizia civile in Inghilterra e in Galles già disciplina il ricorso alle ADR. Le regole contenute nei *Pre-action Protocols* e nelle *Civil Procedure Rules* mirano essenzialmente ad incentivare le parti a ricorrere a

extragiudiziale pregiudica l'esercizio dei diritti conferiti ai singoli dalla direttiva. Tuttavia, vari elementi dimostrano che una procedura di conciliazione obbligatoria, come quella di cui trattasi, non è tale da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che i singoli traggono dalla detta direttiva.

²²² Lord Neuberger ha espresso un'opinione simile a quella di Lord Dyson in una Conferenza sulla mediazione civile nel 2015. Pur non facendo espressamente riferimento all'art. 6 CEDU, Lord Neuberger aveva sottolineato come la mediazione obbligatoria potesse interferire con il diritto costituzionale fondamentale di accesso ai tribunali, se utilizzata come sostituto del contenzioso. Secondo Neuberger il diritto di accesso ai tribunali è fondamentale e, come tutti i diritti, deve essere realmente disponibile per tutti. La mediazione, dunque, non deve essere invocata e promossa come se fosse sempre la soluzione migliore rispetto contenzioso.

²²³ Così *Compulsory ADR*, in *Civil Justice Council*, 2021, p. 2 e ss., consultabile in *Civil-Justice-Council-Compulsory-ADR-report-1.pdf* (judiciary.uk)

²²⁴ *Ibidem*.

tali strumenti di risoluzione alternativa delle controversie in luogo del processo al fine di risolvere la lite stragiudizialmente.

Se l'idea è quella di creare un modello obbligatorio di ricorso alle ADR (o comunque un sistema che legittimi il tribunale ad emettere un'ordinanza in tale senso) necessariamente in sede di progettazione dell'assetto normativo devono essere considerate una serie di fattori.

In primo luogo, a mio avviso²²⁵, sarà necessario capire in quali casi sia più idoneo applicare il regime obbligatorio. Ad esempio, l'ADR sembra godere già di un'ampia diffusione e successo in alcuni mercati *online*²²⁶; ecco allora che prevedere come obbligatorio il ricorso agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie in caso di liti sorte *online* non stravolgerebbe completamente il sistema e potrebbe portare ad ulteriori benefici in termini di tempo e costi.

Si dovranno poi stabilire dei termini chiari circa la partecipazione obbligatoria delle parti. Prioritaria in questo senso è la necessità di capire, in *primis*, in quale fase del procedimento le parti possano essere obbligate a seguire la strada delle ADR e, in *secundis*, se sia opportuno prevedere delle sanzioni per la mancata partecipazione delle stesse al procedimento obbligatorio.

Il sistema dovrà poi tenere in considerazione l'onere in termini di tempo e di costi che un regime di questo tipo potrebbe implicare per le parti. Infine, sarà necessario creare un sistema che consenta alle stesse di "fidarsi" del soggetto responsabile della procedura ADR obbligatoria.

A parere di chi scrive, l'introduzione di un regime obbligatorio in materia di ADR che, da un lato, trovi delle soluzioni idonee e ponderate alle questioni sopra menzionate e, dall'altro lato, lasci le parti libere di rivolgersi al tribunale qualora non intendano comporre la controversia stragiudizialmente, condurrebbe ad uno sviluppo normativo potenzialmente molto positivo.

²²⁵ Si tratta di una valutazione personale dello scrivente elaborata a seguito della lettura dell'articolo *Compulsory ADR*, in *Civil Justice Council, Op.cit.*

²²⁶ La piattaforma d'asta *eBay*, ad esempio, gestisce un "centro risolutivo" *online* che mette a disposizione di acquirenti e venditori una forma di arbitrato privato per risolvere le controversie derivanti da varie questioni. A rigor di termini, il modello previsto da *eBay* non è un sistema ADR obbligatorio: non è un prerequisite e non sostituisce il diritto di una parte di avviare un procedimento ordinario nei confronti della controparte. Tuttavia, sarà spesso l'unica opzione realistica per risolvere le controversie di poco conto che insorgono tipicamente sulla piattaforma *eBay*, dati i costi (e le potenziali questioni giurisdizionali) dell'avvio dei procedimenti giudiziari.

6.5. La regolamentazione transnazionale della mediazione: I) La *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation* e le recentissime *UNCITRAL Mediation Rules*

Sul piano internazionale il valore e l'importanza della mediazione quale efficiente metodo alternativo di risoluzione delle controversie vennero compresi già negli anni '80 dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL). La Commissione il 23 luglio 1980 adottò le *UNCITRAL Conciliation Rules*, recentemente modificate dalle *UNCITRAL Mediation Rules* del 2021 (su cui ci soffermeremo a breve). Le *Conciliation Rules* del 1980 sono un complesso di regole procedurali in base alle quali le parti in lite possono concordare la conduzione di un procedimento di conciliazione. Il Regolamento copre tutti gli aspetti del processo di conciliazione: indica quando la conciliazione si ritiene iniziata e terminata, disciplina gli aspetti procedurali relativi alla nomina e all'attività dei conciliatori e detta disposizioni precise per lo svolgimento generale dei procedimenti. Le Regole affrontano anche questioni come la riservatezza, l'ammissibilità delle prove in altri procedimenti e i limiti al diritto delle parti di intraprendere procedimenti giudiziari o arbitrali mentre è in corso la conciliazione²²⁷.

Il Regolamento di Mediazione Internazionale del 2021²²⁸, attualmente in vigore, ha perfezionato il sistema di mediazione, tenendo conto dell'ampia varietà di prassi, culture e approcci in materia di risoluzione stragiudiziale delle controversie transnazionali. Alle parti, situate ovunque nel mondo, viene riconosciuta la possibilità di cercare di risolvere la lite insorta attraverso un procedimento amministrato di mediazione, con la partecipazione di un mediatore imparziale e indipendente che le aiuta a trovare un accordo (senza poter emettere alcuna decisione o lodo vincolante). Il nuovo Regolamento pone particolare attenzione alle modalità con cui il Centro Internazionale

²²⁷ Il testo integrale delle *UNCITRAL Conciliation Rules* è consultabile sul sito uncitral.un.org.

²²⁸ Il testo integrale delle *UNCITRAL Mediation Rules* del 2021 è consultabile sul sito uncitral.un.org, in cui è possibile prendere visione anche delle *UNCITRAL Notes on Mediation* (2021), un testo esplicativo sull'organizzazione dei procedimenti di mediazione.

per la Risoluzione delle Controversie (*International Centre for Dispute Resolution* - “ICDR”) assisterà le parti nell’individuazione e nella nomina del mediatore che meglio soddisfi le rispettive esigenze²²⁹.

Le nuove *Mediation Rules*, inoltre, rispetto alla normativa originaria, danno maggior importanza ai doveri e alle responsabilità dei mediatori nonché alla loro imparzialità rispetto alla lite²³⁰. Il Regolamento precisa che il mediatore dovrà condurre la procedura nel rispetto dell’autonomia delle parti: quest’ultime, dunque, dovranno addivenire ad una decisione volontaria e non forzata, frutto di scelte libere e consapevoli. Proprio nel rispetto del suddetto principio, il mediatore non può imporre l’accordo conciliativo alle parti, ma potrà solo aiutarle a trovare una soluzione soddisfacente per entrambe. Le nuove Regole disciplinano, inoltre, il procedimento di mediazione con il fine di renderlo particolarmente celere ed efficiente²³¹.

Sempre nel contesto internazionale del progressivo riconoscimento e utilizzo della mediazione come metodo per la risoluzione delle controversie commerciali, un altro significativo intervento legislativo ci fu nel 2002: dopo anni di gestazione in seno alla Commissione UNCITRAL, l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite²³² ha approvato la *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* (da ora, per brevità, Legge Modello), la quale è andata ad affiancare le più datate *UNCITRAL Conciliation Rules* del 1980.

²²⁹ Più precisamente, nell’ipotesi in cui le parti non concordino nella nomina del mediatore, l’ICDR procederà ad inviare a ciascuna un elenco dei mediatori iscritti all’Albo dei Mediatori dell’ICDR; in assenza di designazione congiunta di un mediatore, le parti vengono invitate a cancellare dall’elenco i nomi dei mediatori non graditi e ad indicare, tra i nominativi rimasti, quelli preferiti; infine, sulla base delle preferenze espresse, l’ICDR nominerà il mediatore che risulta essere gradito da entrambe le parti.

²³⁰ I mediatori, nello specifico, devono sottostare ai *Model Standards of Conduct for Mediators* in base ai quali è obbligo del mediatore rinunciare alla mediazione qualora non possa condurla in modo imparziale e comunicare, non appena possibile, tutti i conflitti di interesse (attuali o potenziali) che è ragionevole ritenere gli siano noti e che possano ragionevolmente incidere sulla sua imparzialità (art. 3, *UNCITRAL Mediation Rules* del 2021).

²³¹ Per questo, ad esempio, è consentita al mediatore e alle parti la possibilità di condurre l’intera mediazione (o parte della stessa) tramite videoconferenza o mediante altri mezzi elettronici (art. 4, *UNCITRAL Mediation Rules* del 2021); viene, poi, incoraggiato lo scambio tra le parti di tutti i documenti relativi al *petitum* (art. 5, *UNCITRAL Mediation Rules* del 2021); ed ancora, sin dall’inizio del procedimento vengono analizzate dal mediatore e dalla parti tutte le questioni inerenti la sicurezza informatica e la *privacy*, al fine di garantire un livello adeguato di sicurezza e regolarità nell’ambito del procedimento.

²³² Nazioni Unite, Assemblea Generale, Risoluzione A/RES/57/18, adottata il 19 novembre 2002.

È opportuno segnalare fin da subito che sulla *Model Law* del 2002 è intervenuta, modificandola, la *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation* del 2018.

La Legge Modello si applica²³³ in tutti quei casi in cui un terzo neutrale (singolo individuo o collegio) riceva l'incarico di promuovere la composizione amichevole di una lite in materia commerciale sorta tra parti di Paesi diversi, potendo egli, a tal fine, formulare proposte per una soluzione transattiva della lite sottopostagli (art. 6, comma 4, della Legge Modello). Tuttavia, è importante precisare che la Legge non trova applicazione in caso di tentativo di conciliazione esperito da un giudice o da un arbitro nel corso dei procedimenti contenziosi loro deferiti (art. 1, comma 9, lett. *a*) della Legge Modello).

La Legge Modello richiede al mediatore di seguire delle precise regole di condotta. Sebbene il mediatore possa condurre gli incontri secondo le modalità che ritiene più idonee, in ogni caso egli deve trattare in modo corretto ed imparziale i litiganti (art. 6, comma 3) dovendo tenere in considerazione anche le specifiche circostanze del caso. Il conciliatore, inoltre, è autorizzato ad incontrare le parti separatamente (art. 7) non potendo poi comunicare a controparte solo quanto il litigante da lui incontrato durante la sessione separata gli abbia espressamente richiesto di mantenere riservato. Si tratta di una raffinata tecnica di mediazione che può essere determinante per il successo dell'attività conciliativa. La necessità di tutelare la riservatezza delle parti è la ragione per cui al mediatore è imposto di non divulgare a terzi quanto abbia appreso durante lo svolgimento degli incontri, salvo che i litiganti non pattuiscano diversamente (art. 9). Quanto emerso nel corso della procedura di mediazione, inoltre, non può essere utilizzato come prova in un ipotetico procedimento contenzioso (art. 10). Il dovere di riservatezza e il divieto di utilizzare come prova le risultanze degli incontri di mediazione vengono meno in due casi previsti agli artt. 9 e 10 della Legge Modello: quando la divulgazione è imposta dalla legge e quando la stessa serva per ottenere l'esecuzione forzata dell'accordo transattivo concluso dalle parti. Infine, il terzo

²³³ La Legge Modello si applica ad una conciliazione commerciale quando le parti convengono che la conciliazione è internazionale o concordano sull'applicabilità della presente legge (art. 1, comma 6, della Legge Modello «*this Law also applies to a commercial conciliation when the parties agree that the conciliation is international or agree to the applicability of this Law*»).

conciliatore ha il divieto di ricoprire il ruolo di arbitro o giudice in qualsiasi giudizio instaurato tra le parti in merito a fatti portati a sua conoscenza, salvo che le stesse non lo consentano (art. 12).

Prima di passare all'analisi della modifica apportata nel 2018 alla Legge Modello del 2002, sembra opportuno riflettere su come la Legge tratta un peculiare aspetto dei rapporti tra procedura di mediazione e strumenti contenziosi, e precisamente l'impegno assunto dalle parti di non ricorrere ai secondi (strumenti contenziosi) se non dopo aver esperito la prima (procedura di mediazione). La Legge Modello riconosce la validità di simili accorti²³⁴, prevedendo in capo agli arbitri e ai giudici l'obbligo di assicurarne l'effettività²³⁵. Fermo restando ciò, deve essere comunque assicurata alle parti la libertà di richiedere le misure necessarie per tutelare i propri diritti oggetto di controversia. «Tale riserva appare significativa, giacché le clausole solitamente redatte nella prassi prevedono un generale impegno delle parti a ricorrere alla conciliazione/mediazione prima di iniziare qualsiasi procedimento giudiziale o arbitrale, senza tuttavia specificare che ciò non pregiudica la loro possibilità di avvalersi della tutela in via cautelare. Interpretando una clausola così scritta, si potrebbe forse giungere alla pericolosa conclusione che le parti - allo scopo di non inasprire gli animi e predisporre il terreno più favorevole al successo delle trattative sulla transazione - abbiano voluto estendere l'impegno in questione anche alla richiesta delle misure d'urgenza, la cui capacità di risultare efficaci verrebbe pertanto gravemente pregiudicata dal decorso del tempo occupato dalla procedura di conciliazione/mediazione²³⁶».

Come sopra accennato, la nota "Legge modello sulla conciliazione commerciale internazionale" del 2002 è stata modificata e rinominata nel 2018 dalla *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, la quale si applica alla mediazione commerciale internazionale e agli accordi transattivi internazionali (art. 1, della *Model Law* del 2018).

²³⁴ Art.13 del Modello di Legge UNCITRAL.

²³⁵ Potrebbe accadere, infatti che i litiganti si rivolgano all'arbitro o al giudice senza aver previamente esperito la procedura di conciliazione pattuita ovvero senza averne atteso la conclusione. Il Modello di Legge UNCITRAL stabilisce quando possa considerarsi iniziata (art.4) e conclusa (art.11) una procedura di conciliazione.

²³⁶ In questi termini, APPIANO, *Brevi note al modello di legge uniforme UNCITRAL sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali*, p. 10, consultabile in www.appiano.info.

La nuova Legge Modello è stata progettata per assistere i vari Paesi nella riforma e nell'ammodernamento delle leggi in materia di mediazione nonché per incoraggiare il ricorso a questo strumento alternativo di risoluzione delle controversie. Essa contiene regole uniformi relative al procedimento di conciliazione, volte a garantirne una maggiore prevedibilità e certezza. Nei testi e nei documenti adottati in precedenza, l'UNCITRAL utilizzava la parola "conciliazione" con l'intesa che "conciliazione" e "mediazione" fossero termini intercambiabili. Nell'emendare la nuova Legge Modello, la Commissione delle Nazioni Unite ha deciso di utilizzare specificatamente il termine "mediazione". Questo cambiamento di terminologia, che non ha implicazioni sostanziali o concettuali, è stato apportato con la speranza che tale modifica possa facilitare la promozione dell'istituto della mediazione.

Con la Legge Modello del 2018 è stata introdotta una nuova sezione specificamente dedicata agli accordi transattivi internazionali e alla loro applicazione: vengono dettate regole uniformi sull'esecuzione degli accordi transattivi e viene riconosciuto alle parti il diritto di invocare un accordo transattivo durante lo svolgimento di una procedura.

In generale la nuova Legge Modello affronta tutti gli aspetti procedurali della mediazione, tra i quali la nomina dei mediatori, l'inizio e la fine della mediazione, lo svolgimento della stessa, la comunicazione tra il mediatore e le parti, il tema della riservatezza e dell'ammissibilità delle prove in altri procedimenti nonché questioni successive alla mediazione.

I testi analizzati sono un mezzo essenziale per l'armonizzazione delle leggi, delle regole procedurali e dei meccanismi in materia di mediazione internazionale. A partire dagli anni '80 l'UNCITRAL ha iniziato a sviluppare il quadro normativo della mediazione internazionale che attualmente include: le "*UNCITRAL Conciliation Rules*" del 1980 aggiornate dalle "*UNCITRAL Mediation Rules*" del 2021 (accompagnate dalle "Note UNCITRAL sulla mediazione" dello stesso anno); la "*UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*" del 2002 (con la rispettiva "Guida UNCITRAL all'attuazione e all'uso della Legge Modello" del 2002) modificata nel 2018 dalla "*UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation*" (con la rispettiva "Guida all'attuazione e all'uso della legge modello UNCITRAL sulla mediazione commerciale internazionale e gli accordi di transazione internazionale risultanti dalla mediazione

(2021)” sostitutiva della Guida del 2002); infine, la “Convenzione delle Nazioni Unite sugli accordi di transazione internazionale risultanti dalla mediazione” del 2018 comunemente nota come “Convenzione di Singapore”.

Si tratta, evidentemente, di un quadro particolarmente ricco e articolato che funge da guida per gli Stati nel processo di modernizzazione e diffusione dello strumento della mediazione.

6.6. II) La Convenzione di Singapore

L’entrata in vigore il 12 settembre 2020²³⁷ della “Convenzione delle Nazioni Unite sull’esecutività degli accordi raggiunti in mediazione” (c.d. “Convenzione di Singapore”) ha completato il mosaico degli strumenti di risoluzione delle controversie internazionali. L’esigenza di definire in modo rapido ed efficiente le liti ha determinato la progressiva diffusione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie in molti Paesi del mondo; tuttavia, in ambito internazionale, lo strumento di gran lunga più utilizzato è sempre stato l’arbitrato, il cui successo è stato decretato dalla possibilità di dare direttamente esecuzione (in ben 157 giurisdizioni) ad un lodo arbitrale straniero in base a quanto previsto dalla Convenzione di New York del 1958²³⁸.

²³⁷La Convenzione di Singapore è stata adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 dicembre del 2018. Il 7 agosto 2019 vennero aperte le firme della Convenzione: i Paesi firmatari in origine furono 46. Il 25 febbraio 2020 Singapore e Fiji ratificarono (per primi) la Convenzione di Singapore, seguiti dal Qatar il 12 marzo 2020. La Convenzione è successivamente entrata in vigore il 12 settembre 2020, cioè, sei mesi dopo il deposito al Segretario generale delle Nazioni Unite del terzo strumento di ratifica (quello del Qatar), ai sensi degli artt. 10, 11 e 14 della Convenzione di Singapore.

²³⁸La Convenzione di New York del 1958 (consultabile in www.admin.ch) è la Convenzione concernente il riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze arbitrali estere. Essa «si applica al riconoscimento e all’esecuzione delle sentenze arbitrali emesse, sul territorio di uno Stato diverso da quello dove sono domandati il riconoscimento e l’esecuzione, in controversie tra persone fisiche e giuridiche», nonché «alle sentenze arbitrali non considerate nazionali nello Stato in cui il riconoscimento e l’esecuzione sono domandati» (art. 1). A norma dell’art. 3, ciascuno Stato contraente dovrà riconoscere l’autorità di una sentenza arbitrale e ne accorderà l’esecuzione. Gli articoli 4 e 5 della Convenzione contengono l’indicazione, rispettivamente, delle regole per ottenere il riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze arbitrali e dei casi in cui riconoscimento ed esecuzione possono essere negati. La Convenzione precisa che «le disposizioni della presente Convenzione non toccano gli accordi multilaterali o bilaterali, conclusi dagli Stati contraenti, sul riconoscimento e l’esecuzione di sentenze arbitrali, né privano alcuna parte del diritto di valersi di una sentenza arbitrale nella maniera e nella misura ammesse dalla legislazione o dai trattati del paese dove la sentenza è invocata» (art. 7). Inoltre, ciascuno Stato «potrà dichiarare, al momento della firma, della ratificazione o dell’adesione, che la presente Convenzione s’estenderà a tutti o a parte dei territori che rappresenta nell’ambito internazionale (...)» (art. 10), nonché «disdire la presente Convenzione mediante notificazione scritta al Segretario generale dell’Organizzazione delle Nazioni Unite» in base a quanto stabilito dall’art. 13.

Lo stesso successo non si può dire lo abbia riscontrato, a livello internazionale, la mediazione, quanto meno non prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Singapore.

Prima della Convenzione di Singapore, il destino di un accordo raggiunto in una mediazione internazionale era incerto, poiché nessuna normativa internazionale consentiva di dare direttamente esecuzione all'accordo transattivo mediato internazionale. Ciò significava che se la parte soccombente non si fosse conformata spontaneamente all'esito della mediazione, controparte avrebbe dovuto avviare un arbitrato o un procedimento giudiziario nell'ambito del quale far valere l'inadempimento del contratto, in modo poi da ottenere un lodo o una sentenza eseguibile coattivamente. La necessità di instaurare un procedimento ulteriore per procurarsi un titolo esecutivo, di fatto, disincentivava il ricorso alla mediazione, rendendo preferibile optare subito per l'arbitrato (dato che il lodo può facilmente circolare a livello internazionale in base alla Convenzione di New York del 1958). Ora, invece, grazie alla stipula della Convenzione si potrà disporre di uno strumento in grado di garantire il riconoscimento in giurisdizioni straniere degli accordi transattivi raggiunti a seguito di mediazioni condotte.

Nello specifico, tale Convenzione «si applica ad un accordo derivante dalla mediazione e concluso per iscritto dalle parti per risolvere una controversia commerciale (“accordo transattivo”) che, al momento della sua conclusione, è internazionale in quanto: (a) almeno due parti dell'accordo di insediamento hanno sede in diversi Stati; o (b) lo Stato in cui le parti dell'accordo di transazione hanno sede legale è diverso da: (i) lo Stato in cui viene eseguita una parte sostanziale degli obblighi previsti dall'accordo transattivo; o (ii) lo Stato con cui l'oggetto dell'accordo di transazione è strettamente connesso» (art. 1, comma 1, della Convenzione di Singapore). La Convenzione, dunque, si applica esclusivamente agli accordi raggiunti tramite mediazione per la risoluzione di controversie commerciali internazionali²³⁹ con la precisazione (all'art. 1, commi 2 e 3)

²³⁹In CHAHINE-LOMBARDI-LUTRAN-PEULVE', *L'impatto della Convenzione di Singapore sulla mediazione commerciale internazionale*, in *Giustizia civile.com*, 4/2020, p. 4 viene proposta un'interessante interpretazione dell'aggettivo “commerciale” utilizzato nella Convenzione per delimitarne l'ambito applicativo, la quale infatti si applica solo alle controversie commerciali internazionali. Gli autori osservano che «il sintagma “commerciale” non trova una esplicita definizione, lasciando spazio a una interpretazione estensiva che si può ritenere abbracci anche le controversie stato-investitore, come, ad esempio, quelle che sorgono quando un investitore straniero affermi che lo Stato di destinazione

che non sono comprese in questo concetto di dispute quelle riguardanti il diritto dei consumatori, il diritto di famiglia, le successioni, i rapporti di lavoro nonché gli accordi transattivi che: i) sono stati approvati da un tribunale; ii) sono esecutivi come una sentenza nello Stato di quel tribunale; iii) sono stati registrati e possono essere fatti valere come sentenza arbitrale²⁴⁰.

La parte che ha concluso l'accordo transattivo ha il diritto di chiedere ad ogni Stato firmatario della Convenzione il riconoscimento dello stesso nel rispetto dei requisiti stabiliti dalla Convenzione (art. 4). Lo Stato destinatario della richiesta potrà riconoscere efficacia esecutiva all'accordo conformemente alle proprie regole procedurali (art. 3). Ecco allora che la Convenzione è quello strumento che le parti di una relazione commerciale internazionale possono utilizzare per agevolare l'attuazione degli accordi transattivi tra loro incorsi, qualora questi non vengano volontariamente eseguiti. Oggi, se le parti dell'accordo transattivo raggiunto tramite mediazione hanno sede in uno dei Paesi firmatari per ottenere l'attuazione di quell'accordo non dovranno più esperire un'azione legale diretta a far valere la responsabilità contrattuale della parte inadempiente o procedere mediante arbitrato, ma potranno direttamente seguire la procedura appena illustrata.

Di fatto, viene riconosciuto all'accordo transattivo uno *status* esecutivo-applicativo che può essere assimilato a quello che il lodo arbitrale acquisisce in applicazione della disciplina contenuta nella Convenzione di New York.

È interessante però capire quale sia oggi il rapporto che intercorre tra mediazione e arbitrato proprio in virtù dell'entrata in vigore della Convenzione di Singapore. Sorge naturale chiedersi se in qualche modo venga eroso il vantaggio di ricorrere all'arbitrato come strumento di risoluzione alternativa delle controversie a fronte dell'attuale

dell'investimento ha violato a suo danno i doveri di tutela che invece dovevano muovere la sua azione. Se, difatti, fosse ritenuto diversamente non sarebbe stato necessario prevedere all'art. 8.1(a) della Convenzione che "uno Stato firmatario può dichiarare che: (a) non applicherà la (...) Convenzione agli accordi transattivi di cui esso stesso è parte o di cui sono parte le proprie agenzie governative o persone che agiscono per conto di un'agenzia governativa, nella misura che verrà specificata nella dichiarazione stessa". Questo disposto, di conseguenza, è da leggersi come un incentivo rivolto agli Stati per incentivarli alla ratifica della Convenzione, grazie alla possibilità di adattarne l'ambito applicativo che, reso malleabile, consente anche di escludere una intera categoria di controversie, quelle, appunto, intercorrenti tra Stato e investitori».

²⁴⁰ Queste tre ultime esclusioni trovano il loro fondamento logico nel fatto che esistono altri strumenti internazionali ampiamente accettati, quali la Convenzione di New York e la Convenzione dell'Aja, che disciplinano specificatamente tali tipi di accordi transattivi.

possibilità di dare esecuzione transfrontaliera anche agli accordi derivanti dalla mediazione, soprattutto in considerazione del fatto che la mediazione, diversamente dall'arbitrato, meglio permette di conservare il rapporto tra le parti.

Nello svolgere questo tipo di analisi è opportuno tener sempre presente che mediazione e arbitrato sono due istituti differenti, che rispondono ad esigenze e assolvono a funzioni diverse. Ai fini della presente trattazione, rilevano quanto meno le seguenti differenze. La mediazione si caratterizza per l'intervento di un soggetto terzo neutrale (il mediatore) il cui ruolo è quello di aiutare le parti a raggiungere un accordo risolutivo della controversia. Il mediatore, però, è una figura assolutamente diversa dall'arbitro (e dal giudice): egli non decide chi ha torto o ragione, ma semplicemente si adopera insieme alle parti al fine di indentificare le possibili soluzioni alla lite. La mediazione, in caso di esito positivo, porta ad un “*settlement agreement*”, ossia ad un accordo diretto tra le parti risolutivo della lite²⁴¹. Tuttavia, tale esito positivo non è garantito: difatti, l'intervento del mediatore potrebbe non avere successo, le parti potrebbero non addivenire al raggiungimento di accordo e, dunque, dovranno eventualmente intraprendere una procedura “tradizionale” di risoluzione della controversia.

Diversamente dalla mediazione, l'arbitrato non sfocia in un accordo tra le parti, ma in una decisione (il c.d. lodo arbitrale) pronunciata dall'arbitro (o dal collegio arbitrale), anch'esso soggetto terzo rispetto alla controversia. Il lodo arbitrale risolve la lite insorta tra le parti e si caratterizza per essere una decisione vincolante per le stesse, ha cioè valore di sentenza. L'arbitro - differentemente dal mediatore - attribuisce “torti e ragioni”, in base alle domande rispettivamente presentate dalle parti e nel rispetto delle regole procedurali e della legge applicabile.

Ferme restando le differenze appena illustrate tra i due istituti, l'arbitrato e la mediazione non dovrebbero comunque essere concepiti come strumenti in contrasto tra loro, ma, al contrario, come strumenti di risoluzione delle controversie che insieme possono valorizzare il processo di risoluzione delle liti. Concretamente, «la mediazione potrebbe essere combinata con l'arbitrato in tre diverse fasi: (i) prima dell'arbitrato, come il primo passaggio di una c.d. clausola di adeguamento (c.d. *escalation clause*); (ii) durante

²⁴¹ Cfr. *Quali differenze tra mediazione ed arbitrato internazionale?*, a cura di MANTELLI, pubblicato l'8 giugno 2020, in <https://imantelli.eu>.

l'arbitrato, quando le parti raggiungono un accordo, specie con l'ausilio di un mediatore, e chiedono all'arbitro di pronunciare un lodo che si basi sull'accordo delle parti; (iii) dopo l'arbitrato, come strumento per raggiungere un accordo sull'ammontare da pagare ed evitare problemi di esecuzione»²⁴².

La Convenzione di Singapore costituisce oggi un'importante base di riferimento per la comunità internazionale in materia di sviluppo e diffusione della mediazione. La promozione della stessa è facilitata anche dalla strategica definizione che le viene data: la mediazione viene definita come quel «procedimento, indipendentemente dall'espressione utilizzata o dalla base su cui viene svolto, in base al quale le parti cercano di raggiungere una composizione amichevole della controversia con l'assistenza di una o più persone (“il mediatore”) privo dell'autorità di imporre una soluzione alle parti in lite» (art. 2.). Una definizione così ampia e flessibile è sicuramente fondamentale in un contesto internazionale nel quale è molto semplice veder nascere questioni e contrasti interpretativi; quello che viene proposto è un concetto di mediazione facilmente adattabile a tutte le tipologie di giurisdizione evitando in questo modo il sorgere di ostacoli nella divulgazione della cultura della conciliazione.

Indubbiamente il fatto che già il 7 agosto 2019, data di apertura alla firma della Convenzione, ben 46 Stati abbiano firmato l'accordo (inclusi Cina e Stati Uniti, le due maggiori economie mondiali) è sintomatico del *favor* dei Paesi verso questo particolare strumento di risoluzione delle controversie. Da questo segnale positivo si desume un notevole mutamento nell'approccio verso i conflitti e verso il settore della risoluzione alternativa delle liti.

Questa notevole attenzione nei confronti della mediazione, proprio alla luce della “*UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation*” del 2018, della Convenzione di Singapore del 2020 e delle recentissime “*UNCITRAL Mediation Rules*”, sembra preannunciare un'era di rinascita del processo di risoluzione delle controversie internazionali basato su nuovi ideali di comprensione e dialogo.

²⁴² In questi termini CHAHINE-LOMBARDI-LUTRAN-PEULVE', *Op.cit.*, p. 5.

7. ARGOMENTAZIONI A FAVORE E CONTRO L'OBBLIGATORIETÀ DELLA MEDIAZIONE

L'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010 e la conseguente previsione della mediazione c.d. obbligatoria, ha fatto insorgere interessanti questioni non solo sulla legittimità dell'istituto in relazione ai principi del dettato costituzionale - come illustrato nel *Paragrafo n. 4.1.* - bensì anche sull'opportunità e sulla convenienza di una siffatta previsione.

Nel presente *Paragrafo* è intenzione della scrivente illustrare le principali ragioni che negli anni successivi all'entrata in vigore del decreto sono state portate sia a sostegno della mediazione obbligatoria, sia contro tale istituto.

A favore della mediazione obbligatoria stragiudiziale *ex art. 5*, d.lgs. 28/2010, in sintesi, vi è la convinzione che l'imposizione dell'obbligo consenta di deflazionare il carico giudiziario, nonché diffondere la cultura dello strumento conciliativo in Italia, nel rispetto, ad ogni modo, della libertà delle parti sul se e in che modo concludere l'accordo finale di mediazione.

Parecchie sono state anche le critiche sollevate sull'opportunità di prevedere nell'ordinamento l'esperimento del procedimento di mediazione a pena di improcedibilità. In breve. Alcune considerazioni sfavorevoli hanno riguardo lo scopo deflattivo cui il legislatore mira con la previsione dell'obbligatorietà. Come verrà a breve illustrato, il fatto che la Relazione Illustrativa al d.lgs. 28/2010 dichiari espressamente che lo scopo della mediazione obbligatoria è anche quello di alleggerire il carico giudiziario può essere inteso come una sorta di dichiarazione di impotenza dello Stato di fronte alle inefficienze e difficoltà del sistema di giustizia. Non solo: alcune disposizioni introdotte dal legislatore nel d.lgs. 28/2010 proprio al fine di ridurre il carico giudiziario sono apparse, per le ragioni che verranno a breve illustrate, poco funzionali allo scopo.

Meritevole di particolare attenzione, poi, è la constatazione che la mediazione come disciplinata all'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010 confligge con quella che è la natura stessa della conciliazione, ossia il dover essere caratterizzata dalla libera e spontanea adesione delle parti. La scelta di imporre il tentativo di mediazione a prescindere dalla volontà delle parti in tal senso ha suscitato non poche perplessità in tutti coloro

(compreso il Consiglio Superiore della Magistratura) che guardano la mediazione come uno strumento puramente consensuale, fondato sulla volontà delle parti di raggiungere un accordo risolutivo del conflitto²⁴³.

Indubbiamente la recente Riforma Cartabia ha confermato il *favor* del legislatore per la mediazione obbligatoria, in considerazione dell'ampliamento del novero delle materie soggette al previo esperimento del tentativo di mediazione. È evidente come il nostro ordinamento guardi con fiducia a questo strumento di risoluzione alternativa delle controversie, come illustrato nel *Paragrafo n. 5*.

Delle valutazioni più approfondite sull'efficacia pratica della mediazione obbligatoria verranno fatte al *Capitolo II, Paragrafo n. 3* allorché si analizzeranno i dati statistici inerenti alle definizioni delle controversie in sede di mediazione nelle materie di cui l'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010.

Alla luce delle analisi svolte sulle legislazioni di altri Paesi in materia di mediazione obbligatoria, è possibile fin da subito fare alcune valutazioni comparatistiche.

La legislazione statunitense ha dimostrato il suo *favor* nei confronti dei meccanismi ADR, tra cui la mediazione, già a partire dalla seconda metà del secolo scorso. Tuttavia, non mancarono nel tempo le critiche verso tali meccanismi: difatti, dietro all'idea che essi fossero degli strumenti essenziali per la tutela del cittadino - capaci di potenziare la sfera di autodeterminazione e autorealizzazione dello stesso, consentendogli di comporre la lite in modo da soddisfare i propri bisogni ed interessi - secondo alcuni vi sarebbero state delle forme di controllo sociale. Quest'ultime avrebbero causato, da un lato, l'estensione dello Stato e del sistema giurisdizionale ad ambiti sociali prima meno accessibili, e dall'altro lato, la neutralizzazione dei conflitti con un'alterazione dei rapporti tra i contendenti in favore della parte più forte e a danno di quella più debole²⁴⁴. Le critiche, tuttavia, non arrestarono il fenomeno dello sviluppo delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie. Addirittura, anche a fronte di sperimentazioni relative a meccanismi alternativi non particolarmente positive (il numero dei

²⁴³ Cfr. RISTORI, *La mediazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 166.

²⁴⁴ In questi termini, BESSO, *Inquadramento del tema*, in *La mediazione civile e commerciale*, *Op.cit.*, p. 10. Sul punto anche ABEL, *The Contradictions of Informal Justice*, in *The Politics of Informal Justice*, I, *The American Experience*, New York, 1982, p. 270 e ss; FISS, *Against Settlement*, in *93 Yale Law Journal*, 1984, p. 1073 e ss.

procedimenti terminati con meccanismi alternativi al processo restava basso²⁴⁵) il legislatore statunitense svolse un'importante azione di promozione delle ADR. A partire dal *Dispute Resolution Act* del 1980, i meccanismi di soluzione alternativa furono favoriti, finanziati e talora anche imposti dalla legislazione sia federale che statale. Quanto alla mediazione obbligatoria, l'efficacia dell'istituto negli Stati Uniti dipende molto dalle legislazioni federali e dal modo in cui queste decidono di regolarla. Ad esempio, in California ed in Florida sono state introdotte delle specifiche ipotesi di mediazione obbligatoria²⁴⁶. A livello di legislazione generale, invece, una specifica disciplina circa l'obbligo delle parti di tentare la conciliazione è prevista alla *Rule 16* delle *Federal Rules of Civil Procedure* e in materia di contrattazione collettiva nei servizi postali federali, come illustrato nel paragrafo precedente. A parere di chi scrive, l'evoluzione legislativa americana mette in luce come la propensione degli Stati Uniti verso l'istituto della mediazione non solo si sia affermata molto prima rispetto a quanto verificatosi nell'ordinamento italiano, ma si sia mantenuta nel tempo, tant'è che oggi il processo americano per com'è strutturato e disciplinato sembra proprio favorire per sua natura tale istituto²⁴⁷.

Ancor più evidente è il *favor* verso la mediazione nella legislazione argentina. Già nel 1992 nel Paese venne introdotta una specifica legislazione in materia di mediazione e a seguito della positiva esperienza realizzata a Buenos Aires vi fu un progressivo sviluppo dell'istituto. Nel tempo si susseguirono, infatti, una serie di interventi normativi proprio in materia di mediazione obbligatoria: la Legge sulla Mediazione e Conciliazione del 1995, la *Ley De Mediación - Métodos Alternativos de Resolución de Disputas N° 804 Provincia de Tierra del Fuego, antártica e Islas Del Atlántico Sur* del 2009 e la *Ley N° 26.589 – Mediación y Conciliación* del 2010. Quest'ultima Legge, in particolare, prevede l'obbligatorietà della mediazione prima di qualsivoglia processo per tutte le materie, salve poche eccezioni stabilite dalla legge. A parere di chi scrive, la Legge n. 26.589 del 2010 e la sua disciplina confermano, senza che sul punto possano sorgere particolari dubbi, quella che da sempre è stata la posizione del legislatore argentino

²⁴⁵ Come si legge in BESSO, *Inquadramento del tema*, in *La mediazione civile e commerciale*, *Op.cit.*, p. 10.

²⁴⁶ Vedere *paragrafo 6.1.* della presente trattazione.

²⁴⁷ *Ibidem.*

riguardo la mediazione obbligatoria: il prevederne l'obbligatorietà per tutte le materie in qualsivoglia processo è indubbiamente sintomatico del fatto che questo istituto venga considerato assolutamente efficiente ed efficace.

In Cina la propensione verso l'istituto della mediazione non è stata negli anni costante: ragioni di carattere culturale e politico hanno fatto sì che nell'ordinamento cinese il *favor* nei confronti della mediazione si alternasse ad un *favor* nei confronti del procedimento ordinario di risoluzione delle controversie. Recentemente, tuttavia, vi sono state delle importanti evoluzioni giuridiche²⁴⁸ volte a ridurre il carico di lavoro dei tribunali e a semplificare la procedura contenziosa. Ciò che è fondamentale osservare, a parere dello scrivente, è il fatto che ad oggi l'ordinamento cinese abbia deciso di perseguire questi obiettivi proprio promuovendo e sostenendo il ricorso alla mediazione.

Quanto all'ordinamento britannico, il fatto che attualmente i *Pre-action Protocols* si occupino del tema delle ADR e siano diverse le norme sparse nel *Civil Procedure Rules* ad occuparsi di specifiche discipline con l'obiettivo di promuovere l'utilizzo di procedure intese a definire non giurisdizionalmente la controversia porta ad affermare, a mio avviso, che il legislatore inglese ritenga efficaci i meccanismi ADR, tra cui la mediazione. Quanto alla mediazione obbligatoria, il dibattito sull'efficacia di forme obbligatorie di mediazione ha fatto emergere nel tempo opinioni contrastanti: posizioni a volte contrarie²⁴⁹ e altre volte nettamente favorevoli al ricorso obbligatorio alla mediazione²⁵⁰. Si tratta di una questione ancora aperta nell'ordinamento britannico: come illustrato nel paragrafo 6.4.2., l'eventuale introduzione di un modello obbligatorio di ricorso alle ADR richiede indubbiamente di ponderare una serie di fattori fondamentali, ma potrebbe portare ad uno sviluppo normativo potenzialmente molto positivo.

²⁴⁸ Vedere paragrafo 6.3.3. della presente trattazione.

²⁴⁹ Cfr. BRUNSDON-TULLY, *There is an A in ADR but Does Anyone Know What it Means Anymore?*, in *Civil Justice Quarterly*, 2009, p. 218 e ss. e GENN, *Judging Civil Justice*, Cambridge, 2010, p. 106 e ss. Inoltre, nella sentenza dell'11 maggio 2004, relativa al caso *Halsey vs Milton Keynes General NHS Trust* (consultabile in <https://simplestudying.com>), la *Court of Appeal* inglese si è pronunciata sfavorevolmente circa la possibilità di riconoscere al giudice di imporre alle parti la mediazione. La Corte aveva osservato che obbligare le parti a svolgere un procedimento di mediazione significasse violare il loro diritto di adire al giudice garantito dall'articolo sei della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

²⁵⁰ In senso favorevole alla mediazione obbligatoria si era espresso Sir Anthony Clark durante *The Second Civil Mediation Council National Conference: The Future of Civil Mediation*, dell'8 maggio 2008 (consultabile in www.judiciary.gov.uk).

7.1. Le ragioni e gli aspetti positivi della scelta operata dal legislatore italiano

La Relazione Illustrativa che accompagna il d.lgs. 28/2010, sebbene taccia sulle motivazioni che hanno indotto il legislatore a disciplinare in generale la materia della mediazione civile e commerciale, illustra le ragioni che giustificano la previsione dell'obbligo del tentativo di conciliazione per alcune tipologie di controversie. Nella parte della Relazione dedicata all'art. 5, norma contenente la disciplina della c.d. mediazione obbligatoria, si legge che «il comma 1 intende (...) allargare a una vasta serie di rapporti la condizione di procedibilità, sul presupposto che solo una simile estensione possa garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie». Alla base dell'introduzione della mediazione obbligatoria stragiudiziale c'è, dunque, la convinzione che l'imposizione dell'obbligo possa fungere da filtro per le cause civili, con conseguente riduzione del carico di lavoro delle corti giudiziarie²⁵¹. Il regime introdotto dal legislatore, anziché limitarsi a riconoscere ai privati la libertà di optare per la strada ritenuta più adeguata ad affrontare il conflitto, prevede per un numero cospicuo di materie l'obbligo di esperire un previo tentativo di mediazione: questo perché l'obiettivo è quello di incentivare quanto più possibile l'esperimento della suddetta tecnica di risoluzione stragiudiziale delle controversie, la quale consente di alleggerire il contenzioso giudiziale attualmente in uno stato di grave affanno e inefficienza²⁵². Diminuire il carico pendente presso le corti, e conseguentemente deflazionare l'amministrazione della giustizia italiana, «rappresenta oggi un obiettivo più che obbligato²⁵³». Questo non significa procedere a discapito della giustizia ma, al contrario, migliorarne il funzionamento e l'accessibilità: spostare in misura significativa le liti sul

²⁵¹ Lo scopo deflattivo era già stato indicato tra i criteri della delega in attuazione della quale il legislatore aveva introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione per tutte le controversie di lavoro privato. In senso favorevole all'introduzione nel 1998 della conciliazione stragiudiziale obbligatoria in materia di lavoro TREU, Conciliazione e arbitrato in Italia: modelli culturali e riforme legislative, in LOY, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Padova, 2000, p. 165.

²⁵² Per un approfondimento sull'eccessiva durata dei processi nel nostro Paese vedere BIANCO-GIACOMELLI-GIORGIANTONIO-PALUMBO-SZEGO, *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?*, in *Rivista di politica economica*, settembre-ottobre, 2007.

²⁵³ In questi termini LUCCARELLI, *La mediazione delle controversie commerciali*, *Op.cit.*, p. 224.

piano della conciliazione e dell'accordo tra le parti significa ridurre il numero dei processi e, dunque, far sì che a quelli già pendenti sia garantita una durata ragionevole²⁵⁴. Lo scopo deflattivo viene perseguito anche grazie alla natura facilitativa della mediazione, vale a dire una mediazione in cui - come si evince dalla lettura della Relazione Illustrativa - «il mediatore non è, a differenza del giudice, strettamente vincolato al principio della domanda e può trovare soluzioni della controversia che guardano al complessivo rapporto fra le parti». Una mediazione così strutturata rappresenta un incentivo per i cittadini, i quali, in caso di lite, se consapevoli di poter ottenere dei risultati in sede conciliativa che il processo non sarebbe in grado di garantire loro, decideranno con maggiori probabilità di seguire la strada della mediazione e non quella del processo, con conseguente riduzione del carico giudiziario.

Occorre precisare, per di più, che la stessa Corte costituzionale ha più volte ribadito essere legittimo il perseguimento delle finalità deflattive realizzato attraverso la previsione di una condizione di procedibilità, trattandosi «di una misura che, senza impedire o limitare oltremodo l'accesso alla giurisdizione, si limita a differirne l'esperimento, imponendo alle parti oneri obiettivamente non gravosi e volti anzi a dare soddisfazione alle loro pretese in termini più celeri e meno dispendiosi (Relazione Illustrativa *sub.* art. 5, d.lgs. 28/2010)».

L'obbligatorietà del tentativo per la procedibilità del giudizio per come disciplinata crea un bilanciamento fra l'interesse del privato alla libera scelta della soluzione del conflitto, da una parte, e l'interesse dell'ordinamento all'efficiente svolgimento della funzione giudiziale, dall'altra. È importante sottolineare che non vi è una restrizione della volontà privata: il passaggio obbligato della mediazione non va confuso con «la necessità di una consapevole e dichiarata decisione delle parti di partecipazione alla procedura, nonché con la scelta privata in ordine all'esito della controversia», poiché il primo serve ad incentivare la pratica conciliativa e a rendere efficace il servizio della giustizia pubblica, la seconda a responsabilizzare le parti in ordine alle tecniche di approccio al conflitto, e la terza a lasciare i privati liberi nella determinazione dell'*an* e del *quomodo*

²⁵⁴ Sul punto CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza la conciliazione*, in *Guida al diritto*, n. 29, 2009, p. 54: l'effetto deflattivo del contenzioso giudiziale, la riduzione dei tempi per la composizione del conflitto e l'ampliamento delle opportunità professionali sono solo alcuni dei più significativi meriti da attribuire alla mediazione.

dell'accordo²⁵⁵. In altri termini, imporre l'esperimento del tentativo di conciliazione non significa in alcun modo obbligare le parti all'accordo finale, ma semplicemente «obbligare le parti ad esplorare la possibilità di una soluzione non giurisdizionale raggiunta con il consenso di tutti²⁵⁶». Anche nell'obbligatorietà del tentativo, l'accordo sarà sempre frutto delle volontà dei contendenti, non verrà mai imposto dal mediatore. La mediazione non deve essere vista come una «rinuncia alla giurisdizione, o una giurisdizione di tono minore», ma come un mezzo alternativo attraverso il quale le parti, consapevoli di una lite insorta o della probabilità che questa sopraggiunga, dirimono la stessa. È certamente auspicabile che i contendenti riescano a trovare un punto di equilibrio tra i rispettivi interessi, ma, in caso contrario, sono comunque liberi di non giungere ad alcun accordo, senza veder preclusa la possibilità di procedere dinanzi al giudice²⁵⁷.

Sulla responsabilizzazione delle parti - e, come si vedrà a breve, anche sulla diffusione della cultura della mediazione nel nostro ordinamento - incide in modo significativo l'informazione che l'avvocato fornisce al proprio cliente in merito alla possibilità di avvalersi della mediazione e alle connesse agevolazioni fiscali, in base a quanto previsto dall'art. 4, comma 3, d.lgs. 28/2010: tale obbligo informativo dovrebbe essere concepito non come un mero dovere comunicativo, bensì come l'occasione per presentare ai privati le potenzialità dello strumento conciliativo. Saranno proprio gli avvocati a formare le prime convinzioni delle parti sull'utilità dello strumento per risolvere i loro problemi e ad influenzare il loro atteggiamento nell'approccio alla procedura; è essenziale che le parti comprendano sin da subito che la mediazione, anche quella obbligatoria, non è uno strumento di coercizione o manipolazione della volontà, previsto dall'ordinamento solo per impedire una causa, ma una vera e propria opportunità.

²⁵⁵ Così LUCCARELLI, *Op. cit.*, pp. 225-226.

²⁵⁶ Così RISTORI, *Op.cit.*, p. 166.

²⁵⁷ In questi termini VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria, Op.cit.*, p. 195, il quale, riprendendo il pensiero di PAGNI, ha cura di precisare che «sono gli interessi, del resto, l'elemento che le parti tengono in considerazione nel momento in cui si siedono al tavolo delle trattative per stipulare un qualsiasi contratto: sicché l'unica differenza è che, in questo caso, essendovi già un conflitto tra le parti, viene istintivo pensare a quale sarebbe la soluzione cui arriverebbe il giudice, se, in luogo del contratto, si scegliesse la via della sentenza. Né imporre il tentativo di conciliazione, come accade nelle materie dell'art. 5 del decreto, di per sé modifica questa impostazione, per la considerazione, ovvia, che le parti sono libere di non raggiungere alcun accordo, non perdono le utilità del processo».

Infine, come risulta dalla Relazione Illustrativa, la scelta di prevedere per alcune materie l'obbligo di esperire previamente un tentativo di conciliazione, è volta a diffondere nel nostro Paese la cultura della mediazione. Il successo e la diffusione di questo istituto in Italia sono in mano essenzialmente a due categorie di professionisti: gli avvocati e i mediatori, i quali sono chiamati a svolgere un ruolo centrale nel processo della nostra cultura del conflitto e del modo di fare giustizia. La professionalità del mediatore e dell'avvocato in questa sede viene dimostrata attraverso l'acquisizione della consapevolezza che la mediazione è un procedimento che funziona grazie al consenso e alla volontà delle parti; dunque, è indispensabile rispettare l'autonomia di quest'ultime al fine della buona riuscita della mediazione, a maggior ragione se si considera che il legislatore italiano per favorirne la diffusione ha previsto numerose ipotesi mediazione obbligatoria. Proprio nei casi in cui le parti sono obbligate, per previsione di legge, a tentare la conciliazione è essenziale che il mediatore comprenda le rispettive esigenze al fine del buon esito del procedimento; in caso contrario, il rischio è quello di accrescere le probabilità di andare in giudizio²⁵⁸.

7.2. Critiche e perplessità sull'obbligatorietà della mediazione

Sebbene la Relazione Illustrativa esalti le finalità della mediazione obbligatoria, sul presupposto che si tratti di uno strumento idoneo a deflazionare il carico giudiziario e diffondere la cultura della mediazione in Italia, parecchie sono state le critiche sollevate circa l'opportunità di inserire nel nostro ordinamento l'esperimento del procedimento di mediazione a pena di improcedibilità²⁵⁹.

²⁵⁸ Interessanti sono le osservazioni al riguardo di BUSH-FOLGER, *La promessa della mediazione*, Firenze, 2009, p. 5, in cui si legge che «Welsh sostiene che i mediatori in ambito giudiziario spesso valutano le posizioni delle parti e le possibilità di risoluzione in modo aggressivo (...) allo scopo di chiudere il caso con un accordo, invece di sostenere le parti nell'esercizio dell'autodeterminazione; questo provoca l'erosione di quei benefici che soltanto la mediazione è in grado di apportare. Nel momento in cui nella pratica della mediazione l'enfasi viene posta sull'efficienza e sul risultato, la mediazione viene a perdere i tratti distintivi di un processo alternativo per la risoluzione delle controversie».

²⁵⁹ Un giudizio negativo è stato dato da CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010. Fortemente critico nei confronti della scelta dell'obbligatorietà anche SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicum.it.

Prima fra tutte l'idea che l'obbligatorietà della mediazione si ponga in contrasto con la natura stessa della conciliazione che, solo se basata su una scelta libera e su una spontanea adesione delle parti, può portare ai risultati desiderati, e al contempo migliorare l'effettività dell'istituto. I sostenitori di questa tesi ritengono che il successo della mediazione sia strettamente legato alla circostanza che siano le parti a sceglierla consapevolmente come metodo alternativo al processo civile, e non che vi aderiscano perché obbligate dalla legge. Anche il Consiglio Superiore della Magistratura - come emerge dalla lettura del Parere allo schema di decreto legislativo: «Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» - non ha accolto con favore la previsione dell'obbligatorietà della mediazione, osservando che «il tentativo di conciliazione può avere successo solo se è sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se è svolto per ottemperare ad un obbligo. In questo caso si trasforma in un mero adempimento formale, che ingolfa gli uffici preposti, ritardando la definizione della controversia e sottraendo energie allo svolgimento dei tentativi di conciliazione seriamente intenzionati. Pertanto, la facoltatività del ricorso alla mediazione sembra poter meglio garantire il raggiungimento delle finalità cui lo strumento stesso è preordinato». Aggiunge il C.S.M. che «l'indicazione di cui al primo comma dell'art. 5 è di tale ampiezza da riguardare la maggior parte del contenzioso civile, così ricomprendendo tipologie di controversie non assimilabili, con caratteristiche ontologiche e difficoltà di gestione del tutto peculiari. Le indicazioni fornite nella relazione illustrativa non appaiono utili a giustificare la scelta compiuta dal legislatore delegato, il quale ha previsto la mediazione obbligatoria per controversie di tale complessità anche istruttoria (...) che difficilmente si prestano ad una rapida soluzione in sede conciliativa». Il C.S.M. è evidentemente critico nei confronti della scelta operata dal legislatore: ritiene che la previsione dell'obbligatorietà della mediazione non solo porti inevitabilmente all'insuccesso del tentativo di trovare un accordo conciliativo, ma che, addirittura, rappresenti un ostacolo al buon funzionamento degli uffici preposti e pregiudichi lo svolgimento di quei tentativi di conciliazione realmente voluti dalle parti (quasi a far intendere che in caso di mediazione obbligatoria le parti non sono mai mosse da una reale intenzione di comporre la lite). Per di più, secondo il C.S.M., la complessità delle materie per le quali il legislatore ha previsto la mediazione obbligatoria è tale da

escludere che possano essere risolte nella maggior parte dei casi dinnanzi al mediatore; la conseguenza logica, allora, è che possano essere opportunamente risolte solo davanti al giudice (venendo così vanificato lo scopo deflattivo). Per tali ragioni, il C.S.M. esprime la sua preferenza per una mediazione di natura facoltativa, in luogo di quella obbligatoria.

Quanto all'idea di perseguire lo scopo deflattivo attraverso la previsione di un tentativo di conciliazione obbligatorio, vanno fatte alcune considerazioni critiche. Innanzitutto, il fatto che nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 28/2010 si dichiara espressamente tale intento - quello dell'alleggerimento del carico giudiziario - può essere letto come una sorta di dichiarazione di impotenza dello Stato di fronte alle palesi inefficienze e difficoltà della giustizia italiana; in quest'ottica, la previsione di una mediazione obbligatoria per una vasta rosa di materie sembra essere il tentativo disperato di trovare un modo per risollevare le sorti del sistema giudiziario. Bisogna però avere la consapevolezza che un sistema giudiziario inadeguato e inefficiente non potrà essere "sanato" dalla previsione di una mediazione obbligatoria, ma anzi esso condizionerà la natura della stessa. Se da un lato è vero che l'idea di un processo lungo e costoso può incentivare le parti in lite a rivedere le proprie posizioni sino a trovare un accordo conciliativo, è altrettanto vero che un sistema giudiziario malfunzionante e sovraccarico consente alla parte che abbia torto - quindi a quel soggetto che, ipoteticamente, avrebbe acquisito il ruolo di convenuto nel giudizio - «di estrarre dall'accordo di mediazione condizioni più vantaggiose di quelle a cui la sua posizione darebbe astrattamente diritto, mentre "spinge" l'altra parte ad accettare i termini di un accordo non voluto nella sostanza, anche se riconducibile alla sua volontà nella forma²⁶⁰». In altri termini, lo Stato prima assicura al cittadino la tutela dei propri diritti contro le aggressioni altrui, e lo fa creando un sistema giudiziario; successivamente, conscio del fatto che proprio quel sistema giudiziario non è in grado di far rispettare le regole in un tempo adeguato, sollecita quel cittadino a trovare, con chi ha violato o sta violando il suo diritto, una soluzione, in sede di mediazione, che gli arrechi il minor danno possibile. Ecco allora che l'accordo in mediazione viene trovato nella consapevolezza che il sistema giudiziario è un valido punto di riferimento solo nei casi in cui la violazione è a tal punto rilevante

²⁶⁰ Così RISTORI, *La mediazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 161.

che la parte offesa non è disposta ad accettare niente di meno dell'applicazione delle regole disposte dal giudice, sebbene il processo sia più tardivo, incerto e costoso. In conclusione, ed estremizzando il ragionamento, si può arrivare a dire che «se la finalità è deflattiva, maggiori sono le disfunzioni del sistema giudiziario, migliori (in termini quantitativi) saranno i risultati della mediazione, perché maggiore diventa il valore di ciò che la parte che ha ragione (secondo il diritto) perderà rifiutandosi di addivenire ad un accordo²⁶¹». È evidente che questo meccanismo non solo lascia irrisolto il problema dell'efficienza del sistema giudiziario, ma incide anche negativamente sulla natura della mediazione.

Si è osservato, inoltre, che il legislatore ha voluto perseguire tale finalità deflattiva anche attraverso il riconoscimento al mediatore della possibilità di suggerire alle parti una specifica soluzione alla lite²⁶². Nello specifico, a norma dell'art. 11 del d.lgs. 28/2010, il mediatore, se le parti gliene fanno concorde richiesta, può formulare una proposta di mediazione. Lo scopo deflattivo potrebbe essere perseguito nella misura in cui, se le parti non hanno raggiunto un accordo amichevole (potrebbe accadere, ad esempio, che l'accordo sia ormai vicinissimo, ma le parti si sia radicate sulle loro posizioni non compiendo più passi in avanti), si riconosce al mediatore la possibilità di intervenire nel concreto, affinché la lite possa essere composta definitivamente in sede di mediazione, senza che si debba eventualmente procedere dinanzi al giudice. Tuttavia, la finalità deflattiva che il legislatore mira a perseguire con la proposta del mediatore difficilmente può essere raggiunta. Questo alla luce del fatto «è lo stesso istituto ad essere stato mal congegnato, in quanto le conseguenze che l'art. 13 del D. Lgs. 28/2011 ricollega alla mancata accettazione della proposta del mediatore costituiscono un deterrente solo per l'attore (...) e non già per colui, nei cui confronti la pretesa è avanzata²⁶³ (...). Il

²⁶¹ *Op.cit.*

²⁶² Sul tema si è espresso LUISO, in *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, consultabile in www.judicium.it, p. 9.

²⁶³ L'autore propone un interessante esempio, che meglio permette di comprendere il problema: «si immagini che Tizio avanzi nei confronti di Caio una pretesa al risarcimento di un danno. Il mediatore propone 100. Se Tizio non accetta, ed il giudice riconosce che egli ha diritto a 100, Tizio paga le proprie spese, quelle di Caio e versa all'erario un'ulteriore somma pari al contributo unificato. Se Caio non accetta, e il giudice riconosce che Tizio ha diritto a 100, Caio paga le proprie spese, quelle di Tizio e versa all'erario un'ulteriore somma pari al contributo unificato. Se non vi è una proposta, Caio paga comunque le spese proprie e quelle di Tizio. Dunque, se Caio non accetta la proposta, l'unica differenza per lui è solo il pagamento in più di una somma pari al contributo unificato. Dall'altro lato Caio, non accettando la proposta e pagando dopo tre anni (tempo medio di un processo di primo grado), ha il vantaggio di

meccanismo deflativo (...) avrebbe avuto senso se si fosse minacciato il preteso obbligato non già del pagamento delle spese processuali - che egli comunque sarebbe tenuto a pagare – ma, ad es., del pagamento degli interessi al tasso del 10%, o di una sanzione pecuniaria pari al 30% del capitale²⁶⁴».

Un altro aspetto critico della mediazione obbligatoria riguarda l’obbiettivo perseguito dal legislatore (a mio avviso, sempre a scopo deflattivo nel senso sopra illustrato) di incentivare la partecipazione della parte chiamata in mediazione²⁶⁵. L’art. 8, comma 5, d.lgs. 28/2010, nella sua formulazione originaria, si limitava a prevedere che «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell’articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile». Con l’art. 2, comma 35-*sexies*, del D.L. 138/2011 la norma è stata integrata; nello specifico, è stata aggiunta la seguente previsione: «il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall’articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio». Dunque, nei casi di mediazione obbligatoria la parte chiamata alla mediazione che, senza giustificato motivo, non si presenti va incontro ad una conseguenza negativa certa: il pagamento di una sanzione pecuniaria. Tuttavia, «tale conseguenza negativa non riguarda la parte che decide di rimanere contumace nel successivo processo giurisdizionale: il nostro legislatore continua quindi, del tutto incomprensibilmente, a trattare con i guanti proprio chi, con il suo comportamento, dimostra di non essere interessato all’esito del processo²⁶⁶».

finanziarsi, in questi tre anni, a spese di Tizio ed al tasso di interesse legale. Dicevamo poc’anzi che, per concludere un accordo, questo deve essere valutato conveniente da tutte le parti: più in generale, dunque, ed anche a prescindere dalla proposta del mediatore, che convenienza ha Caio a conciliare, se il mancato accordo gli consente di finanziarsi al tasso di interesse legale durante tutto il tempo necessario per arrivare ad una sentenza di primo grado?».

²⁶⁴Così LUISO, *L’arbitrato e la mediazione nell’esperienza contemporanea*, consultabile in www.judicium.it, pp. 9-10.

²⁶⁵ Cfr. LUISO, *L’arbitrato e la mediazione nell’esperienza contemporanea*, *Op.cit.*, p. 6 e ss.

²⁶⁶LUISO, *L’arbitrato e la mediazione nell’esperienza contemporanea*, *Op.cit.*, p. 8. L’autore nell’utilizzare l’espressione “il nostro legislatore continua” fa riferimento all’art. 115 c.p.c., che – dopo la riforma del 2009 – obbliga l’attore, quando il convenuto sia contumace, a dimostrare tutti i fatti costitutivi del suo diritto mentre, se il convenuto è costituito, egli può limitarsi a dimostrare i fatti specificamente contestati dal convenuto. L’autore, inoltre, propone un’interessante analisi economica sul compenso dovuto al mediatore: «la partecipazione al procedimento di mediazione comporta il pagamento del compenso al mediatore, mentre l’assenza della parte chiamata – dopo la modifica dell’art. 16 del d.m. 180/2010 da parte del d.m. 145/2011 – comporta il solo pagamento di un compenso di € 40,00 per le

Emerge, in conclusione, che la disciplina e gli “incentivi” delineati dal legislatore, affinché la mediazione obbligatoria possa perseguire una finalità deflattiva del carico giurisdizionale, sono stati in realtà elaborati in modo poco corretto e funzionale rispetto al raggiungimento dello scopo, come appena constatato.

Va altresì segnalato che nel concepire la norma il legislatore delegato si è ispirato al modello di mediazione obbligatoria già utilizzato nelle controversie in materia di lavoro²⁶⁷: la Relazione Illustrativa chiarisce esplicitamente che «lo schema seguito è quello già sperimentato nelle controversie di lavoro agli articoli 410 ss. c.p.c.». In realtà, il richiamo all’esperienza della mediazione obbligatoria in questo settore appare paradossale, in quanto era ormai già stato constatato il fallimento di tale esperimento nel suddetto settore. Le controversie di lavoro di diritto privato sono state tra i primi esempi di conciliazione obbligatoria stragiudiziale nel nostro ordinamento; tuttavia, i dati delle Direzioni provinciali del lavoro avevano rivelato come, già pochi anni dopo l’introduzione dell’obbligatorietà del tentativo, il numero di istanze conciliative fosse inferiore rispetto a quello registrato in regime di tentativo richiesto dalla sola volontà delle parti e, addirittura, su base nazionale, il valore assoluto delle istanze totali conciliate in regime di obbligatorietà fosse inferiore a quello delle istanze conciliate attraverso la mediazione facoltativa²⁶⁸.

Per questa ragione - e per quelle sopra illustrate - sono sorti dei dubbi circa l’opportunità, in *primis*, di fare espresso richiamo ad un settore in cui la pratica dell’obbligatorietà ha dimostrato scarsa efficacia, e, soprattutto, di prevedere l’obbligo di esperire previamente

controversie di valore fino a 1.000,00 €, e di € 50,00 per tutte le altre controversie. Facciamo un esempio: ipotizziamo che la controversia abbia un valore di 100.000,00 €, per il quale è previsto un contributo unificato di €. 660,00 ed un compenso che ciascuna parte deve corrispondere al mediatore di € 666,66 (se si tratta di mediazione obbligatoria ex lege) e di € 1.000,00 (per le altre ipotesi previste dall’art. 5 del D. Lgs. 28/2010: mediazione delegata o clausola di conciliazione). Se la parte chiamata in mediazione si presenta, deve pagare 666,66 € oppure 1.000,00 €. Se non si presenta, pagherà una sanzione di € 660,00 €. Evidentemente la minaccia della sanzione pecuniaria, da sola, serve a poco».

²⁶⁷ Contrari alla previsione di una mediazione obbligatoria per le controversie di lavoro di diritto privato erano CHIARLONI, *Prime riflessioni sulla riforma del pubblico impiego e processo*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 627 e TISCINI, *Brevi note su un dubbio di incostituzionalità del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 274.

²⁶⁸ Questi i dati forniti da TRISORIO LIUZZI, *La conciliazione obbligatoria e l’arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 959 e quelli richiamati da CHIARLONI, *Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l’obbligatorietà del tentativo)*, in *Giur. it.*, 2000, p. 111. Una valutazione diversa è invece stata fatta da ARMONE-PORRECA, *La mediazione tra processo e conflitto*, in *foro.it*, 2010, p. 103, secondo il quale la causa del fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di lavoro va ricercata nella mancanza di professionalità dei soggetti cui il tentativo era affidato.

un tentativo di mediazione per un numero cospicuo di materie, per di più riguardanti controversie molto complesse, anche rispetto a quelle laburistiche²⁶⁹.

²⁶⁹ È intenzione della scrivente illustrare le proprie considerazioni sull'opportunità e sulla convenienza dell'istituto della mediazione obbligatoria al termine della trattazione, nella parte dedicata alle "conclusioni".

CAPITOLO II
LA DISCIPLINA DELLA CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ
CONSEQUENTE ALL’OBBLIGO NORMATIVO DI MEDIAZIONE PER
CERTE TIPOLOGIE DI CONTROVERSIE CIVILI

1. LE CATEGORIE DI CONTROVERSIE SOTTOPOSTE ALL’OBBLIGO DEL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE

1.1. I criteri-guida seguiti dal legislatore per la scelta delle materie da assoggettare alla mediazione obbligatoria e le critiche mosse al riguardo dalla dottrina

La disciplina della mediazione obbligatoria, contenuta oggi nella nuova versione dell’art. 5 del d.lgs. 28/2010, prevede che: «chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione (...)»²⁷⁰.

L’elenco delle materie sottoposte al previo esperimento del tentativo di mediazione ha subito nel tempo varie modifiche ed integrazioni. Come illustrato nel capitolo precedente, la versione originaria dell’art. 5 del d.lgs. 28/2010 menzionava tra le controversie sottoposte a mediazione obbligatoria anche quelle relative al risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti. Tale ipotesi, tuttavia, è stata eliminata con l’introduzione del comma 1.*bis* all’art. 5 ad opera dell’art. 84, comma 1,

²⁷⁰ L’art. 5 del d.lgs. 28/2010 è stato modificato dall’art. 7 dello Schema di decreto legislativo recante «attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata» deliberato nel luglio del 2022 dal Consiglio dei Ministri. Il d.lgs. 149/2022 ha reintrodotta l’art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, tuttavia fino a 30 giugno 2023 continuerà ad applicarsi l’art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010.

lett. b) del D.L. 69/2013. Il c.d. “Decreto del fare” del 2013, inoltre, ha affiancato alle controversie in materia di risarcimento derivante da responsabilità medica quelle derivanti dalla responsabilità sanitaria. Infine, la recente Riforma Cartabia ha ampliato ulteriormente il novero delle materie. Il perimetro del ricorso obbligatorio alla mediazione è stato così esteso anche alle controversie inerenti contratti di associazione in partecipazione, consorzi, franchising, nonché contratti di opera, di rete, di somministrazione, subfornitura e società di persone. La rosa di materie per la quale oggi è previsto obbligatoriamente un previo tentativo di mediazione, dunque, è il frutto di questa lunga evoluzione normativa, iniziata nel 2010 e continuata poi nel tempo, per giungere all’ultima tappa contrassegnata dal d.lgs. n. 149/2022, attuativo della legge n. 206/2021.

Ciò premesso, è utile partire dall’analisi delle ragioni che hanno indirizzato il legislatore del 2010 a scegliere le tipologie di controversie cui imporre il previo esperimento del tentativo di mediazione. Tre i criteri-guida seguiti, di cui si fa menzione nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 28/2010: a) «in primo luogo, si sono prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia²⁷¹»; b) «in secondo luogo, si sono prescelte alcune controversie in materia di risarcimento del danno, che traggono origine da rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale²⁷²»; c) «in terzo luogo, si sono individuate alcune tipologie contrattuali (...) che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti (...), conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso²⁷³».

Quanto al primo criterio-guida, il testo della Relazione precisa che tra le controversie vertenti su rapporti destinati a prolungarsi nel tempo rientrano quelle in materia di condominio, di locazione, comodato ed affitto d'azienda, nonché quelle in materia di diritti reali, divisione, successioni ereditarie e patti di famiglia²⁷⁴. Di fatto, si tratta delle

²⁷¹ Relazione Illustrativa al decreto legislativo n. 28/2010 *sub* art. 5 («condizione di procedibilità e rapporti con il processo»).

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ La Relazione Illustrativa precisa che «l’inserimento dei patti di famiglia, su cui si è soffermato il parere della Commissione Giustizia della Camera, si giustifica in quanto l’art. 768-*octies* del codice civile già prevede la preliminare devoluzione delle relative controversie agli organismi di mediazione previsti dal

liti riguardanti «rapporti in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale²⁷⁵».

La seconda categoria di dispute opzionate è stata invece ritagliata nel settore della responsabilità civile ed in particolare nei due specifici versanti della responsabilità medica e della diffamazione a mezzo stampa²⁷⁶, in quanto - a detta della Relazione Illustrativa - le controversie insorgenti in tali ambiti «appaiono più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale».

Da ultimo, tra le tipologie di conflitti individuati sulla scorta del parametro esplicitato *sub* lett. c) sono state fatte rientrare quelle in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari. A dire il vero, anche altri contratti (come quelli da ultimo introdotti nel novero delle materie obbligatorie dal d.lgs. n. 149/2022) avrebbero potuto essere inclusi in questo insieme, in quanto originanti rapporti negoziali destinati a durare nel tempo e di utilizzo assai diffuso (e conseguentemente fonti significative di contenzioso).

Siffatto catalogo ha suscitato in dottrina non poche perplessità e incertezze interpretative, che ineriscono principalmente alla disomogeneità, all'astrattezza e alla generalità delle controversie identificate.

L'elencazione estremamente eterogenea disposta dal legislatore genera notevoli problemi pratici²⁷⁷. Per le parti, gli avvocati, i giudici e gli organismi di mediazione è fondamentale comprendere fin da subito se alla controversia insorta sia applicabile la disciplina della mediazione obbligatoria. Questa esigenza nasce da una ragione ben precisa ricavabile dal dato normativo: se la controversia rientra nell'elenco di cui all'art. 5 questa dovrà essere assoggettata al previo esperimento del procedimento di

decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 e il presente decreto consente di chiarire che tale devoluzione è obbligatoria. Naturalmente, l'obbligatorietà è valevole solo per le controversie su patti di famiglia (o su clausole degli stessi) riguardanti diritti disponibili».

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ La Commissione di Giustizia del Senato - come si legge nella Relazione Illustrativa - aveva suggerito di aggiungere tra le controversie di cui il criterio-guida *sub* lett. b) anche quelle risarcitorie derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti. Il "Decreto del fare" del 2013, però, ha escluso tali controversie dall'ambito applicativo della mediazione obbligatoria.

²⁷⁷ VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, in *La nuova mediazione*, *Op.cit.*, p. 205, non condivide, infatti, la scelta del legislatore, ritenendo che le materie da quest'ultimo selezionate siano «alquanto eterogenee e suscettibili di incontrollata espansione. Un elenco così ampio di materie risulta tale da riguardare la maggior parte del contenzioso, tanto da far divenire la mediazione obbligatoria la regola, mentre quella facoltativa l'eccezione». Tuttavia - a detta dell'autore - tale scelta sarebbe giustificata in quanto l'unica idonea a garantire un'effettiva spinta deflattiva del contenzioso.

mediazione pena l'imprevedibilità della domanda. Tuttavia, dalla lettura dell'elenco fornito dalla norma in esame e dai criteri-guida riportati nella Relazione Illustrativa non risulta così agevole definire in concreto l'ambito di applicazione dell'istituto in esame e comprendere le ragioni sulla base delle quali il legislatore abbia ricompreso o escluso alcune materie dall'elenco di cui l'art. 5.

Un primo elemento di disomogeneità è rintracciabile nelle modalità con le quali tali controversie vengono individuate. Infatti, in alcuni casi il legislatore fa riferimento al tipo di rapporto, come nel caso, ad esempio, della locazione, del comodato, dell'affitto di aziende, nonché dei contratti assicurativi, bancari e finanziari. Altre volte egli fa riferimento al tipo di diritto oggetto della lite (condominio e diritti reali); altre volte ancora guarda al risultato cui mirano le parti (divisione) o al tipo di *causa petendi* (successioni ereditarie e risarcimento del danno)²⁷⁸.

Sulla scorta delle critiche in merito all'astrattezza e alla generalità delle scelte operate, «ci si è chiesti, ad esempio, perché inserire tra le materie le cui controversie risultano assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria la responsabilità medica e non qualsiasi altra responsabilità professionale, o, in base a quali parametri le controversie vertenti in determinate materie sono state ritenute più fertili per la composizione amichevole della lite²⁷⁹». Oppure, ancora, non si è compreso per quale ragione l'affitto d'azienda sia stato ricompreso nelle suddette materie, ma la cessione d'azienda ne sia rimasta esclusa²⁸⁰.

Non si è capito, inoltre, per quale ragione tali criteri vengano esposti nella Relazione Illustrativa, ma il testo normativo nulla dica al riguardo. Probabilmente sarebbe stata opportuna una qualche indicazione in tal senso per evitare il sorgere di dubbi applicativi, i quali inevitabilmente dovranno poi essere definiti in sede giurisprudenziale²⁸¹.

Per cercare di colmare tali lacune e risolvere gli interrogativi ermeneutici che sono stati sollevati essenzialmente al fine di comprendere se una determinata materia oggetto di controversia debba considerarsi inclusa o meno tra le fattispecie per le quali è imposto

²⁷⁸ Cfr. LUISO, *La mediazione obbligatoria*, in *Diritto processuale civile, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, settima edizione, Milano, 2013, pp. 66-67.

²⁷⁹ In questi termini SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, in *La nuova mediazione*, *Op.cit.*, pp. 244-245.

²⁸⁰ Cfr. VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, in *La nuova mediazione*, *Op.cit.*, riprendendo BUFFONE, p. 206.

²⁸¹ *Ibidem*.

il tentativo di conciliazione, è necessario fare riferimento ai paradigmi offerti dal diritto civile e dal diritto processuale civile.

Anzitutto, si deve guardare alla domanda proposta dalle parti ovvero all'oggetto della loro pretesa. In merito all'oggetto della domanda occorre fare riferimento al concetto di *petitum* sostanziale, inteso come il bene che la parte mira ad ottenere. In altri termini, occorrerà guardare al contenuto sostanziale delle pretese, di cui anche il giudice dovrà tener conto in sede di individuazione «del contenuto e della portata delle domande sottoposte alla sua cognizione²⁸²». Oltre al *petitum* sarà necessario guardare «l'insieme delle circostanze di fatto che la parte pone a base della propria richiesta²⁸³» (*causa petendi*).

Pertanto, in sede di indagine in ordine all'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria dovrà farsi riferimento ai fatti e alle domande proposte dalle parti, focalizzandosi sul contenuto sostanziale delle pretese e alla natura delle situazioni dedotte in controversia. Dunque, ad un'interpretazione formale deve essere preferita un'interpretazione sostanziale che guardi al concreto rapporto dedotto dalle parti²⁸⁴.

Per quanto riguarda, poi, l'oggetto della domanda, come è stato illustrato in dottrina, il tentativo di conciliazione si rende necessario in due ipotesi. In *primis*, «quando la domanda abbia ad oggetto in via immediata l'accertamento dell'esistenza o inesistenza, o la qualificazione del diritto del rapporto fondamentale indicato dalla legge». In *secundis*, quando la stessa «abbia ad oggetto un effetto, che trova la sua *causa petendi* nel rapporto fondamentale, previsto dalla norma²⁸⁵».

²⁸² In merito all'identificazione del *petitum*, un consolidato orientamento interpretativo ritiene che «il giudice di merito, nella indagine diretta all'individuazione del contenuto e della portata delle domande sottoposte alla sua cognizione, non è tenuto ad attenersi alla mera lettera degli atti nei quali dette domande risultino articolate, ma deve avere riguardo, piuttosto, al contenuto sostanziale delle pretese, desumibile dalla natura delle situazioni dedotte in controversia, senza altri limiti che quelli connessi all'esigenza del rispetto del principio della corrispondenza fra la richiesta e la pronuncia ed al divieto di sostituire d'ufficio domande non esperite a quelle formalmente proposte» (Cass. civ. 2.2.96, n. 900). Sul punto si veda anche Cass. n. 7941/94 e Cass. n. 9166/94.

²⁸³ La Corte di Cassazione ha osservato che: «ai fini della identificazione della “*causa petendi*”, posta dalla parte a base della domanda, non rilevano tanto le ragioni giuridiche addotte a fondamento della pretesa avanzata in giudizio, bensì l'insieme delle circostanze di fatto che la parte pone a base della propria richiesta; cosicché è compito precipuo del Giudice la corretta identificazione degli effetti giuridici scaturenti dai fatti dedotti in causa. Ne consegue che l'enunciazione che la parte faccia delle ragioni di diritto su cui la sua pretesa si fonda può valere a circoscrivere la cognizione del Giudice solo nella misura in cui essa stia a significare che la parte medesima ha inteso trarre dai fatti esposti soltanto quelle e non altre conseguenze giuridiche» (Cass. civ. 2.3.06, n. 4598).

²⁸⁴ Cfr. SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, in *La nuova mediazione*, *Op.cit.*, pp. 247-249.

²⁸⁵ In questi termini LUISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 67.

Considerato tutto ciò, appare opportuno segnalare, infine, quanto ritenuto da un'altra parte della dottrina. Al fine di comprendere se il rapporto giuridico dedotto sia o meno riconducibile all'ambito delle materie per le quali il legislatore ha imposto la condizione di procedibilità bisogna guardare alla funzione economico-individuale, allo scopo pratico del negozio e agli interessi concreti che il contratto è diretto a realizzare²⁸⁶. Infatti, «in sede di interpretazione dell'ambito applicativo della disciplina della mediazione obbligatoria, ad una aprioristica e rigida visione è preferibile una soluzione interpretativa mediana e del caso per caso²⁸⁷».

1.2. La necessità indotta dall'art. 24 Cost. di interpretare restrittivamente le voci dell'elenco di cui all'art. 5, comma 1.bis, d.lgs. 28/2010

L'elenco delle materie per le quali è obbligatorio il previo esperimento del tentativo di mediazione ha portato gli studiosi del diritto a dover riflettere su una questione decisiva: se interpretare restrittivamente o estensivamente l'elenco in analisi. Se l'elencazione è da intendersi come tassativa, allora la condizione di procedibilità dovrà applicarsi solo ed esclusivamente alle materie indicate all'art. 5 del d.lgs. 28/2010. Diversamente, se l'elenco fosse stato predisposto semplicemente a titolo esemplificativo, allora sarebbe possibile ammettere ragionamenti per analogia, con conseguente ampliamento nel novero delle materie da sottoporre al previo esperimento di conciliazione a pena di improcedibilità della domanda.

²⁸⁶ Sul punto Cass. civ. sez. un. 11.11.06, n. 26972 e Cass. civ. n.10490/06 (consultabili in www.cortedicassazione.it).

²⁸⁷ Così SPINA, *Op.cit.*, p. 249. In RISTORI, *La mediazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 171 e ss., l'autrice sottolinea che il criterio per determinare quando sia opportuno sottoporre una controversia a mediazione dovrebbe essere relativo al "tipo" di controversia che oppone le parti, non tanto alla materia che forma oggetto della disputa. In un'ottica satisfattiva (che mira cioè alla ricerca di una soluzione) non tutte le controversie hanno un'eguale predisposizione alla mediazione. In alcune liti vi è un maggiore potenziale di accordo: è il caso, ad esempio, in cui la relazione tra le parti debba continuare non tanto per volere comune quanto per necessità materiale (come nel caso del condominio) oppure giuridica (come nel caso dei legami di parentela). Più difficile è, invece, la valutazione del potenziale negoziale delle dispute caratterizzate da un forte coinvolgimento emotivo di entrambe le parti: può accadere, ad esempio, che i sentimenti negativi delle parti siano così radicati che le stesse non vogliano altro che il riconoscimento ufficiale e pubblico della ragione mediante sentenza. L'autrice sottolinea, però, come un criterio basato sulla tipologia delle controversie per stabilire se queste siano o meno da sottoporre al tentativo di conciliazione risulti impossibile da determinare con legge preventivamente e in astratto. Per questo la scelta del legislatore è stata quella di prevedere il tentativo obbligatorio di mediazione facendo riferimento alla materia della controversia e non alla tipologia della stessa.

Deve osservarsi, innanzitutto, che il legislatore delegato nel definire l'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria ha utilizzato l'espressione "controversie in materia di (...)". Si tratta di una locuzione particolarmente vasta e generale e, in ogni caso, sicuramente più ampia dell'espressione "controversie di (...)"; la stessa giurisprudenza di merito, in sede di analisi dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010, lo ha confermato. Il Tribunale di Palermo nel 2011, infatti, ha rilevato che «è pacifico in giurisprudenza che la formula "controversie in materia di" è più ampia della formula "controversie di"», con la conseguenza, ad esempio, che «una controversia in materia di locazione può riguardare anche liti non strettamente dipendenti dal contratto di locazione, ma in qualche modo collegate allo stesso²⁸⁸».

La scelta di utilizzare un'espressione così ampia sembra essere coerente con l'intento deflattivo delle cause civili pendenti davanti agli uffici giudiziari perseguito dal legislatore del 2010 e apertamente dichiarato nella Relazione Illustrativa nella parte dedicata all'art. 5, d.lgs. 28/2010²⁸⁹. Se si prendesse in considerazione esclusivamente lo scopo deflattivo cui mira la mediazione obbligatoria stragiudiziale, allora sarebbe logico optare per un'interpretazione estensiva dell'elenco delle materie di cui l'art. 5. In questo modo, l'imposizione dell'obbligo fungerebbe ampiamente da filtro per le cause civili, con conseguente riduzione del carico di lavoro delle corti giudiziarie.

Tuttavia, non è questa la conclusione corretta. Infatti, nonostante la dicitura della norma e il dichiarato intento deflattivo possano indurre ad interpretare l'elencazione in senso estensivo, ragionevolmente la giurisprudenza, supportata dall'orientamento dottrinario, ritiene che l'elenco di cui l'art. 5 debba essere invece inteso come tassativo.

Anzitutto, autorevole dottrina sottolinea come le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità costituiscano una deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio sancito dall'art. 24 della Costituzione; la normativa ha natura eccezionale, derogando «sia al *favor libertatis* che alle mediazione facoltativa²⁹⁰». Per questo non è possibile interpretare in senso estensivo l'elenco di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010.

²⁸⁸ Trib. Palermo, sez. distaccata di Bagheria, Ordinanza 16 agosto 2011 (consultabile in www.astrid-online.it).

²⁸⁹ Nella parte della Relazione Illustrativa dedicata all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 si legge che «il comma 1 intende (...) allargare a una vasta serie di rapporti la condizione di procedibilità, sul presupposto che solo una simile estensione possa garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie».

²⁹⁰ In questi termini, VASAPOLLO, *Op.cit.*, riprendendo VIOLA, p. 206.

L'orientamento dottrinario è, per di più, confermato dalla giurisprudenza di merito secondo cui «la minuziosa elencazione delle ipotesi riportate fa ritenere tassativo e non semplicemente esemplificativo (...) quell'elenco e tale tassatività impedisce qualsiasi interpretazione estensiva, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi²⁹¹».

In conclusione, si deve ritenere che «il suddetto elenco debba essere interpretato restrittivamente in quanto la conciliazione obbligatoria costituisce condizione per l'esercizio dell'azione giudiziaria altrimenti libero²⁹²».

Sebbene sia da preferire un'interpretazione tassativa dell'elencazione in esame, va precisato che all'espressione “controversie in materia di” potrà essere data un'interpretazione estensiva «quando - si ritiene - la singola controversia, in concreto, abbia un collegamento con la disciplina delle materie elencate all'art. 5, comma 1, in parola. Il parametro in base al quale verificare se una singola controversia verta, a norma della disposizione in esame, è dunque la disciplina che regola la controversia, la normativa applicabile; dunque la richiesta di tutela, non, invece, parrebbe, la qualità dei soggetti in lite²⁹³».

Vanno affrontate, infine, alcune problematiche riguardanti l'eventuale applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria ad alcune tipologie di contratti.

Per quanto riguarda i contratti misti, per capire se la mediazione vada esperita obbligatoriamente a pena di improcedibilità si dovrà verificare quale dei due contratti prevale.

In caso di contratti collegati, il procedimento di mediazione dovrà essere attivato per il contratto rientrante nelle materie di cui all'art. 5; mentre per il contratto collegato

²⁹¹ Sentenza Trib. Cassino, 11 novembre 2001, citata in SESTO, *Op.cit.*, p. 206. L'art. 12 della Preleggi stabilisce: «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

²⁹² Trib. Pavia, ordinanza del 26-27 ottobre 2011, citata in VASAPOLLO, *Op.cit.*, p. 206.

²⁹³ Così SPINA, *Op.cit.*, p. 251. Sul punto l'autore propone alcuni esempi chiarificativi: 1) «se due soggetti sono tra loro in lite per un inadempimento contrattuale, sebbene i medesimi siano condomini non troverà applicazione la disciplina della mediazione obbligatoria»; 2) al contrario, se « i medesimi soggetti sono in lite per la definizione delle tabelle millesimali, la relativa controversia sarà di natura condominiale e, dunque, trovando applicazione la disciplina del condominio, risulterà assoggettata all'art. 5, primo comma d.lgs. n. 28 del 2010»; 3) «se, però, i due condomini sono in lite per un'infiltrazione, dovrebbe ritenersi, a rigore, che la materia della controversia non sia di natura condominiale, trattandosi, in verità, di una mera controversia di risarcimento danni (sebbene sorta all'interno del condominio), con la conseguente inapplicabilità della disciplina della mediazione obbligatoria».

l'esperimento del tentativo non sarà obbligatorio. Conseguentemente, «potranno essere seguiti due percorsi diversi nella fase pregiudiziale, con successiva riunione nella fase del processo²⁹⁴».

Quanto, invece, ai contratti atipici con causa concreta, ovvero con funzione economico-individuale e scopo pratico del negozio, riconducibili ad una delle materie di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010, si ritiene che «sebbene l'indagine in ordine all'individuazione dell'ambito applicativo della disciplina della mediazione obbligatoria vada svolta nel concreto, analizzando, sul piano sostanziale, l'oggetto della lite, una lettura estensiva delle norme di cui all'art. 5 in parola non appare possibile (...)»²⁹⁵.

Si è detto nel paragrafo precedente che il tentativo di mediazione è necessario: 1) «quando la domanda abbia ad oggetto in via immediata l'accertamento dell'esistenza o inesistenza, o la qualificazione del diritto del rapporto fondamentale indicato dalla legge»; 2) quando la stessa «abbia ad oggetto un effetto, che trova la sua *causa petendi* nel rapporto fondamentale, previsto dalla norma²⁹⁶». Se, da un lato, questi parametri possono considerarsi affidabili in caso di liti relative a “rapporti”²⁹⁷, dall'altro, una doverosa specificazione deve essere fatta circa le controversie in materia di diritti reali. In questi casi occorre escludere dall'obbligo della mediazione: 1) le controversie vertenti su contratti che abbiano ad oggetto diritti reali; 2) le controversie aventi ad oggetto diritti in relazione ai quali è rilevante la titolarità di un diritto reale. In entrambi i casi, infatti, il diritto reale non costituisce l'oggetto diretto e immediato del contendere²⁹⁸.

Rientrano, invece, nell'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria le controversie aventi ad oggetto diritti reali sia su beni mobili che immobili, in quanto dalla lettura delle norme non si coglie una differenza di disciplina a seconda che il diritto reale verta su beni mobili o immobili²⁹⁹.

Le questioni inerenti all'applicabilità della disciplina della mediazione obbligatoria alle controversie in materia di proprietà e diritti reali di godimento e di garanzia, nonché ai

²⁹⁴ In questi termini VASAPOLLO, *Op.cit.*, p. 206.

²⁹⁵ Così SPINA, *Op.cit.*, p. 251.

²⁹⁶ Cfr. LUISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 67.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ Cfr. LUISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op.cit.*, pp. 67-68. Quanto all'applicabilità della mediazione obbligatoria alle liti aventi ad oggetto diritti in relazione ai quali è rilevante la titolarità di un diritto reale, l'autore precisa che la Cassazione ha sempre affermato che in tali casi oggetto del processo non è il diritto reale, pertanto non sussiste l'obbligo della mediazione.

²⁹⁹ *Ibidem*.

procedimenti possessori, saranno oggetto di approfondimento nel capitolo successivo. È sufficiente in tale sede dire che, stante la lettera dell'art. 5 del d.lgs. 28/ 2010: 1) l'esperimento delle azioni petitorie - in linea di principio - deve essere preceduto, a pena di improcedibilità della domanda, dal previo esperimento del tentativo di mediazione³⁰⁰; 2) anche le controversie in materia di diritti reali di godimento e garanzia risultano assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria; 3) i procedimenti possessori sono «esclusi parzialmente³⁰¹» dalla mediazione obbligatoria.

1.3. I procedimenti sottratti all'obbligatorietà del tentativo

L'art. 5, comma 5, del d.lgs. 28/2010, come modificato recentemente dallo schema di d.lgs. recante attuazione della legge 206/2021³⁰², stabilisce che «lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale». La medesima previsione era contenuta nell'art. 5, comma 3, del d.lgs. 28/2010 nella sua formulazione originaria. Peraltro, già nel 2010 non si trattava di una novità, in quanto analoga disposizione era contenuta nell'art. 412.bis, comma 6, c.p.c. vecchio testo.

Sulla base di quanto previsto dall'art. 5, comma 5, il procedimento di mediazione non deve essere esperito necessariamente prima della proposizione della domanda in via d'urgenza e cautelare.

La *ratio* della norma è da rinvenirsi nella Relazione Illustrativa, nella quale si legge che «la mediazione non può andare a discapito della parte che ha interesse a ottenere un provvedimento urgente o cautelare; imporre una sospensione in tali ipotesi significherebbe precludere l'accesso alla giurisdizione rispetto a situazioni che richiedono una decisione in tempi molto ristretti e sulle quali il mediatore è privo di qualsiasi potere d'intervento».

³⁰⁰ Sebbene, sul punto, al *Capitolo III* verranno fatte delle precisazioni in tema di usucapione, proprietà industriale e in caso di liti riguardanti la validità e l'efficacia dei contratti di compravendita, nonché sulle questioni inerenti al condominio e allo scioglimento della comunione.

³⁰¹ Cfr. TICOZZI, *Mediazione obbligatoria*, articolo pubblicato il 2 maggio 2022 in www.avvocatoticozzi.it.

³⁰² Il contenuto della norma è rimasto invariato anche a seguito dell'approvazione del d.lgs. 149/2022.

Con riguardo alla tutela cautelare, la Corte costituzionale in più pronunce ha ribadito il principio secondo cui la previsione di meccanismi conciliativi obbligatori stragiudiziali non deve impedire l'accesso alla tutela cautelare. Quest'ultima, infatti, «in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale in qualsiasi sistema processuale³⁰³».

In termini generali, la Corte ha precisato che per i procedimenti cautelari «l'esclusione dalla soggezione al tentativo di conciliazione si correla alla stessa strumentalità della giurisdizione cautelare³⁰⁴» rispetto all'effettività della tutela garantita dal giudice³⁰⁵. Entrando, poi, maggiormente nello specifico, il Giudice delle Leggi nel 2003 ha proprio stabilito che «il tentativo obbligatorio di conciliazione si arresta in presenza di un'istanza cautelare, prevalendo - sulle altre perseguite dal legislatore - le esigenze proprie della tutela cautelare³⁰⁶».

Se da un lato, dunque, il tentativo obbligatorio di conciliazione è finalizzato ad assicurare un soddisfacimento più immediato (rispetto a quello conseguibile mediante il processo) delle situazioni sostanziali attraverso la composizione preventiva della lite, dall'altro lato, questo interesse svanisce in riferimento all'azione cautelare.

È, dunque, necessario interpretare l'art. 5, comma 5, del d.lgs. 28/2010 come se dicesse: «il mancato espletamento del (...) tentativo di conciliazione non preclude la concessione di provvedimenti cautelari³⁰⁷».

La dizione “provvedimenti urgenti e cautelari” è, peraltro, molto ampia³⁰⁸. Essa, secondo quanto riferisce la Relazione Illustrativa, è comprensiva anche di «quei provvedimenti

³⁰³ Cfr. sentenza della Corte Cost. n. 190 del 28 giugno 1985, (in *Il foro amministrativo*, 1988, fasc. 5, pagg. 1275-1281), richiamata in VASAPOLLO, *Op. cit.*, p. 207. In termini vedere anche *Giur. it.*, 1985, c. 1297 con nota di NIGRO.

³⁰⁴ Cfr. sentenza della Corte Cost. n. 276/2000 (in *Giustizia civile*, 2000, fasc. 10, pagg. 2506-2510, pt. 1), richiamata in VASAPOLLO, *Op. cit.*, p. 207.

³⁰⁵ Sul punto anche la sent. n. 336/1998 (consultabile in www.giurcost.org); sent. n. 165 del 31 maggio 2000 (in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, fasc. 3, pagg. 1483-1503); sent. n. 161 del 31 maggio 2000 (in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, fasc. 6, pagg. 4381-4386); le ordinanze n. 217/2000 e n. 179/2002.

³⁰⁶ In questi termini la Corte cost. nella sentenza n. 199 del 2003 (consultabile in www.giurcost.org).

³⁰⁷ Sulla base di quanto indicato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 403 del 30 novembre 2007 (in *Giurisprudenza italiana*, 2008, fasc. 5, pp. 1099-1104).

³⁰⁸ In VASAPOLLO, *Op. cit.*, p. 209 si osserva come la locuzione potrebbe essere un'endiadi, poiché sembra difficile individuare dei provvedimenti normativi caratterizzati dall'urgenza che si collochino al di fuori della sfera della tutela cautelare.

volti a fronteggiare stati di bisogno, la cui qualificazione è incerta in giurisprudenza e dottrina». Essa ovviamente fa riferimento alle misure cautelari regolate dal codice di rito³⁰⁹, di natura conservativa o anticipatoria³¹⁰, ma anche ai provvedimenti che, pur non essendo propriamente cautelari, si caratterizzano per la celerità con cui sono emanati³¹¹. Come previsto dall'art. 5, comma 5, inoltre, il procedimento di mediazione non preclude la trascrizione della domanda giudiziale. La norma consente all'attore di conseguire gli effetti di cui all'art. 2652 c.c. nel caso in cui la mediazione non si concluda positivamente³¹² e si arrivi, conseguentemente, alla pronuncia della sentenza. Nel

³⁰⁹ Tra cui l'accertamento tecnico preventivo, la cui natura cautelare è stata confermata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 28 gennaio 2010.

³¹⁰ Per quanto riguarda i provvedimenti anticipatori la condizione di procedibilità tornerà ad operare nel caso in cui le parti intendano instaurare il procedimento di merito. Con riguardo, invece, ai provvedimenti conservativi si pone il problema di stabilire, nelle materie in cui la legge impone il tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità, quando tale adempimento debba essere posto in essere al fine di evitare l'inefficacia della misura cautelare. Le soluzioni proposte in SANTAGADA, *La mediazione, Op.cit.*, p. 71, nota n. 116, sono essenzialmente due (sul punto vedere anche VASAPOLLO, *Op.cit.*, p. 211). Da una parte, c'è chi ritiene che debba essere applicato in via analogica l'art. 669-*octies*, comma 4, c.p.c. Dall'altra, invece, «si esclude tale soluzione, attesa l'abrogazione implicita della norma in questione e si indica quale norma applicabile l'art. 5, comma 6, nella parte in cui stabilisce che dalla comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione "impedisce...la decadenza per una sola volta", in quanto tale norma, se interpretata estensivamente, consente l'impedimento dalla decadenza di qualsiasi termine processuale, ivi compreso quello imposto per la instaurazione del giudizio di merito. Così ragionando, l'attività che deve essere posta in essere dalla parte, nel termine perentorio di cui all'art. 669-*octies*, comma 1 e 2, c.p.c., è la proposizione della domanda di mediazione, che impedisce ogni decadenza, ivi compreso il termine imposto per la instaurazione del giudizio di merito una volta concessa la misura cautelare». Il Tribunale di Brindisi (Trib. di Brindisi, Sez. Dist. Francavilla Fontana, ordinanza del 9 gennaio 2012), per l'ipotesi di sequestro conservativo concesso *ante causam* relativamente ad una controversia rientrante nel novero dell'art. 5, comma 1, si è pronunciato stabilendo che «nella prospettiva della piena operatività della disciplina della media-conciliazione obbligatoria» la parte che abbia ottenuto tale misura «pur volendo esperire il procedimento di mediazione non potrà esimersi dall'instaurare il giudizio di merito ex art. 669-*octies* c.p.c. prima o nel corso della mediazione stessa, in quanto, per una parziale antinomia che si auspica possa essere meglio armonizzata de *iure condendo* (...), il termine di durata della procedura conciliativa ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 28/2010 può spingersi fino a 4 mesi, ed è dunque più ampio rispetto al termine perentorio di cui all'art. 669-*octies*, comma 1, c.p.c.. Di conseguenza, la parte interessata, ove volesse attendere l'esito della media-conciliazione prima di introdurre il giudizio di merito, rischierebbe, in caso di mancato accordo, di vedere vanificata anche la tutela conservativa già ottenuta a seguito dell'inefficacia ex art. 669-*novies* c.p.c.».

³¹¹ Tra questi provvedimenti rientrano l'ordinanza provvisoria ex art. 147 del codice delle assicurazioni private, tutte le ordinanze provvisorie previste dal codice di rito e dalle leggi speciali (con esclusione delle ordinanze anticipatorie di cui gli artt. 186.bis e ss. c.p.c., come si legge in TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, p. 166), l'ordinanza di reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 l. 300/1970, il decreto motivato di repressione della condotta sindacale ex art. 28 l. 300/1970. Sul punto anche TRISORIO LIUZZI, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001.

³¹² Osserva LUISO, *La mediazione obbligatoria, Op.cit.*, p. 71. che la trascrizione della domanda produce effetti protettivi solo nel caso in cui la mediazione abbia esito positivo; a niente serve, invece, nell'ipotesi in cui un accordo venga raggiunto. Quest'ultimo, infatti, non potrà beneficiare degli effetti della trascrizione della domanda, in quanto i suoi effetti nei confronti di terzi si produrranno non dalla data in cui è stata trascritta la domanda, bensì dalla data della sua trascrizione.

concreto, stante l'effetto prenotativo connesso alla trascrizione della domanda giudiziale, gli effetti della sentenza di accoglimento della domanda retroagiranno al momento della trascrizione della domanda giudiziale, con conseguente opponibilità di tali effetti ai terzi. Va precisato che ciò vale solo se il giudizio si svolge e si conclude con una sentenza di accoglimento, non se la lite viene composta con l'accordo raggiunto in mediazione. Difatti, nell'ipotesi in cui «si addivenga alla conciliazione della controversia, la trascrizione della domanda non produce alcun effetto prenotativo – in altri termini, l'effetto prenotativo si “perde” - rispetto all'accordo raggiunto in sede di mediazione. Infatti, ancorché l'accordo raggiunto in sede di mediazione possa, a talune condizioni, essere trascritto, i suoi effetti non possono retroagire al momento della trascrizione della domanda giudiziale, attesa l'eterogeneità della domanda giudiziale e dell'accordo conciliativo³¹³».

In caso di controversia soggetta obbligatoriamente al previo tentativo di mediazione la parte intenzionata a trascrivere la domanda giudiziale può, a prescindere dall'avvio della mediazione, introdurre il processo. Ovvio, però, che il giudizio introdotto prima o durante il completamento della mediazione non potrà proseguire prima dell'espletamento della procedura conciliativa³¹⁴.

Indubbiamente il legislatore avrebbe potuto prevedere direttamente la trascrivibilità della domanda di mediazione una volta che questa fosse stata notificata, come accade, peraltro, per la domanda arbitrale. Al riguardo, però, va fatta una considerazione importante: «la trascrizione di una domanda di mediazione avrebbe comunque una portata molto limitata, in quanto evidentemente essa potrebbe “prenotare” solo la trascrizione di un accordo il cui contenuto corrisponda alla domanda stessa: ogni ulteriore pattuizione che diverga dalla domanda evidentemente non potrebbe acquisire efficacia verso i terzi a far data dalla trascrizione della domanda³¹⁵».

Il d.lgs. n. 28/2010 all'art. 5, comma 6, (nella formulazione originaria la norma di riferimento era il comma 4 dell'art. 5) sottrae alcuni procedimenti all'obbligatorietà del tentativo di mediazione e alla facoltà del giudice di disporre la mediazione delegata *ex*

³¹³ Cfr. SANTAGADA, *La mediazione*, *Op.cit.*, p. 71.

³¹⁴ Secondo CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 625, in questo caso il processo sarebbe improseguibile ovvero affetto da un'improcedibilità *sui generis*.

³¹⁵ Cfr. LUISSO, *La mediazione obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 71.

art. 5-*quater*, d.lgs. 28/2010. Si tratta di procedimenti sommari e talvolta caratterizzati dall'essenza di contraddittorio; in quanto riti particolarmente celeri, l'obbligo dell'esperimento di mediazione risulterebbe per questi addirittura inutile o controproducente, poiché determinerebbe un rallentamento del processo incompatibile con la loro disciplina³¹⁶.

All'interno dell'elenco dei provvedimenti sottratti all'obbligatorietà del tentativo di mediazione è possibile operare una distinzione. Vi è una prima categoria di procedimenti nei quali l'obbligo di mediazione scatta dopo l'emanazione dei provvedimenti che in via interinale e/o sulla base di un accertamento sommario hanno accordato la tutela richiesta. Si tratta dei procedimenti per ingiunzione, dei procedimenti per convalida di licenza o sfratto e dei procedimenti possessori (rispettivamente lett. *a*), *b*) e *d*) dell'art. 5, comma 6). Pare opportuno analizzarli nel dettaglio.

Il primo caso di esclusione riguarda i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione (lett. *a*). Il legislatore italiano, sotto questo aspetto, si è limitato a recepire quanto dottrina e giurisprudenza avevano constatato circa l'inopportunità di imporre il tentativo obbligatorio di conciliazione nei procedimenti di ingiunzione nelle controversie di lavoro³¹⁷. A seguito della decisione sulle istanze di concessione o di sospensione della provvisoria esecuzione³¹⁸, tuttavia, tornano ad essere applicabili l'art. 5, comma 6, e l'art. 5-*quater* del d.lgs. 28/2010 (in origine i commi 1 e 2 dell'art. 5)³¹⁹.

³¹⁶ Nella Relazione Illustrativa si legge che «il carattere che accomuna i procedimenti elencati è dato dal fatto che essi sono posti a presidio di interessi per i quali un preventivo tentativo obbligatorio di mediazione appare inutile o controproducente, a fronte di una tutela giurisdizionale che è invece in grado, talvolta in forme sommarie e che non richiedono un preventivo contraddittorio, di assicurare una celere soddisfazione degli interessi medesimi».

³¹⁷ Cfr. Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro.it*, 2000, I, c. 2752; Corte cost. 6 febbraio 2001, n. 29, in *Giur. it.*, 2001, p. 1093, con nota di FONTANA; Trib. Pesaro 20 maggio 2009; negli stessi termini, Corte cost. 1° giugno 2004, n. 163, in *Foro it.*, 2004, c. 163; Trib. Torino 2 dicembre 2005, in *Giur. mer.*, 2006, p. 16; Trib. Biella 17 gennaio 2006, in *Giur. it.*, 2006, p. 2122; Trib. Milano 11 marzo 2009, n. 3383; Trib. Milano 30 marzo 2009, n. 4236; Trib. Belluno 4 novembre 2009, in *Foro it.*, 2010, c. 692.

³¹⁸ Va constatato che, laddove sia stata concessa (*ab origine* o in sede di opposizione) la provvisoria esecutività al decreto ingiuntivo le *chance* di giungere ad un accordo in mediazione si riducono alquanto, per l'ovvia ragione che il creditore, munito del titolo esecutivo, sarà davvero poco incline a fare concessioni.

³¹⁹ In caso di opposizione a decreto ingiuntivo, nessuna norma individua espressamente chi, tra debitore opponente e creditore opposto, abbia l'onere di promuovere la mediazione. Il tema è stato oggetto di un ampio dibattito e ha visto contrapporsi due pronunce della Suprema Corte, le quali verranno ora brevemente illustrate. Nel 2015 la Corte di Cassazione si pronunciò attribuendo l'onere di proporre la mediazione obbligatoria in capo al debitore opponente, in quanto «è l'opponente che intende precludere la via breve per percorrere la via lunga (...). È, dunque, l'opponente ad avere interesse ad avviare il

Il tentativo di mediazione obbligatoria non si applica neppure ai procedimenti di cui alla lett. b) dell'art. 5, comma 6, per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c. (ossia fino alla trasformazione del rito da sommario a cognizione piena). Anche questi sono procedimenti ad accertamento sommario che mirano a consentire all'attore di conseguire rapidamente un titolo esecutivo; per questo si esclude l'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria, la quale, però, torna ad essere applicabile quando il processo prosegue nelle forme ordinarie.

Un ulteriore caso di esclusione - l'ultimo rientrante in questa prima categoria - riguarda i procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, comma 3, c.p.c. (lett. d). L'art. 703 c.p.c.³²⁰ contiene la disciplina delle c.d. azioni possessorie, riconosciute dal legislatore al possessore spogliato, molestato o turbato nell'esercizio del suo potere di fatto sulla cosa. Nello specifico, con l'azione di reintegrazione si mira a reintegrare nel possesso del bene chi sia rimasto vittima di uno spoglio violento o clandestino (art. 1168 c.c.); mentre l'azione di manutenzione è volta a reintegrare nel possesso del bene chi sia stato vittima di uno spoglio non violento né clandestino (art. 1117, comma 3, c.c.) ovvero a far cessare le molestie o le turbative di cui sia stato vittima il possessore (art. 1170, comma 1, c.c.). La forma dell'atto

procedimento di mediazione pena il consolidamento degli effetti del decreto ingiuntivo *ex art. 653 c.p.c.*» (Cass. civ., sez. III, sentenza n. 24629 del 3 dicembre 2015, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, fasc. 4-5, pp. 1284-1292). La soluzione offerta dalla Corte, tuttavia, non pose fine al dibattito, tant'è che nel 2019 (con l'ordinanza interlocutoria 18741/2019) la Terza Sezione della Suprema Corte ritenne necessario rimettere alle Sezioni Unite proprio la soluzione della questione relativa all'individuazione della parte processuale tenuta a promuovere la procedura di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 19596 del 18 settembre 2020, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, fasc. 1, pp. 402-419), sancirono il seguente principio di diritto (opposto rispetto alla soluzione adottata dalla Corte nel 2015): «nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-*bis* conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo» (per un approfondimento sulle ragioni di carattere testuale, logico e sistematico che indussero le Sezioni Unite a riconoscere l'onere di proporre la mediazione obbligatoria in capo al creditore opposto vedere *Mediazione obbligatoria: dopo l'opposizione a decreto ingiuntivo l'onere grava sul creditore*, articolo pubblicato il 21 settembre 2020 in *altalex.com*). Successivamente alla pronuncia del giudice ai sensi degli artt. 648 e 649 c.p.c., la parte tenuta ad attivarsi per evitare la declaratoria di inammissibilità è la parte opposta, attore sostanziale e creditore effettivo. In questi termini Trib. Varese 18 maggio 2012 e Trib. Lamezia Terme 19 aprile 2012, ripresi in SANTAGADA, *La mediazione*, *Op.cit.*, p. 73, nota n. 125.

³²⁰ L'art. 703 c.p.c. è stato modificato dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80). In particolare, è stato sostituito il comma 2 (che ora dispone «il giudice provvede ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti, in quanto compatibili) e sono stati aggiunti gli attuali commi 3 e 4.

introduttivo, sia per l'azione di reintegrazione che per quella di manutenzione, è rappresentata dal ricorso (per indicazione dell'art. 703, comma 1, c.p.c.), il quale va presentato al giudice del luogo dove si è verificato lo spoglio o la turbativa (art. 21 c.p.c.). Segue, poi, una più generale prescrizione, secondo cui il giudice adito in possessoria «procede ai sensi degli artt. 669.bis ss., in quanto compatibili» (comma 2). Si ritiene che i procedimenti possessori abbiano una struttura bifasica³²¹. La prima fase, c.d. fase interdittale, è volta ad adottare nell'immediatezza i provvedimenti necessari a

³²¹ In questa sede è necessario quantomeno fare un cenno alle problematiche che sorsero intorno agli anni '90 con riferimento alla natura bifasica del procedimento possessorio; questo permette di cogliere il senso delle modifiche apportate agli artt. 703 e 704 c.p.c. dal d.l. 35/2005. Prima della novellazione del c.p.c. recata dalla l. 356/90, il procedimento possessorio era disciplinato mediante il richiamo al procedimento nunciatorio: l'art. 703, comma 2, c.p.c. richiamava gli artt. 689 c.p.c. e ss. per l'azione di reintegra e analoga disciplina era dettata per l'azione di manutenzione. Dal combinato disposto degli artt. 703 e 689 c.p.c. il procedimento possessorio risultava articolato in due fasi, la prima sommaria e la seconda destinata a svolgersi nelle forme del processo ordinario di cognizione. La domanda giudiziale era idonea a sorreggere entrambe le fasi ed era contenuta nel ricorso introduttivo al pretore. La prima fase si concludeva con ordinanza resa in contraddittorio, destinata ad essere assorbita dalla sentenza, revocabile o modificabile durante la seconda fase e la cui efficacia veniva meno in caso di estinzione del giudizio durante la seconda fase. Questo modello delle azioni possessorie venne messo in discussione quando con la l. 353/90 venne introdotto il rito cautelare uniforme, vennero abrogati gli artt. 689 e 690 c.p.c. e vennero sostituiti i commi 2 e 3 dell'art. 703 c.p.c. Dunque, dopo la novella del '90 vennero elaborate alcune ipotesi ricostruttive circa la struttura del procedimento possessorio, di cui non è possibile dare conto in questa sede (per un approfondimento v. COSENTINO, *Il procedimento possessorio*, in www.fondazioneforensefirenze.it). Basti ricordare che, dopo anni di dubbi interpretativi sul punto, le Sezioni Unite della Cassazione (Cass., Sez. Unite, sent. del 24 febbraio 1998 n. 1984, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, fasc. 12, pp. 2255-2256) hanno recepito la tesi della struttura bifasica del procedimento, il quale, dunque: si introduce con ricorso idoneo a sorreggere sia la fase sommaria che quella di cognizione piena; prevede una prima fase sommaria destinata a concludersi con ordinanza di accoglimento o rigetto della domanda interdittale; prevede una seconda fase di merito possessorio destinata a concludersi con sentenza, soggetta ad appello ed idonea ad acquisire l'efficacia di accertamento tipica del giudicato sostanziale. Il legislatore, poi, è intervenuto con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80) apportando una serie di modifiche al c.p.c. Nello specifico: 1) al comma 2 dell'art. 703 c.p.c. sono state aggiunte le parole "in quanto compatibili"; 2) è stato inserito al medesimo articolo il comma 3, il quale prevede la reclamabilità dell'ordinanza che conclude la fase sommaria, accogliendo o respingendo la domanda di reintegra o di manutenzione; 3) è stato aggiunto il comma 4 all'art. 703 c.p.c., il quale stabilisce che la prosecuzione del giudizio per la trattazione del merito possessorio costituisce uno sviluppo eventuale (non più necessario) rimesso alla richiesta di una delle parti. In virtù di quest'ultimo comma, se non vi è richiesta di una delle parti, l'ordinanza (avente efficacia esecutiva) emessa all'esito della fase sommaria definisce il processo. Di fatto, il legislatore del 2005 ha essenzialmente confermato il modello che le Sezioni Unite della Cassazione avevano elaborato con riferimento ai procedimenti possessori: permane la struttura bifasica del giudizio, destinato a concludersi con una pronuncia avente forma di sentenza e attitudine al giudicato. Con la differenza sostanziale, però, che per l'avvio della seconda fase è necessario un atto di impulso di parte, in assenza del quale rimane comunque integra l'efficacia esecutiva dell'ordinanza interdittale. Sul punto v.: ANNUNZIATA, *Brevi note sulla natura del procedimento possessorio* (in *Archivio civile*, 1998, fasc. 9, pp.) e *Le Sezioni Unite della Cassazione confermano la natura bifasica del procedimento possessorio* (in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1998, fasc. 3, pt. 1, pp. 591-592); DE NOZZA, *Brevi note sui recenti sviluppi della giurisprudenza in materia di giudizio possessorio* (in *Archivio civile*, 1999, fasc. 4, pp. 468-470); BASILICO, *Efficacia dell'interdetto possessorio*, in *I procedimenti possessori*, a cura di A. Carratta, p. 210.

garantire il godimento del possesso o la cessazione delle turbative al medesimo. Tali provvedimenti, definiti provvedimenti interdittali, sottendono una certa urgenza nel provvedere, la quale è incompatibile sia con la mediazione obbligatoria che con quella delegata. La Relazione Illustrativa al d.lgs. 28/2010 osserva che «l'esclusione dei procedimenti possessori fino all'adozione dei provvedimenti interdittali si giustifica per motivi analoghi a quelli che riguardano i provvedimenti cautelari (somma urgenza nel provvedere)».

La seconda fase, c.d. di merito, si svolge secondo le forme del rito ordinario e ha natura eventuale e facoltativa³²², poiché attivabile solo su istanza di parte (difatti, l'art. 703, comma 4, c.p.c. stabilisce «se richiesto da una delle parti (...) il giudice fissa dinanzi a sé l'udienza per la prosecuzione del giudizio di merito»). La collocazione dei procedimenti possessori nell'elenco disposto dal legislatore deriva - come si legge nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 28/2010 - dal fatto che «il procedimento possessorio può conoscere una fase di merito (articolo 703, quarto comma, codice di procedura civile), nella quale è incongruo non consentire la mediazione».

Dunque, proprio per la loro natura bifasica (eventuale) i procedimenti possessori (insieme ai procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, e ai procedimenti per convalida di licenza o sfratto) rientrano in quella categoria di procedimenti per i quali l'esclusione dell'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria si potrebbe definire "parziale". L'esclusione della mediazione obbligatoria non è radicale in caso di procedimenti possessori, rispetto ai quali la procedura di mediazione obbligatoria, infatti, può avere inizio a seguito alla pronuncia dei provvedimenti *ex art. 703*, comma 3, c.p.c. adottati nella fase c.d. interdittale.

Sull'argomento va fatta una considerazione. Il legislatore esclude l'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria in caso di procedimenti possessori fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, comma 3, c.p.c., ossia fino all'adozione dell'ordinanza che concede o nega la tutela possessoria (in altri termini, l'ordinanza di accoglimento o rigetto della domanda di reintegra o di manutenzione). Le azioni a tutela

³²² Poiché questa seconda fase ha natura eventuale e facoltativa dal suo mancato esperimento non deriva l'inefficacia del provvedimento interdittale, salvo il caso disciplinato dall'art. 669-*novies*, comma 3, c.p.c. - cui fa espresso riferimento l'art. 703, ultimo comma, c.p.c. - riguardante la mancata prestazione della cauzione.

del possesso, come detto, sono le azioni di reintegrazione e manutenzione. Con esse, evidentemente, non si tutela il diritto di proprietà (diritto reale e, in quanto tale, assoggettato alla disciplina della mediazione obbligatoria), bensì la situazione di fatto in cui si concreta il possesso (e il possesso non è un diritto reale). Se le materie di mediazione obbligatoria sono da considerarsi (correttamente) tassative, dovrebbe escludersi che i procedimenti possessori (i quali hanno per oggetto la reintegrazione o la manutenzione nel possesso) rientrino nell'obbligo sancito in materia di diritti reali (perché, appunto, il possesso non è un diritto reale). Se, da un lato, allora, si dovrebbe escludere l'applicazione della mediazione obbligatoria in caso di liti riguardanti il possesso, dall'altro, si potrebbe anche ritenere che l'art. 5, stante quanto disposto al comma 4, lett. *d*), in realtà intenda proprio prevedere «implicitamente ma necessariamente, (che) il tentativo di mediazione si applichi (...) anche alle controversie possessorie. Dunque, è chiaro che in questo caso dobbiamo dare un'interpretazione estensiva della nozione di “diritti reale”³²³». In altri termini, non dovrebbe operare l'obbligo di mediazione se si interpreta in maniera restrittiva il concetto di diritti reali, ma nella norma in analisi sembra darsi per presupposto che per le azioni possessorie il tentativo obbligatorio debba essere esperito dopo la pronuncia dei provvedimenti *ex art.* 703, comma 3, c.p.c.

A questa prima categoria di procedimenti se ne affianca una seconda, comprendente procedure rispetto alle quali la mediazione obbligatoria o sollecitata dal giudice è assolutamente esclusa. In tale alveo rientrano i procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, i procedimenti in camera di consiglio e l'azione civile esercitata nel processo penale (rispettivamente lett. *c*), *e*), *f*) e *g*) dell'art. 5, comma 6).

Innanzitutto, la lett. *c*) dell'art.5, comma 6, d.lgs. 28/2010 esclude i procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696.*bis* c.p.c. Sebbene questa esclusione venne introdotta con l'art. 84, comma 1, lett. *d*), D.L. 69/2013, già prima di tale esplicita previsione si era osservato che la consulenza tecnica preventiva *ex art.* 696.*bis* non potesse rientrare nell'ambito di applicazione di cui al d.lgs.

³²³ Cfr. LUIISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 68.

28/2010. Tale considerazione trova la propria *ratio* nella natura conciliativa del procedimento: la consulenza tecnica preventiva, infatti, nonostante sia inserita nella parte del c.p.c. relativa ai procedimenti cautelari, viene concepita come uno strumento alternativo delle controversie. Questa ricostruzione è supportata anche dalla giurisprudenza, secondo cui l'art. 696.bis c.p.c. è sostanzialmente «uno strumento alternativo di risoluzione della controversia a scopo deflattivo del contenzioso civile e con fini, dunque, espressamente e primariamente conciliativi più che di cautela³²⁴». A confermare la natura non cautelare della consulenza tecnica preventiva è stato anche il Tribunale di Varese, il quale ha sottolineato che «la prevalente giurisprudenza di merito (...) aderisce vuoi implicitamente vuoi esplicitamente alla tesi dottrina che iscrive l'istituto nell'alveo delle *alternative dispute resolution*, valorizzando la tensione della norma verso la composizione della lite, l'intervento di un terzo neutrale e le agevolazioni fiscali³²⁵». Il Tribunale aveva concluso nel senso che «consulenza tecnica preventiva (696-bis c.p.c.) e mediazione (d.lgs. 28/2010) perseguono la medesima finalità, introducendo entrambi gli istituti un procedimento finalizzato alla composizione bonaria della lite, così da apparire tra loro alternativi e, quindi, apparendo le norme di cui al d.lgs. 28/2010 incompatibili logicamente e, quindi, non applicabili dove la parte proponga una domanda giudiziale per una C.T.U. preventiva³²⁶».

Il previo tentativo di mediazione non trova applicazione nemmeno nei procedimenti di cui la lett. e) dell'art.5, comma 6, ossia i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata³²⁷. L'esclusione si giustifica non tanto per

³²⁴ Trib. Busto Arsizio, sent. del 25 maggio 2010, consultabile in lesentenze.it.

³²⁵ Trib. Varese Sez. I, Decr., 21.04.2011. Il Tribunale ha avuto cura di elencare la giurisprudenza di merito aderente alla tesi dottrina che iscrive l'istituto nell'alveo delle *alternative dispute resolution*: «*ex multis*, v. Tribunale Trento 22 maggio 2009 Tribunale Mantova 21 maggio 2009. Tribunale Barcellona Pozzo Di Gotto 03 marzo 2009. Tribunale Mondovì 21 novembre 2008. Tribunale Mantova 04 settembre 2008. Tribunale Pavia 14 luglio 2008. Tribunale Mantova 03 luglio 2008; Tribunale Torino 31 marzo 2008. Tribunale Nola 19 febbraio 2008».

³²⁶ Il tema sarà oggetto di approfondimento nel *sottoparagrafo 1.5.2.* del presente paragrafo.

³²⁷ Locuzione quest'ultima comprensiva delle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, dell'opposizione di terzo all'esecuzione, dell'accertamento del credito dell'interventore, dell'accertamento dell'obbligo del terzo, delle controversie distributive. Cfr. MINELLI, *Commento all'art. 5, d.lgs. n. 28/2010*, in BOVE, *La mediazione*, p. 192; VASAPOLLO, *Op.cit.*, pp. 216-217. In generale, osserva LUISO, *La mediazione obbligatoria, Op. cit.*, p. 74, vi sono dei casi in cui la controversia attiene a diritti indisponibili (es. l'opposizione agli atti esecutivi e l'opposizione all'esecuzione quando si contesta l'esistenza e l'efficacia del titolo esecutivo) e altri casi, invece, in cui il diritto è disponibile (es. l'opposizione all'esecuzione quando si contesta l'esistenza del diritto sostanziale da tutelare). Nonostante ciò, il legislatore ha escluso sempre e comunque l'obbligatorietà del tentativo di mediazione, per evitare l'insorgere di dubbi o incertezze

esigenze di celerità del rito, quanto per garantire l'autonomia di questi procedimenti strettamente connessi con l'esecuzione forzata. Si legge nella Relazione Illustrativa che «consentire o, peggio, imporre la dilazione nella fase processuale in cui la soddisfazione del singolo diritto è più prossima significherebbe aprire la strada a manovre dilatorie da parte dei debitori esecutati³²⁸».

Per i procedimenti in camera di consiglio, l'esclusione sia della mediazione obbligatoria che di quella delegata si spiega in ragione della «flessibilità e rapidità con cui il giudice può provvedere sul bene della vita richiesto³²⁹». In questo caso, in realtà, non sarebbe stata neppure necessaria un'esplicita esclusione, poiché i procedimenti in camera di consiglio «o attengono ad una tutela non dichiarativa, oppure riguardano diritti indisponibili³³⁰».

Per quanto riguarda, invece, l'azione civile esercitata nel procedimento penale, l'esclusione è ricollegabile alla circostanza che «tale azione è subordinata ai tempi e alle condizioni dello stesso (procedimento penale); condizionarne l'esercizio alla previa mediazione equivarrebbe a impedire o a ostacolare fortemente la costituzione di parte civile, così sacrificando una forma di esercizio dell'azione civile da reato di grande efficacia e forte valore simbolico³³¹».

Con il d.lgs. n. 149/2022, attuativo della L. delega n. 206/2021 è stata introdotta all'art. 5, comma 6, del d.lgs. 28/2010 un'ultima ipotesi di esclusione: si tratta dell'azione inibitoria di cui all'art. 37 del Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005). In realtà, già prima di questo recente intervento legislativo si riteneva che dall'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria dovesse essere esclusa l'azione inibitoria di cui l'art. 37 del Codice del consumo, nonché le azioni previste dagli artt. 140 e 140.bis del d.lgs. n. 206/2005³³². Tuttavia, gli artt. 140 e 140.bis, d.lgs. n. 206/2005, rispettivamente

³²⁸ Secondo MINELLI, *Op.cit.*, p. 192, in questi casi, nulla impedisce di procedere con una mediazione facoltativa al fine di giungere ad una conciliazione.

³²⁹ Così la Relazione Illustrativa *sub* art. 5 del d.lgs. 28/2010.

³³⁰ In questi termini LUISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op. cit.*, p. 74.

³³¹ Così la Relazione Illustrativa *sub* art. 5 del d.lgs. 28/2010.

³³² Cfr. VASAPOLLO, *Op.cit.*, p. 219. Il legislatore delegato, come si evince dalla lettura della Relazione Illustrativa al d.lgs. 28/2010, ha reputato che «nel caso delle azioni a tutela di interessi superindividuali, l'esclusione nasce o dall'esistenza di un'autonoma condizione di procedibilità o dalla constatazione che non è concepibile una mediazione nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni». Sul punto anche LUISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op. cit.*, p. 69.

disciplinanti l'azione inibitoria e l'azione risarcitoria di classe³³³, sono stati abrogati dalla Legge n. 31 del 12 aprile 2019. Pertanto, ai fini della presente trattazione, rileva esclusivamente l'art. 37 del d.lgs. n. 206/2005. Quest'ultimo disciplina l'azione inibitoria promossa dalle associazioni rappresentative dei consumatori, dei professionisti e delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nei confronti del professionista o dell'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto di cui si è accertata l'abusività. Per questa azione era prevista un'autonoma condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 140, comma 5, del Codice del consumo³³⁴, il quale prevedeva che detta azione (e quella disciplinata all'art. 140, d.lgs. n. 206/05) potesse essere proposta «solo dopo che siano decorsi 15 giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto il soggetto da essere ritenuto responsabile (...) la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti». Peraltro, lo stesso articolo, al comma 2, riconosceva ai soggetti legittimati la possibilità di attivare, prima del ricorso al giudice, «la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell'articolo 141».

Merita, infine, di essere fatta una considerazione circa il procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 702.bis c.p.c., il quale non è ricompreso nel catalogo dell'art. 5, comma 6, d.lgs. 28/2010 (in analogia alle versioni precedenti). Tale mancata inclusione può essere spiegata nel seguente modo: si può ritenere che la scelta legislativa di non includere il procedimento nell'elenco di cui all'art. 5, comma 6, si fondi sull'idea che, in realtà, «il rito in questione sia solo formalmente sommario, ma nella sostanza prossimo alla cognizione piena³³⁵». A prescindere dalle ragioni sottese alla scelta

³³³ Per un approfondimento vedere VASAPOLLO, *Op.cit.*, p. 219 e ss.

³³⁴ L'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 206/2005, stabilisce: «per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1, si applicano le disposizioni dell'articolo 140».

³³⁵ Per questa interpretazione vedere TISCINI, *La mediazione civile e commerciale, Op.cit.*, p. 172, ripresa da SANTAGADA, *La mediazione, Op.cit.*, p. 75. Sul punto anche AVESANI-LUPANO, *Il rapporto con il processo*, in *La mediazione civile e commerciale, Op.cit.*, p. 334 e ss. e VASAPOLLO, *Op.cit.*, p. 222 e ss.

legislativa, il fatto che tale procedimento non sia stato inserito nell'elenco in esame, impone di ritenere applicabile tanto la mediazione obbligatoria, ove si versi in uno dei casi di cui l'art. 5, comma 1, quanto quella demandata dal giudice *ex art. 5-quater*³³⁶.

1.4. La condizione di procedibilità e il suo corretto avveramento

L'art. 5, comma 2, del d.lgs. 28/2010 (come modificato dallo schema di d.lgs. recante attuazione della legge 206/2021) è chiaro nel prevedere che nelle controversie per le quali il previo tentativo di conciliazione è obbligatorio «l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Il d.lgs. 28/2010 prevede, dunque, una fattispecie di giurisdizione condizionata: l'accesso alla tutela giurisdizionale è possibile solo allorché si sia verificata la condizione prevista dal legislatore. In questo caso «la condizione è l'esperimento di un procedimento di mediazione³³⁷», il quale deve essere tentato nel rispetto delle condizioni e dei termini previsti dalla disciplina dell'istituto. L'esperimento del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda implica che lo stesso sia presupposto processuale sanabile con efficacia *ex tunc*³³⁸. Conseguentemente, in ipotesi di sanatoria, gli effetti della domanda decoreranno con efficacia retroattiva sotto il profilo sia sostanziale che processuale. L'accesso alla giustizia garantito dalla Costituzione, dunque, non verrà impedito, ma piuttosto differito (vi sarà, infatti, un mero differimento

³³⁶ Sul punto, tuttavia, si è pronunciato diversamente il Tribunale di Firenze, secondo il quale la mediazione obbligatoria è esclusa per le cause introdotte nelle forme del procedimento sommario di cognizione *ex art. 702.bis e ss. c.p.c.* salvo che, per la complessità istruttoria o contenutistica della controversia, sia necessario procedere ad un'istruzione non sommaria che imponga la conversione del processo nel rito ordinario di cognizione, nel qual caso dovrà procedersi secondo quanto previsto dal primo comma dell'art. 5 d.lgs. 28/2010 (Trib. Firenze, sez. III, 22 maggio 2012).

³³⁷ Così LUISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op. cit.*, p. 64.

³³⁸ Effetti differenti vi sarebbero stati se il tentativo di conciliazione fosse stato previsto quale condizione di proponibilità. In questo caso, infatti, il mancato avveramento della condizione, avrebbe comportato il venir meno di un requisito di validità della domanda, non suscettibile di sanatoria, con conseguente violazione del diritto di difesa (Cfr. VASAPOLLO, *Op.cit.*, p. 225). La Corte costituzionale, riguardo alla condizione di proponibilità, ha osservato che «una così grave compressione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost. e, più specificamente, della tutela giurisdizionale dei diritti contro gli atti della pubblica amministrazione, incondizionatamente garantita dall'art. 113, e sproporzionata rispetto all'esigenza di consentire all'amministrazione la possibilità di esaminare preventivamente le doglianze degli utenti al fine di accertarne l'eventuale fondatezza, evitando lunghe e dispendiose procedure giudiziarie, e assume il carattere di privilegio ingiustificato. Ne risulta violato anche l'art. 3 Cost. sotto il profilo del principio di eguaglianza delle parti del contratto, al quale deve conformarsi la disciplina del rapporto degli utenti con l'amministrazione postale in quanto rapporto di natura contrattuale fondamentalmente soggetto al regime del diritto privato (cfr. sentenze nn. 303 e 1104 del 1988)» (Corte cost. sent. n. 15 del 18 gennaio 1991).

dell'udienza al fine di consentire alle parti l'espletamento del procedimento di mediazione omesso o non concluso). In linea di principio, come illustrato nel capitolo precedente, il diritto di accedere alla giurisdizione non può ritenersi di per sé precluso a fronte della previsione di una fase pre-processuale obbligatoria. Alle parti, infatti, viene riconosciuta in ogni caso la possibilità di proseguire successivamente in sede giurisdizionale. Il Giudice delle Leggi ha più volte chiarito che il tentativo obbligatorio di mediazione è finalizzato ad assicurare l'interesse al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali mediante la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo, in modo perfettamente coerente con i principi comunitari³³⁹.

Poiché il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, il suo mancato esperimento determina l'improcedibilità della domanda giudiziale. Il giudice pronuncia in tal caso sentenza di rito contenente altresì la pronuncia sulla condanna alle spese. In questo senso si è espresso, innanzitutto, il Tribunale di Siena nel 2012. Quest'ultimo, rilevando che nel caso di specie lo scopo della parte (attrice) era stato quello di eludere - sul piano sia della sua funzione processuale sia dei suoi riflessi pecuniari - l'obbligatorietà della media-conciliazione, aveva dichiarato «improcedibile l'opposizione proposta (...) avverso il decreto ingiuntivo³⁴⁰» e condannato la parte (attrice nel caso di specie) al pagamento delle spese processuali. Tale statuizione - sottolinea il tribunale - ha la «forma di sentenza poiché le condizioni di procedibilità, come riconosciuto dalla giurisprudenza unanime sull'interpretazione

³³⁹ Corte cost.: sent. n. 73/1988; sent. n. 276/2000; sent. n. 333/2001; sent. n. 522/2002; sent. n. 114/2004; sent. n. 403/2007; sent. n. 51/2009.

³⁴⁰ Tribunale di Siena, sentenza del 25 giugno 2012 (consultabile in resaequaeadr.it.) Nella causa presentata dinanzi al Tribunale la parte attrice chiedeva in via pregiudiziale di accertare l'incompetenza territoriale del tribunale di Siena in favore di quello di Livorno, Sezione Distaccata, di Porto Ferraio e di dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo n. 73/2011. Nel merito, chiedeva, in tesi, di accertare e dichiarare l'inefficacia e l'invalidità e/o nullità dell'ingiunzione di pagamento n. 73/2011; sempre in ogni caso con vittoria di spese, competenze ed onorari. In via istruttoria chiedeva di ammettersi C.T.U. contabile volta a determinare l'esatto ammontare delle partite di dare avere tra le parti, il tutto depurato dagli effetti dell'illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi ed all'applicazione illegittima della commissione di massimo scoperto. La parte convenuta, in via pregiudiziale, eccepiva l'improcedibilità della domanda ex art. 5 d.lgs. 28/2010 e, conseguentemente, dell'opposizione avverso il decreto ingiuntivo di tutte o di parte delle parti processuali. Nel merito, previa dichiarazione di competenza territoriale del foro di Siena, chiedeva di respingere tutte le domande attrici perché infondate in fatto ed in diritto e di confermare in ogni sua parte il decreto ingiuntivo opposto n. 73/2011 emesso dal tribunale di Siena l'1/2 febbraio 2011. Nel merito e in denegata ipotesi di revoca del decreto ingiuntivo opposto, chiedeva di condannare in ogni caso controparte al pagamento delle somme dovute, con vittoria di spese e onorari.

dell'art. 145 d.lgs. 209/2005, incidendo sull'*an* del diritto di azione, sono idonee a definire la lite con pronuncia in mero rito, che in difetto di contraria disposizione di legge non può che avere la forma prescritta dall'art. 279, co. 3, n. 2, c.p.c.³⁴¹».

Negli stessi termini si sono pronunciati nel medesimo anno il Tribunale di Lamezia-Terme e il Tribunale di Roma. Il primo, pronunciatosi in una causa in materia locatizia, aveva dichiarato l'improcedibilità della domanda giudiziale (nello specifico, si trattava di una domanda sottesa all'intimazione di sfratto per morosità), non avendo le parti dato corso alla procedura obbligatoria di mediazione ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010, precisando che «la declaratoria di improcedibilità assume la forma della sentenza, trattandosi di statuizione di ordine decisorio (benché solo in rito)³⁴²». Il giudice, inoltre, aveva condannato al pagamento delle spese di lite la parte intimante³⁴³. In egual modo si è espresso il Tribunale di Roma, sempre in relazione ad una controversia in materia locatizia. Il giudice, preso atto del mancato avvio della procedura di mediazione nonostante fosse stato fissato un termine per l'espletamento del tentativo, aveva dichiarato l'improcedibilità della domanda, con condanna della parte attrice alla refusione delle spese di lite. Il provvedimento del giudice «sia pure emesso con la forma di ordinanza, in quanto definitivo, ha natura di sentenza e come tale ben può contenere la statuizione sulle spese, che vanno poste a carico della intimante³⁴⁴».

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² Tribunale di Lamezia-Terme, sentenza del 22 giugno 2012, consultabile in www.ilcaso.it.

³⁴³ La parte intimante è intesa come la «parte che con la propria condotta ha dato avvio al procedimento senza poi compiere gli adempimenti necessari per la sua prosecuzione» (Tribunale di Lamezia-Terme, sentenza del 22 giugno 2012).

³⁴⁴ Tribunale di Roma, Sez. distaccata di Ostia, sentenza del 26 marzo 2012. Nel caso in esame, il giudice (dott. M. Marconi), letti gli atti, aveva osservato che: 1) la srl M.E. ha intimato al Comune di Roma sfratto per morosità con citazione notificata in data 15.7.2011; 2) il Comune di Roma si è costituito e si è opposto alla convalida; 3) alla udienza del 22.9.2011 il Giudice non ha emesso ordinanza di rilascio ed ha disposto il mutamento del rito ai sensi dell'art.426 cpc; 4) con la stessa ordinanza ha inviato le parti a mediazione obbligatoria trattandosi di materia di locazione (art.5 primo comma decr.legisl.28/10); 5) all'udienza del 26.3.2012 fissata per la verifica e per l'eventuale prosecuzione del giudizio in caso di mancato accordo, il difensore del Comune di Roma, unico presente, faceva presente che non era stato avviato da nessuna delle parti il tentativo obbligatorio di conciliazione; 6) visto l'art.5 primo comma del decr.legisl.28/10 che prevede che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale; 7) il presente provvedimento che sia pure emesso con la forma di ordinanza, in quanto definitivo, ha natura di sentenza e come tale ben può contenere la statuizione sulle spese, che vanno poste a carico della intimante. Per questi motivi, aveva: i) dato atto della mancata attivazione dell'esperimento di mediazione da parte della srl Moreno Estate; ii) dichiarato improcedibile la domanda della srl M. E.; iii) condannato la M. E. in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* al pagamento delle spese di causa che liquida in favore di Roma Capitale in persona del suo Sindaco *pro tempore* in complessivi € 950,00 di cui € 150,00 per spese oltre IVA e c.p.a.

La questione della condizione di procedibilità necessita di essere affrontata analizzando due aspetti fondamentali della disciplina: il corretto avveramento della condizione e le modalità con le quali può essere eccepita l'improcedibilità della domanda giudiziale.

Il legislatore specifica in quali situazioni può considerarsi assolta la condizione di procedibilità. A norma dell'art. 5, comma 4, d.lgs. 28/2010 «la condizione si considera avverata se il primo incontro dinnanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione». Basta, quindi, che abbia luogo l'incontro disciplinato dall'art. 8 del d.lgs. 28/2010 (il c.d. primo incontro di mediazione³⁴⁵), nel corso del quale il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, per poi invitare le parti e i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, adoperandosi affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione: quindi, anche se una delle parti, acquisita l'informativa, si rifiuta di proseguire con il vero e proprio tentativo di mediazione, l'obbligo è da considerarsi adempiuto e la causa potrà essere iniziata o proseguita avanti al giudice.

Orbene, la giurisprudenza si è spesso domandata se, ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità, la parte, nei casi indicati dall'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010, debba necessariamente completare l'intero procedimento conciliativo o, quanto meno, svolgere un'effettiva mediazione nel merito delle situazioni controverse, oppure se, viceversa, possa limitarsi a partecipare formalmente al primo incontro di mediazione e a manifestare, in tal sede, la mancanza di volontà di proseguire.

Sulla questione si sono formati diversi orientamenti giurisprudenziali. Inizialmente, la quasi totalità dei tribunali di merito affermava che, ai fini della procedibilità della domanda giudiziale, la mediazione dovesse essere "effettivamente tentata". In questo senso si è pronunciato il Tribunale di Firenze nel 2014: il giudice toscano aveva risolto le ambiguità interpretative affermando «la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai proprio difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010)

³⁴⁵ Una volta presentata la domanda di mediazione, «il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti, che deve tenersi non prima di venti e non oltre quaranta giorni dal deposito della domanda, salvo diversa concorde indicazione delle parti» (art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010). L'incontro potrà svolgersi anche in modalità telematica mediante collegamento audiovisivo da remoto (art. 8.*bis*, comma 2). Sebbene la norma utilizzi genericamente il termine "incontri" senza, dunque, fare espresso riferimento anche al c.d. primo incontro di mediazione, a parere di chi scrive, non vi è ragione per cui escludere l'utilizzo di strumenti telematici in questo caso specifico.

e che la mediazione sia effettivamente avviata³⁴⁶). Quanto alla mediazione delegata, il tribunale fiorentino aveva precisato che «per “mediazione disposta dal Giudice” si intende che il tentativo di mediazione sia effettivamente avviato e che le parti - anziché limitarsi ad incontrarsi e informarsi, non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere - adempiano effettivamente all'ordine del giudice partecipando alla vera e propria procedura di mediazione (...)»³⁴⁷). Inoltre, «le parti dovranno essere presenti dinanzi al mediatore personalmente e munite di assistenza legale di un avvocato iscritto all'albo³⁴⁸». Sull'effettività della mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità, lo stesso tribunale si è pronunciato qualche mese più tardi, ribadendo come «ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori³⁴⁹». Detto primo incontro, dunque, non potrebbe esaurirsi in una mera rappresentazione illustrativa dei vantaggi e delle caratteristiche della mediazione, ma dovrebbe dar luogo ad una vera e propria seduta di mediazione³⁵⁰. Il giudice fiorentino in tale occasione ha avuto cura di precisare che tali considerazioni sono vevoli sia per la mediazione demandata dal giudice sia per quella obbligatoria. Pertanto, anche in quest'ultima ipotesi è necessario che le parti siano presenti personalmente, assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010, e che la mediazione sia effettivamente avviata³⁵¹.

³⁴⁶ Tribunale di Firenze, ordinanza del 17 marzo 2014, consultabile in cameradimediazionenazionale.it.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ Il giudice era fermo nel ritenere che «non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva *chance* di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto, occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione (Tribunale di Firenze, sentenza del 26 novembre 2014).

³⁵⁰ Secondo il Tribunale di Siracusa (sentenza del 30 marzo 2016) « per espressa volontà del legislatore, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della mediazione e non sulla volontà delle parti, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, di mediazione non obbligatoria bensì facoltativa e rimessa al mero arbitrio delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale *interpretatio abrogans* del complessivo dettato normativo (...)». Nello stesso senso anche il Tribunale di Firenze, 16 febbraio 2016.

³⁵¹ Nel caso esaminato dal Tribunale di Firenze (sent. del 26 novembre 2014) nel procedimento di mediazione non era comparsa la parte attrice, ma un sostituto del difensore di quest'ultima. Pertanto, il giudice aveva rilevato d'ufficio il mancato avveramento della condizione di procedibilità e dichiarato l'improcedibilità della domanda giudiziale.

Anche il primo incontro di mediazione, così come l'intero procedimento conciliativo, deve essere "effettivamente" svolto. Il Tribunale di Palermo, la cui pronuncia è stata ripresa nella sentenza del Tribunale di Firenze sopra citata, sottolinea che il giudice ben potrebbe richiedere «che in questo primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettivo. La disposizione normativa in questione (...) se diversamente interpretata, rischierebbe di rendere la mediazione di fatto facoltativa, perché ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento. (...) Pertanto, il mediatore deve verificare la possibilità di iniziare la procedura con riferimento a impedimenti particolari³⁵² (autorizzazioni e simili) e non alla volontà delle parti³⁵³». Già nel corso del primo incontro di mediazione, dunque, è necessario procedere ad un'effettiva mediazione delle situazioni controverse³⁵⁴.

Anche il tema della necessaria presenza delle parti durante il primo incontro di mediazione, nonché durante lo svolgimento dell'intero procedimento conciliativo, è stato oggetto di diverse pronunce giurisprudenziali. Senza pretese di completezza, essendo molteplici le pronunce al riguardo, a parere di chi scrive pare opportuno menzionarne quantomeno alcune.

Secondo il Tribunale di Roma la condizione di procedibilità non può considerarsi esperita quando dal verbale di mediazione emerge che le parti non sono comparse dinanzi al mediatore, essendo necessario che queste partecipino personalmente al primo incontro³⁵⁵.

Anche secondo il Tribunale di Bologna, pronunciatosi in tema di mediazione delegata nel 2014³⁵⁶, le parti devono presenziare personalmente al procedimento di mediazione.

³⁵² Secondo il Tribunale di Firenze (sentenza del 15 ottobre 2015) non si può considerare ritualmente svolto il tentativo di mediazione qualora le parti, in sede di primo incontro dinanzi al mediatore si limitino a manifestare la loro volontà di non dare seguito alla procedura obbligatoria, senza fornire ulteriore e più specifica indicazione degli impedimenti all'effettivo svolgersi del procedimento.

³⁵³ Tribunale di Palermo, sez. I, ordinanza del 16 luglio 2014 (consultabile in www.adrintesa.it).

³⁵⁴ Questo orientamento è stato confermato da diverse pronunce dei Giudici della III e V sez. civile del Tribunale di Firenze e, tra le altre, dal Trib. di Pavia, ord. 26.09.2016; dalla Corte d'Appello di Milano, sent. 10.05.2017; e dal Trib. di Siracusa, ord. 15.05.2018.

³⁵⁵ Tribunale di Roma, sentenza del 29 settembre 2014. Secondo il Tribunale, la condizione di procedibilità non può considerarsi esperita quando dal verbale di mediazione emerga che le parti non sono comparse dinanzi al mediatore, limitandosi a inviare un fax, con il quale si comunica la volontà delle stesse di non arrivare a un accordo e la loro decisione di non partecipare all'incontro di mediazione.

³⁵⁶ I contenuti del provvedimento appaiono estendibili anche alla mediazione *ante causam*, ove condizione di procedibilità della domanda giudiziale, come peraltro già espressamente affermato in giurisprudenza (cfr. Trib. Firenze, ord. 17 marzo 2014).

Ciò implica - secondo il tribunale - che l'ordine del giudice deve ritenersi osservato «soltanto in caso di presenza della parte (o di un di lei delegato), accompagnata dal difensore (e non anche in caso di comparsa del solo difensore, anche quale delegato della parte)³⁵⁷».

Negli stessi termini si è pronunciato il Tribunale di Modena nel 2016: «nell'ottica di garantire lo “svolgimento della mediazione” e considerare attuata la condizione di procedibilità della domanda, appare indispensabile che al primo incontro innanzi al mediatore siano presenti le parti personalmente assistite dal difensore, non essendo sufficiente che compaia unicamente il difensore, nella veste di delegato della parte³⁵⁸».

In questo senso, e nello stesso anno, si era espresso anche il Tribunale di Firenze: quest'ultimo aveva dichiarato l'improcedibilità della domanda in quanto nei due “primi incontri” svolti in mediazione era sempre mancata la presenza della parte sostanziale, avendo partecipato solo l'avvocato quale assistente tecnico³⁵⁹.

A parere di chi scrive, ciò che risulta in modo evidente dalla lettura delle varie sentenze sul punto, è come l'orientamento della giurisprudenza di merito, inaugurato dal Tribunale di Firenze con l'ordinanza del 17 marzo 2014, sull'effettivo svolgimento della mediazione sin dal primo incontro si sia di fatto diffuso anche presso altri tribunali, i quali hanno più volte ribadito l'esigenza a che la parte partecipi personalmente alla procedura di mediazione, non essendo sufficiente (ai fini del corretto avveramento della condizione di procedibilità) la sola presenza del difensore³⁶⁰.

³⁵⁷ Tribunale di Bologna, sentenza del 5 giugno 2014.

³⁵⁸ Tribunale di Modena, ordinanza del 2 maggio 2016. Secondo il giudice modenese, Nell'ipotesi in cui le parti non siano presenti il giorno fissato per l'incontro, il mediatore avrà l'onere di aggiornare l'incontro invitandole a comparire personalmente. Sicuramente il mediatore non potrà spingersi sino ad affermare che un accordo di mediazione non sia stato raggiunto (Trib. di Roma, 29 novembre 2014) Va precisato che, fermo restando quanto è legittimato a fare il mediatore, a norma dell'art. 12.bis, comma 1, del d.lgs. 28/2010, «dalla mancata partecipazione al primo incontro senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c.». Per di più, in base a quanto previsto dal comma 2, «quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità, il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio.

³⁵⁹ Tribunale di Firenze, sentenza dell'8 gennaio 2016.

³⁶⁰ In questo senso si sono pronunciati anche: Trib. Vasto, 23 giugno 2015; Trib. Siracusa, 11 settembre 2015; Trib. Monza, 14 luglio 2015; Trib. Verona, 8 settembre 2015; Trib. Pavia, 9 marzo 2015. In senso difforme si era pronunciato il Tribunale di Chieti nel 2015 (sent. 8 settembre 2015). Secondo il Tribunale «è l'esito negativo dell'incontro a costituire condizione di procedibilità e tale esito negativo non può che essere costituito, oltre che da un mancato accordo su una proposta tra parti comparse, anche dal c.d. verbale negativo per mancata comparizione di una o di entrambe le parti, ivi inclusa la parte c.d. litigante (...). A ben vedere, come evidenziato dagli interpreti più sensibili alla riaffermazione forte del diritto ad

Sulla questione dell'obbligatorietà della presenza delle parti in mediazione e del momento in cui può dirsi assolta la condizione di procedibilità, si è successivamente espressa la Cassazione civile, la quale, con la sentenza n. 8473 del 27 marzo 2019³⁶¹, ha statuito in contrasto con la visione elaborata dalla maggioranza dei giudici di merito. Quanto all'obbligo della parte di comparire personalmente al primo incontro di mediazione, la Suprema Corte aveva ribadito come effettivamente l'art. 8 preveda espressamente che al primo incontro davanti al mediatore debbano essere presenti sia le parti che i loro avvocati. Tuttavia - dopo aver confermato che «la previsione della presenza sia delle parti sia degli avvocati comporta che, ai fini della realizzazione delle condizioni di procedibilità, la parte non possa evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato» - fa una precisazione alquanto significativa: «la necessità della comparizione personale non comporta che si tratti di attività non delegabile³⁶². In mancanza di una previsione espressa in tal senso³⁶³, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri (...). Non è previsto, né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore». La Corte riconosce alla parte, che per impossibilità o per scelta non possa partecipare personalmente all'incontro di mediazione, la possibilità di farsi sostituire da un soggetto da lei scelto, quindi anche dal suo difensore. Quest'ultimo, affinché la delega

adire l'AG, l'articolato normativo (...), anche nelle modifiche subite a seguito dell'intervento del 2013, non vieta affatto (ma neppure espressamente abilita) l'ipotesi della mancata partecipazione di entrambi i litiganti al procedimento di mediazione e ciò significa che anche il c.d. verbale negativo (per mancata comparizione delle parti) integra la condizione di procedibilità *de qua*".

³⁶¹ Cassazione civile, sez. III, sentenza n. 8473 del 27 marzo 2019, in *Il Foro italiano*, 10/2019, 1, pp. 3265-3270 e *Il Corriere giuridico*, 2019, fasc. 5, pp. 717-724.

³⁶² Nel prevedere che si tratta di un'attività delegabile, la Corte di fatto ha recepito un orientamento già espresso dalla giurisprudenza minoritaria di merito (v. Trib. Massa, sent. n. 398 del 29 maggio 2018, secondo il quale si deve ammettere «la possibilità di delegare ad un terzo soggetto il potere sostanziale di partecipare al procedimento (e quindi di conciliare la lite), esito interpretativo peraltro del tutto conforme ai principi fondamentali del nostro ordinamento in tema di mandato (art. 1392 c.c.), pacificamente ritenuti applicabili anche alla transazione (Cass. civ. sez. III, 27 gennaio 2012, n. 1181, *Il Foro italiano*, 2012, fasc. 6, pt. 1, pp. 1816-1819) e che appaiono del tutto conformi e funzionali anche allo spirito del D.lgs. 28/2010»).

³⁶³ La Suprema Corte (sent. n. 8473 del 27.03. 2019) argomenta sul punto precisando che «laddove, per la rilevanza della partecipazione, o della mancata partecipazione, ad alcuni momenti processuali, o per l'attribuzione di un particolare valore alle dichiarazioni rese dalla parte, la legge non ha ritenuto che la parte potesse farsi sostituire, attribuendo un disvalore, o un preciso significato alla sua mancata comparizione di persona, lo ha previsto espressamente (v. art. 231 c.p.c., sulla risposta all'interrogatorio formale: "la parte interrogata deve rispondere personalmente" e il successivo art. 232 che fa discendere precise conseguenze alla mancata presentazione della parte a rendere interrogatorio): v. Cass. n. 15195 del 2000: "L'interrogatorio formale non può essere reso a mezzo di procuratore speciale atteso che il soggetto cui è deferito deve rispondere ad esso oralmente e personalmente, in base all'art. 231 c.p.c.».

sia valida, deve essere dotato di apposita procura sostanziale e deve essere a conoscenza dei fatti controversi³⁶⁴.

La seconda questione di cui si è occupata la Corte è la seguente: è sufficiente che la parte, al primo incontro davanti al mediatore, sia fisicamente presente (in proprio o delegando la presenza ad altra persona) e possa, finite le formalità preliminari illustrative delle finalità e delle modalità della mediazione, limitarsi a comunicare al mediatore di non avere nessuna intenzione di procedere oltre? Oppure è necessario che la mediazione sia “effettiva” e che le parti provino quanto meno a discutere per trovare una soluzione, per poi poter dare atto a verbale dell’impossibilità di addivenire ad una soluzione positiva?

A parere della Cassazione «l’onere della parte che intenda agire in giudizio (o che, avendo agito, si sia vista opporre il mancato preventivo esperimento della mediazione e sia stata rimessa davanti al mediatore dal giudice) di dar corso alla mediazione obbligatoria può ritenersi adempiuto con l’avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore, all’esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, può liberamente manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare (*rectius* proseguire) la procedura di mediazione³⁶⁵». In

³⁶⁴ La partecipazione pertanto può essere oggetto di delega, la quale, secondo la sentenza *de qua*, mancando una previsione espressa, può essere effettuata anche a favore del proprio difensore. Tuttavia, «allo scopo di validamente delegare un terzo alla partecipazione alle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia, come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all’art. 84). Quindi il potere di sostituire a sé stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale. Ne consegue che, sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento di mediazione, in quanto ciò non è auspicato, ma non è neppure escluso dalla legge, non può conferire tale potere con la procura conferita al difensore e da questi autenticata, benché possa conferirgli con essa ogni più ampio potere processuale. Per questo motivo, se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore. Perciò, la parte che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale, che non rientra nei poteri di autentica dell’avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista» (Cassazione civile, sent. n. 8473 del 27.03. 2019).

³⁶⁵ Cassazione civile, sent. n. 8473 del 27.03.2019. A detta della Corte «in questo senso depongono sia la struttura del procedimento, disciplinata dall’art. 8 e suddivisa in un primo incontro preliminare davanti al mediatore (“Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro

altri termini, la condizione di procedibilità - a detta della Corte - può ritenersi correttamente avverata se al termine del primo incontro davanti al mediatore una o entrambe le parti, dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunicano la propria indisponibilità a procedere oltre.

In conclusione, al fine di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità, è richiesta: 1) l'attivazione del procedimento di mediazione nei casi previsti dalla legge; 2) la comparizione davanti al mediatore (con le possibilità alternative sopra enunciate); 3) la partecipazione al primo incontro, nel corso del quale la parte può liberamente dichiarare di non voler proseguire con la procedura di mediazione. Non si può pretendere dalla parte, sempre al fine di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità, «anche un impegno in positivo ad impegnarsi in una discussione alternativa rispetto al giudizio³⁶⁶». Tuttavia, parte della giurisprudenza di merito si è successivamente discostata dalla posizione espressa dalla Cassazione nella sentenza n. 8473 del marzo 2019, continuando ad applicare gli orientamenti antecedenti alla statuizione degli Ermellini.

Di particolare rilievo, in questo senso, è stata la sentenza del Tribunale di Roma nel 2019. Il giudice romano aveva affermato che «la necessaria partecipazione personale, non delegabile a terzo soggetto, salvo casi eccezionali (di impossibilità giuridica o materiale a comparire di persona) (...) è insita nella natura stessa delle attività nelle quali si esplica il procedimento di mediazione e implicita ed ineludibile nella corretta interpretazione del d.lgs. 28/2010 (...)»³⁶⁷. Secondo la pronuncia in esame, non può ammettersi per le persone fisiche la rappresentanza in mediazione della parte. Questo alla luce, da un lato, di quanto previsto dall'art. 8 del d.lgs. 28/2010 (il quale fa espressamente riferimento alla partecipazione delle parti "assistite" dall'avvocato) e, dall'altro, in considerazione del fatto che, pur non essendoci un espresso divieto della rappresentanza della parte fisica in mediazione, questo è desumibile dalle norme che regolano la mediazione. La mediazione, infatti, deve essere intesa come il

avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento.») e in uno o più incontri successivi di effettivo svolgimento della mediazione. Solo se le parti gli danno il via per procedere alla successiva fase di discussione, il mediatore andrà avanti, interloquendo con le parti fino a proporre o a far loro proporre una possibile soluzione, altrimenti si arresterà alla fase preliminare (all'esito della quale sono dovute solo le spese, e non anche il compenso del mediatore)».

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ Tribunale di Roma, sentenza del 27 giugno 2019.

«procedimento nell'ambito del quale una parte incontra l'altra parte, e si giova, con l'assistenza degli avvocati, della presenza fattiva di un soggetto terzo, il mediatore, deputato ad aiutare e facilitare le parti a focalizzare e fare emergere i loro più pregnanti interessi come pure a individuare i possibili punti di incontro degli opposti punti di vista, al fine del raggiungimento di un accordo che prevenga o ponga fine ad una lite³⁶⁸».

In linea con la giurisprudenza di merito antecedente alla pronuncia della Cassazione, si è pronunciata anche la Corte d'Appello di Genova nel 2020³⁶⁹, secondo la quale la partecipazione delle parti, sia al primo incontro che agli incontri successivi, rappresenta una condotta assolutamente doverosa, che le stesse non possono omettere, se non in presenza di un giustificato motivo impeditivo che abbia i caratteri dell'assolutezza e della non temporaneità. Anche il Tribunale di Busto Arsizio nel 2021³⁷⁰ ha espresso la sua contrarietà rispetto alle conclusioni cui era giunta la Cassazione con la sentenza n. 8473/2019, anch'esso ritenendo che le parti debbano partecipare personalmente, assistite dal difensore, all'incontro preliminare³⁷¹.

Un'altra parte della giurisprudenza di merito, a seguito della sentenza della Corte di Cassazione oggetto di disamina, si è, invece, adeguata riguardo alla possibilità che la parte conferisca procura sostanziale ad un terzo. In tal senso, ad esempio, si sono espressi di recente la Corte d'Appello di Napoli (sent. del 22 settembre 2020) e il Tribunale di Milano (sent. del 11 febbraio 2020). Entrambi hanno ribadito che nel procedimento di mediazione è necessaria la comparizione personale delle parti, assistite dal difensore, pur potendo, però, queste farsi sostituire da un loro rappresentante sostanziale dotato di apposita procura³⁷².

La questione sembra essere stata risolta recentissimamente dalla Corte di Cassazione stessa. La Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione con l'ordinanza del 26 aprile

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ Corte d'Appello di Genova, sentenza del 13 luglio 2020.

³⁷⁰ Tribunale di Busto Arsizio, sentenza del 10 febbraio 2021.

³⁷¹ In senso difforme si è pronunciato anche il Tribunale di Firenze nel 2019. Con la sentenza dell'8 maggio 2019, il giudice fiorentino, contestando apertamente il principio di diritto elaborato dalla Cassazione e ponendo l'accento sull'esigenza di salvaguardare interessi generali rilevanti (come quello ad un sistema giudiziario efficiente e non sovraccarico e quello ad una composizione della lite più celere ed immediata), ha affermato che, in tema di mediazione obbligatoria, il primo incontro di mediazione dovrebbe avere "natura bifasica", con una prima fase di carattere informativo (sulle modalità e funzioni della mediazione) e con una seconda fase di carattere effettivo.

³⁷² In tal senso vedasi anche: Trib. di Avellino, 14.01.2020; Trib. di Bologna, 18.09.2020; Trib. di Crotone, 5.02.2021.

2022, n. 13029³⁷³ ha inteso dare incondizionata continuità ai principi che la giurisprudenza di legittimità aveva avuto modo di affermare in ordine all'inesistenza *de jure condito* del c.d. principio di effettività del primo incontro di mediazione.

Tutto prende le mosse dalla tesi, sostenuta da una parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale, affinché possa ritenersi validamente esperito il tentativo di mediazione obbligatoria, il primo incontro di mediazione dovrebbe essere un incontro effettivo, al quale le parti partecipano personalmente. Così era avvenuto nel caso sul quale si è pronunciata la Cassazione nel 2022. La Corte d'Appello di Firenze, in una controversia successoria, aveva dichiarato improcedibile l'appello a causa del rifiuto di una delle parti di dare inizio alla procedura di mediazione ordinata dalla Corte d'Appello ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 28 del 2010³⁷⁴. Difatti, sebbene la mediazione fosse stata avviata, l'appellante non era comparso personalmente, bensì a mezzo di rappresentante, e, insieme al proprio legale, aveva dichiarato di non acconsentire all'inizio della procedura. Secondo la Corte d'Appello, affinché la condizione di procedibilità si consideri verificata, la mediazione deve svolgersi effettivamente e le parti hanno l'onere di comparire personalmente innanzi al mediatore. Sarebbe, inoltre, indispensabile dare effettivo corso alla mediazione. Solamente la mancanza di un accordo, conseguente ad una discussione tra le parti su una possibile soluzione transattiva, consentirebbe di considerare avverata la condizione di procedibilità.

Senonché, sulla questione era già intervenuta la Corte di Cassazione (sent. n. 8473/2019), la quale - come sopra illustrato - aveva dato una soluzione divergente al riguardo, stabilendo che: 1) nel procedimento di mediazione è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore; 2) considerato ciò, la parte può anche farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale che eventualmente può essere lo stesso avvocato che la assiste nel procedimento, a condizione che questo abbia apposita procura speciale; 3) la condizione di procedibilità può dirsi realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore

³⁷³ Sentenza consultabile in www.ilfogliodelconsiglio.it.

³⁷⁴ Per quanto interessa in questa sede, la Corte d'appello di Firenze, nella controversia ereditaria derivante dalla morte di G. B. fra i figli C. B. e P. B. e il coniuge di lui L. K., ha dichiarato improcedibile l'appello proposto da C. B., a causa del rifiuto di questa di dare inizio alla procedura di mediazione ordinata dalla Corte d'appello ai sensi dell'art. 5, comma 2 bis del d. lgs. 28 del 2010 e successive modifiche. In conseguenza della dichiarazione di improcedibilità dell'appello principale, ha dichiarato inefficace l'appello incidentale di P. B..

qualora una o entrambe le parti, dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunichino la propria indisponibilità a procedere oltre.

La Suprema Corte nel 2022 ha voluto dare «incondizionata continuità³⁷⁵» a questi principi, valevoli sia per la mediazione obbligatoria che per quella disposta dal giudice, segnando in questo modo il tramonto dell'effettività del primo incontro di mediazione. Merita di essere fatta una valutazione finale. Il legislatore nel prevedere la partecipazione personale delle parti alla procedura di mediazione probabilmente ha come obiettivo quello di favorire un dialogo informale e diretto tra le stesse e il mediatore, affinché possa essere trovata una soluzione soddisfacente nonostante gli opposti interessi. La Suprema Corte, sia nel 2019 che nel 2022, ha, invece, adottato una soluzione «che ha sostanzialmente privato i mediatori di tutti gli appigli giurisprudenziali sovente utilizzati per indurre le parti ad essere presenti in mediazione causando così un'evidente involuzione metodologica nella gestione delle controversie e dei conflitti³⁷⁶».

A parere di chi scrive, da un lato, si potrebbe ritenere non particolarmente logico predisporre un'intera normativa volta ad incentivare il ricorso alla mediazione e, poi, ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità all'esito di un primo incontro celebrato dinanzi al mediatore in modo formale e superficiale dai soli avvocati. La presenza e l'ausilio dei difensori è essenziale, ma solo la partecipazione personale delle parti permetterà al mediatore di comprendere le rispettive reali volontà al fine di addivenire ad un accordo soddisfacente per entrambe, evitando in questo modo di portare o proseguire la causa dinanzi al giudice.

Dall'altro lato, è però doveroso constatare che la visione della Suprema Corte ha trovato pieno accoglimento nella nuova disciplina in tema di mediazione come modificata dal d.lgs. 149/2022. L'art. 8, comma 4, d.lgs. 28/2010 (nuovo testo, in vigore dal 30 giugno 2023), difatti, prevede ora che «le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione» e che «in presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione

³⁷⁵ Corte di Cassazione, ordinanza n. 13029 del 26 aprile 2022, consultabile in www.ilfogliodelconsiglio.it.

³⁷⁶ Cfr. *Giurisprudenza recente in materia di mediazione*, a cura del Mediatore Avv. Margherita Mari, consultabile in <https://www.101mediatori.it/approfondimenti-mediazione/giurisprudenza-recente-in-tema-di-mediazione-972.aspx>.

della controversia. I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia. Ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale».

Indubbiamente bisognerà capire come interpretare e quali potranno essere i “giustificati motivi”. Il dato testuale non sembra richiedere l’elemento della gravità (difatti, la norma parla di “giustificati” e non “gravi” motivi) e, in assenza di diverse specificazioni, essi potranno avere natura sia oggettiva che soggettiva.

Va fatta un’ulteriore considerazione. Le statistiche sulla mediazione al 30 giugno 2022, consultabili sul sito del Ministero della Giustizia, mettono in realtà in evidenza il fatto che il vero problema della mediazione e del primo incontro di mediazione non è tanto legato alla presenza personale o meno della parte o alla delega data ad un rappresentante, quanto alla mancata comparizione della parte convocata. In altri termini, il vero problema non è la presenza personale o meno, quanto la “presenza” in sé, in assoluto³⁷⁷. Le rilevazioni statistiche hanno evidenziato che nel 2013 il fenomeno della “mancata comparizione della parte convocata” riguardava quasi il 70% dei casi, sebbene la percentuale sia andata via via diminuendo sino a raggiungere la soglia del 50% nel 2021. Nel primo semestre del 2022, per la prima volta, si sono registrate meno assenze e più comparizioni, quest’ultime pari al 51,6%. La progressiva diminuzione della percentuale relativa alle “assenze” è certamente un dato incoraggiante in ottica futura, però - ad oggi - ancora una procedura su due viene archiviata ancor prima di aver inizio solamente perché il convenuto è assente.

Per potersi considerare correttamente avverata la condizione di procedibilità di cui l’art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010 è necessario, inoltre, il rispetto di altre due regole dettate dal d.lgs. in esame. La premessa da cui partire è la seguente: il procedimento di mediazione,

³⁷⁷ Cfr. ZANELLO, *La mancata partecipazione al primo incontro: gli incentivi e le utilità della “presenza” in sé. Procura sì? Procura no? Procura quale*, articolo consultabile in www.mondoadr.it. Secondo l’Avv. Zanello «se c’è comunque un “qualcuno” (quale che sia la sua qualifica), il mediatore può cominciare a “raccontargli il menu” (la funzione e le modalità della mediazione; le utilità, gli incentivi, le convenienze etc.), con tutta la sua professionalità e la sua esperienza, maturate ed affinate nello studio e sul campo. Quel “qualcuno” lo sentirà e magari lo ascolterà anche, forse con un po’ di interesse (spesso ci si trova di fronte ad una gradita e costruttiva sorpresa del soggetto!), passaggio questo indispensabile per arrivare ad un primo livello di comunicazione e comprensione, razionale e/o emotiva, sul quale costruire un approfondimento e riavvolgere – *step by step* – il filo rosso che si pensa destinato a portare al vero centro decisionale e, da lì, all’eventuale accordo. “*Venga chi vuole, ma intanto venga qualcuno ...*” potrebbe essere lo slogan del mediatore “... *che poi si vede se e cosa si può fare ...*”».

il cui esperimento è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ha inizio con la presentazione della domanda di mediazione. Ferma restando tale premessa, è possibile procedere con l'analisi di due importanti disposizioni contenute nell'art. 4, commi 1 e 2, del d.lgs. 28/2010.

La prima regola riguarda la competenza territoriale degli organismi di mediazione. L'art. 4, comma 1, stabilisce che la domanda di mediazione va depositata da una delle parti «presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia». Ad ogni modo, trattandosi di una disposizione relativa alla mera competenza territoriale dell'organismo, su accordo delle parti, è possibile porvi deroga e rivolgersi ad altro organismo scelto di comune accordo. Se però un tale accordo non vi è stato e «la domanda di mediazione è stata presentata unilateralmente dinanzi ad un organismo che non aveva competenza territoriale³⁷⁸», quest'ultima è improduttiva di effetti. Il procedimento di mediazione, allora, non si potrà ritenere correttamente esperito, così come non si potrà considerare correttamente avverata la condizione di procedibilità. In considerazione di ciò, dovrà essere dichiarata l'improcedibilità della domanda.

La seconda regola inerisce agli elementi essenziali della domanda di mediazione. A norma dell'art. 4, comma 2, la domanda di mediazione deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa. Qualora la domanda di mediazione sia completamente imprecisa e non contenga le indicazioni ivi richieste, ci si troverebbe di fronte ad una richiesta non conforme al disposto normativo. Non solo: se la domanda di mediazione è totalmente vaga, essendo il diritto controverso approssimativamente enunciato e il *petitum* non precisato, questa risulterà difforme rispetto al successivo (ed eventuale) atto di citazione. Ci si troverà di fronte, in tal caso, ad una domanda giudiziale totalmente diversa, rispetto alla quale potrà essere rilevata l'improcedibilità³⁷⁹. È stato altresì affermato che, al fine di ritenere soddisfatto il requisito di procedibilità, è sufficiente che i fatti posti a fondamento della domanda giudiziale siano gli stessi di quelli descritti nella domanda di mediazione, a nulla rilevando l'esatta qualificazione

³⁷⁸ Tribunale di Napoli Nord, sentenza del 14 marzo 2016.

³⁷⁹ Giudice di Pace di Torre Annunziata, sentenza n. 582 del 28 settembre 2016. Sulla difformità tra domanda di mediazione e atto di citazione vedere anche Trib. Mantova 23.1.2019; Cass. n. 29333 del 13.11.2019; Tribunale di Verona, sentenza 26.04.2021

giuridica della vicenda³⁸⁰. Difatti, l'art. 4, comma 2, richiede che siano indicate le "ragioni della pretesa", con ciò riferendosi ai "fatti" oggetto della pretesa (trattandosi di un procedimento anteriore al giudizio) e non agli "elementi di diritto"³⁸¹.

Anziché intraprendere preliminarmente il procedimento di mediazione per assolvere alla condizione di procedibilità le parti possono anche esperire, in determinate materie e nei limiti imposti dalla legge, «le procedure previste: a) dall'articolo 128-*bis* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385; b) dall'articolo 32-*ter* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; c) dall'articolo 187.1 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209; d) dall'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481». Si tratta dei procedimenti elencati all'art. 5, comma 3, d.lgs. 28/2010, i quali saranno oggetto di approfondimento nel paragrafo successivo. In tale sede basti dire che la condizione di procedibilità si considera correttamente avverata anche nell'ipotesi in cui le parti optino per una di queste procedure, rispettivamente in caso di controversie bancarie, finanziarie, in materia di assicurazione o relative alla regolazione di servizi pubblici.

Terminata l'analisi del tema relativo al corretto avveramento della condizione di procedibilità, è opportuno procedere con la disamina dei tempi e dei modi nel rispetto dei quali deve essere rilevata e decisa la questione sull'adempimento della condizione, cui è subordinato l'accesso alla tutela giurisdizionale.

Il mancato esperimento del percorso conciliativo obbligatorio nei casi previsti *ex lege* ha come conseguenza la possibilità che sia eccepita dalla parte o rilevata d'ufficio dal giudice l'improcedibilità della domanda giudiziale, ma ciò deve avvenire non oltre la prima udienza³⁸². Il termine ivi previsto ha natura perentoria: si tratta infatti di una

³⁸⁰ Trib. Pordenone 18.02.2019.

³⁸¹ Cfr. SPINA, *Mediazione obbligatoria*, consultabile in altalex.com.

³⁸² La norma fissa come termine ultimo per eccepire l'improcedibilità della domanda "la prima udienza". È necessario chiarire cosa si intenda con questa espressione, soprattutto in considerazione del fatto che la prima udienza potrebbe svolgersi temporalmente in più momenti diversi. La dottrina, riprendendo quanto già stabilito in materia di controversie laburistiche, «ritiene che il termine vada individuato nella prima udienza in assoluto, a prescindere dalle attività svolte (cfr. VASAPOLLO, *Op.cit.*, p. 226 riprendendo DE CRISTOFARO)». In caso di domanda proposta mediante ricorso, il giudice non può, inoltre, limitarsi ad assegnare alle parti il termine per l'introduzione del procedimento di mediazione, dovendo fissare anche la data della prima udienza. Ciò in quanto il rilievo dell'improcedibilità deve avvenire nel contraddittorio delle parti. Il legislatore ha ripreso la disciplina già prevista nel processo del lavoro per il previo tentativo di conciliazione. Differenti sono, però, i limiti temporali: in materia laburistica, il giudice poteva rilevare il mancato esperimento del tentativo di conciliazione fino all'udienza di cui all'art. 420 c.p.c. e la parte a pena di decadenza entro 10 giorni precedenti l'udienza.

preclusione, maturata la quale, il mancato esperimento del tentativo di mediazione non può più essere fatto valere. Se il convenuto o il giudice quindi non si avvedono per tempo che la causa rientra in una delle materie obbligatorie e che il tentativo non è stato svolto, l'improcedibilità si sana e la causa può essere decisa nel merito.

Con il d.lgs. n. 149/2022 è stata apportata una significativa modifica al riguardo: il nuovo art. 5, comma 2, stabilisce infatti che «il giudice, quando rileva che la mediazione non è stata esperita o è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6». Tale modifica sarà tuttavia applicabile a partire dal 30 giugno 2023. Fino a quel momento continuerà ad operare l'art. 5, comma 1.*bis*, in base al quale «il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione». La norma regola due ipotesi differenti, al ricorrere delle quali il giudice provvede in modo diverso. In sede di prima udienza può infatti accadere che la mediazione, pur essendo iniziata, non sia ancora conclusa: in questo caso il giudice deve semplicemente fissare un'udienza successiva oltre la scadenza del termine di cui all'art. 6, rinviando il procedimento del tempo occorrente ad esaurire la durata massima della mediazione, che è di 3 mesi. Alla prima udienza, però, può succedere che il procedimento di mediazione non sia stato affatto avviato. In questa eventualità il giudice deve rinviare l'udienza di oltre tre mesi, assegnando contestualmente alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Dal 30 giugno 2023, entrambe le ipotesi della mediazione iniziata, ma non conclusa e quella della mediazione mai avviata, saranno assoggettate alla stessa disciplina: il giudice differirà l'udienza di oltre tre mesi.

È appena il caso di rilevare che il processo non subisce alcuna sospensione per effetto del rilievo di improcedibilità: ciò che si verifica è semplicemente un mero differimento dell'udienza al fine di consentire alle parti l'espletamento del tentativo di mediazione omesso o non concluso.

Le ipotesi che nel concreto possono presentarsi sono molteplici, così come diverse sono le soluzioni cui è possibile addivenire.

Il caso più semplice è il seguente: la domanda di mediazione non viene presentata oppure viene proposta ma il relativo procedimento non viene concluso. Il giudice, allora, fissa una successiva udienza dopo la scadenza dei tre mesi dall'avvenuta proposizione della domanda di mediazione. Occorre segnalare che «ben è possibile proporre contestualmente la domanda di mediazione e la domanda giudiziale, avendo cura di fissare per la prima udienza un termine superiore a tre mesi dalla avvenuta proposizione della domanda di mediazione³⁸³».

Potrebbe anche accadere che la domanda di mediazione venga tempestivamente proposta ma la mediazione non abbia esito positivo. Il processo proseguirà all'udienza fissata, la quale sarà a tutti gli effetti la prima udienza del processo. In questo caso, «il difetto del presupposto processuale è sanato con efficacia retroattiva, ed è come se la mediazione fosse stata correttamente esperita prima della proposizione della domanda giudiziale³⁸⁴».

A seguito della presentazione della domanda di mediazione, il procedimento conciliativo potrebbe anche concludersi con un accordo tra le parti. A questo punto lo scenario è duplice: 1) le parti si presentano con il verbale positivo all'udienza di rinvio innanzi al giudice e quest'ultimo dovrebbe emettere una sentenza di cessazione della materia del contendere; 2) in alternativa, nessuna parte si presenta all'udienza fissata e il processo si avvierà verso la sua estinzione a norma dell'art. 309 c.p.c. Su richiesta delle parti, il giudice procede alla cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue.

Le parti, tuttavia, potrebbero presentarsi innanzi al giudice con un verbale di conciliazione parzialmente negativo. In tal caso il giudizio prosegue solo per la parte in cui non è stato possibile addivenire ad un accordo. Il giudice, poi, con sentenza definitiva deciderà sulla questione non risolta in via conciliativa e adotterà contestualmente una pronuncia di cessata materia del contendere per ciò che riguarda la parte della controversia parzialmente composta in sede di mediazione.

Quanto all'ipotesi di mancata presentazione della domanda di mediazione nonostante vi sia stato l'invito del giudice, la norma nulla dice; per questo si rende necessario guardare

³⁸³ In questi termini LUISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op. cit.*, p. 64.; sul punto anche VASAPOLLO, *Op. cit.*, p. 227. L'artt. 412.bis c.p.c. (abrogato dalla l. 183/2010) non consentiva, invece, la presentazione della domanda giudiziale prima che fosse decorso il termine per l'espletamento del tentativo di conciliazione.

³⁸⁴ *Ibidem*.

i principi generali. Poiché l'esperimento del procedimento di mediazione è presupposto processuale il cui difetto è sanabile, la conseguenza di una mancata sanatoria sarà la definitiva carenza di una condizione per la pronuncia di merito. Di conseguenza, a norma dell'art. 187 c.p.c., il giudice rimetterà la causa in decisione sulla questione pregiudiziale di rito, potendo egli anche provvedere all'istruttoria e decidere della condizione di procedibilità insieme al merito³⁸⁵. Poiché si tratta di un presupposto processuale, la decisione sulla condizione di procedibilità assume la forma della sentenza (art. 279, c.p.c.), impugnabile nei modi ordinari. Qualora il giudice d'appello dovesse ritenere insussistente l'obbligatorietà del tentativo di mediazione, si pronuncerà nel merito previo svolgimento dell'attività di trattazione ed istruttoria eventualmente omessa dal giudice di primo grado.

Il giudice di primo grado, investito della questione da parte del convenuto, potrebbe non accogliere l'eccezione di improcedibilità, ritenendo non sussistente l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione per la controversia dinanzi a lui proposta. In tal caso il convenuto potrà impugnare la sentenza e il giudice d'appello, che rilevi il difetto della condizione di procedibilità, dovrà procedere come avrebbe dovuto fare il giudice di primo grado: egli dovrà provvedere alla sanatoria ordinando di esperire la mediazione e fissando un'udienza successiva³⁸⁶.

Potrebbe anche verificarsi l'ipotesi inversa: il procedimento di mediazione viene esperito a seguito della disposizione del giudice, sebbene quest'ultimo abbia valutato erroneamente l'obbligatorietà di procedere in tal modo nel caso di specie. In questo caso si sarebbe in presenza di un «errore irrimediabile³⁸⁷».

³⁸⁵ In VASAPOLLO, *Op.cit.*, pp. 228-229 vengono prospettate una serie di ipotesi circa il possibile comportamento delle parti a seguito dell'invito del giudice a procedere con il tentativo di mediazione. L'autrice precisa che se le parti non ottemperano all'ordine del giudice di esperire il procedimento di mediazione la conseguenza sarà una sentenza di rigetto nel rito.

³⁸⁶ Quanto al mancato accoglimento dell'eccezione di improcedibilità da parte del giudice di primo grado, in VASAPOLLO, *Op.cit.*, p. 226 vengono proposte altre soluzioni: «1) il convenuto può impugnare la sentenza che ha deciso anche sul merito, deducendo la mancata osservanza della condizione di procedibilità; qualora il giudice dell'impugnazione ritenga fondato il motivo di appello pronuncia sentenza di rito e rimette la causa innanzi al giudice di primo grado; 2) il convenuto, impugna la sentenza di merito ed il giudice dell'impugnazione pronuncia sentenza definitiva di rito, con conseguente necessaria riproposizione della domanda; 3) la sentenza emessa dal giudice, che ha erroneamente ritenuto procedibile la domanda non è viziata né impugnabile in relazione a tale motivo, in quanto il termine ultimo per eccepire l'improcedibilità è perentorio ed è previsto temporalmente per la prima udienza, di conseguenza non vi sarebbe più spazio per esperire il procedimento di mediazione.»

³⁸⁷ Così LUISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op. cit.*, p. 78.

Infine, se nel processo sono proposte più domande e solo una o alcune di queste sono sottoposte all'obbligo del tentativo di mediazione, il giudice dovrà disporre per tutte l'espletamento del procedimento di mediazione, salvo che non ritenga più opportuno disporre previamente la separazione³⁸⁸. Peraltro, in un contesto di questo tipo, la separazione è sconsigliabile, in quanto è presumibilmente più semplice raggiungere l'accordo quando le parti hanno la possibilità di valutare nel complesso tutti gli aspetti inerenti alla lite sorta tra loro³⁸⁹.

1.5. Il rapporto tra mediazione e altri meccanismi di ADR obbligatori e l'alternatività nella scelta del meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie

1.5.1. La stipulazione della convenzione di negoziazione assistita come condizione di procedibilità della domanda giudiziale ai sensi dell'art. 3, D.L. n. 132/2014

³⁸⁸ Due azioni si definiscono connesse quando hanno in comune almeno uno degli elementi di identificazione, ossia soggetti, *petitum* o *causa petendi*. La connessione può essere soggettiva ovvero oggettiva, in base agli elementi sui quali si fonda l'identità delle cause. Si parla di connessione soggettiva quando due rapporti giuridici hanno in comune unicamente i soggetti. La connessione oggettiva si articola, a sua volta, in connessione propria e impropria. La prima dà luogo a connessione per *causa petendi*, connessione per *petitum* e connessione per pregiudizialità. La seconda si ha quando la decisione di due o più giudizi dipende dalla risoluzione di questione identiche in fatto o in diritto. A seconda del tipo di connessione, si distingue poi tra: 1) cumulo processuale soggettivo, ossia il cumulo in un unico procedimento di più domande proposte da una pluralità di parti in caso di connessione oggettiva fra le azioni esperite; 2) cumulo processuale oggettivo, ovvero quella situazione che si verifica nell'ipotesi in cui più domande vengono proposte dalla stessa parte nei confronti dell'altra, senza che si realizzi alcuna ipotesi di processo con pluralità di parti. Ciò che consente il cumulo di domande è soltanto la semplice connessione soggettiva. Gli artt. 103 e 104 c.p.c. ammettono la possibilità di una separazione delle cause cumulate nel caso in cui la trattazione congiunta delle cause rischi di ritardare o rendere gravoso il processo. Al giudice viene riconosciuto un certo margine di discrezionalità nel decidere sulla separazione, tuttavia, sul punto, va fatta una precisazione. Rispetto al caso di separazione di cause connesse per l'oggetto, in caso di cause connesse soggettivamente vi è una maggiore facilità di pervenire ad una separazione in ragione del legame particolarmente debole tra le cause. Difatti, in caso di connessione solo soggettiva le cause non hanno alcun elemento in comune se non i soggetti e questo fa sì che, più frequentemente, la trattazione congiunta risulti gravosa e, dunque, tale da rendere preferibile la separazione.

³⁸⁹ *Ibidem*.

Il Decreto Legge n. 132 del 12 settembre 2014³⁹⁰ ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo istituto: la procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati (la c.d. negoziazione assistita). Innanzitutto, va osservato che tale istituto - come la mediazione - appartiene alla categoria degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione (c.d. ADR). Dunque, anche la negoziazione assistita mira a comporre la lite insorta tra le parti fuori dalle aule giudiziarie, nell'ottica della semplificazione e della flessibilità delle procedure, nonché della riduzione dei tempi e dei costi del procedimento. Non si tratta di uno strumento di fuoriuscita delle cause dal processo (a differenza di quanto avviene, ad esempio, in caso di mediazione demandata dal giudice o di *traslatio* arbitrale³⁹¹), ma di un mezzo preventivo volto ad evitarne l'ingresso, rispondente all'esigenza di deflazione del contenzioso civile.

In sintesi, nel procedimento di negoziazione assistita le parti sottoscrivono un accordo (la c.d. convenzione di negoziazione), con cui si impegnano a «cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo³⁹²», a condizione che la controversia verta su diritti disponibili. È la parte istante che deve notificare a controparte l'invito a stipulare la convenzione di negoziazione, indicando l'oggetto della controversia (che, appunto, non può concernere diritti indisponibili) e avvertendo l'altra parte che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto potrebbero (in futuro) essere valutati dal giudice in sede di determinazione delle spese di giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 e 642 del c.p.c.³⁹³. Controparte, dunque, ha trenta giorni per decidere se aderire o meno al procedimento. Se quest'ultima opta per l'adesione, le parti dovranno sottoscrivere la convenzione di negoziazione assistita, volta a disciplinare la procedura. All'esito del procedimento di negoziazione le parti, insieme ai rispettivi avvocati,

³⁹⁰ Il D.L. 132/2014 è stato convertito, con modificazioni, in Legge 10 novembre 2014, n. 162, recante «misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile» (in Gazzetta Ufficiale n. 261 del 10.11.2014).

³⁹¹ Nell'ipotesi di mediazione demandata *ex officio*, le parti, nell'ambito di un processo, vengono invitate dal giudice a tentare obbligatoriamente il procedimento di mediazione. Nel caso dell'arbitrato di prosecuzione, invece, le parti domandano al Giudice, nell'ambito di un processo, di trasferire in sede arbitrale il procedimento giurisdizionale già pendente.

³⁹² Art. 2 del d.l. n. 132/2014.

³⁹³ Art. 4 del d.l. n. 132/2014. Gli artt. 96 e 642 c.p.c. ineriscono, rispettivamente, alla responsabilità aggravata dalla parte e ai casi in cui il giudice deve concedere l'esecuzione al decreto ingiuntivo.

sottoscriveranno un accordo di negoziazione assistita che costituisce titolo esecutivo (come una sentenza del giudice) e per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale³⁹⁴.

Possono essere identificate tre tipologie di procedura di negoziazione assistita: la procedura facoltativa o volontaria, quella obbligatoria ed, infine, quella specifica dettata in materia di famiglia (anch'essa di natura facoltativa, regolata all'art. 6 del d.l. n. 132/2014).

Ai fini della presente trattazione verrà analizzata esclusivamente la negoziazione assistita obbligatoria, al fine di comprenderne il rapporto con la mediazione obbligatoria, in considerazione anche del fatto che le discipline dei due istituti mostrano in molti aspetti delle assonanze.

La negoziazione assistita obbligatoria è prevista e disciplinata dall'art. 3, comma 1, del D.L. n. 132/2014, il quale stabilisce che «chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'articolo 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro. L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale».

La negoziazione assistita, pertanto, è obbligatoria in due casi: 1) nell'ipotesi in cui si intenda esercitare in giudizio un'azione in materia di risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti³⁹⁵; 2) nel caso in cui si intenda proporre in giudizio

³⁹⁴ Art. 5 del d.l. n. 132/2014.

³⁹⁵ La Corte costituzionale (sent. del 7 luglio 2016, n. 162, in TRINCHI, *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria* (nota a C. Cost. 7 luglio 2016, n. 162, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, fasc. 1, pp. 270-282) ha dichiarato, con riferimento agli artt. 145, 148 e 149, d.lgs. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private), non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, d.l. 132/2014, in riferimento agli artt. 2, 3 e 24 Cost: «la tutela garantita dall'art. 24 Cost. (...) non è compromessa dal meccanismo della negoziazione assistita, attesa la sua complementarità rispetto al previo procedimento di messa in mora dell'assicuratore, agli effetti dell'auspicata realizzazione anticipata, in via stragiudiziale, dell'interesse risarcitorio del danneggiato. Né è sostenibile che la compresenza dei due istituti sia idonea (...) a protrarre «*sine die*» l'esercizio del diritto di azione, attesa la brevità del termine (...) entro il quale deve essere comunque conclusa la negoziazione (art. 2, lettera a, del d.l. n. 132 del 2014)». Quanto ai costi della procedura deve escludersi «che questi (...) siano tali da limitare o rendere eccessivamente difficoltosa la tutela giurisdizionale». La disciplina della negoziazione assistita quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale in materia di sinistri stradali ha posto a livello processuali alcune questioni. A titolo esemplificativo: ci si è chiesti se rientri nell'ambito della negoziazione assistita obbligatoria il caso della domanda risarcitoria per danni a motociclisti o

una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti euro 50.000,00, ad eccezione delle controversie assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria.

Nei casi ivi menzionati l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale³⁹⁶: si tratta, come nel caso della mediazione obbligatoria, di un'ipotesi di giurisdizione condizionata. La legge sanziona con l'improcedibilità della domanda il mancato invito della controparte alla negoziazione assistita. Dunque, se nei casi tassativamente indicati dalla legge la parte non adempie all'obbligo di invitare previamente, tramite l'avvocato, la controparte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita, la causa si espone all'eccezione di improcedibilità, che, a pena di decadenza, va eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza³⁹⁷.

L'art. 3, comma 1, D.L. n. 132/2014, esclude che il presente comma si applichi «alle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori». In tema di controversie in materia di contratto di trasporto tra professionisti e consumatori, si segnala come la giurisprudenza di merito abbia osservato che «una interpretazione dell'art. 1, comma 249, della L. 190/2014

automobilisti derivanti da buche presenti sul manto stradale. La giurisprudenza ha affermato che le liti relative ai c.d. "danni da buca" non possono essere fatte rientrare nella categoria delle controversie «in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti» di cui l'art. 3, comma 1, d.l. 132/2014, e dunque essere assoggettate alla disciplina della negoziazione assistita obbligatoria, poiché la c.d. "insidia stradale" si ricollega alla circolazione solo tramite un nesso di occasionalità (nel caso delle buche, infatti, il danno è conseguenza dell'omessa manutenzione delle strade e solo occasionalmente connesso alla circolazione stradale) e non di causalità efficiente (Cass. civile, sez. III, sentenza n. 14564 dell'11 ottobre 2002, la cui massima è consultabile in www.avvocato.it).

³⁹⁶ L'art. 3, comma 1, L. 162/2014, prevede una condizione di procedibilità e, per tale ragione, va esclusa un'interpretazione estensiva di tale comma. Così, in motivazione, la Cass. Sez. Lav., sent. 21 gennaio 2004, n. 967 (la cui massima è consultabile in www.avvocato.it): «le condizioni di procedibilità stabilite dalla legge non possono essere aggravate da una interpretazione che conduca ad estenderne la portata».

³⁹⁷ Art. 3, comma 1, d.l. n. 132/2014. La norma riprende esattamente la disciplina prevista dal legislatore per la mediazione obbligatoria. Difatti, il nuovo art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010 prevede (come prevedeva anche la versione precedente) che «l'improcedibilità eccepita dal convenuto, appena di decadenza, o rilevata dal giudice non oltre la prima udienza». Per un approfondimento sulla negoziazione assistita e la sua disciplina vedere: *La negoziazione assistita: Art. 2-11*, a cura di MONTANARI-BARONCINI, Zanichelli, Bologna, 2018; *I procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, a cura di MANDRIOLI-CARRATTA, Giappichelli, ed. 25, Torino, 2016. Quanto ai termini concessi dal giudice per sanare l'improcedibilità, essi sono perentori: rilevata d'ufficio l'improcedibilità della domanda in sede di prima udienza a causa del mancato esperimento del procedimento di negoziazione ed assegnato alle parti il termine per la comunicazione dell'invito a partecipare alla negoziazione, quando tale invito non venga concretizzato, secondo il Tribunale di Mantova (sent. del 16 marzo 2016, consultabile in www.medyapro.it), la domanda processuale dovrà essere ritenuta improcedibile assegnando a tale termine natura perentoria.

(“costituisce condizione dell’esercizio in un’azione relativa a una controversia in materia di contratto di trasporto o di sub-trasporto l’esperimento del procedimento di negoziazione assistita da uno o più avvocati di cui al capo II del D.L. 12.9.2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 10.11.2014, n. 162”) riferita anche alle controversie tra professionisti e consumatori, e quindi abrogativa dell’ultima parte dell’art. 3, d.l. n. 132/2014, si porrebbe in contrasto³⁹⁸» con quanto disposto a tutela dei consumatori dalla Direttiva 2013/11/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori³⁹⁹. Con la conseguenza che deve concludersi «per l’inapplicabilità della disposizione della negoziazione assistita quale condizione di procedibilità dell’azione in questione⁴⁰⁰». Va precisato che il D.L. n. 132/2014 disciplina i casi in cui la parte invitata in negoziazione non accetti o rifiuti la procedura, nonché il caso in cui le parti non concludano positivamente la procedura entro il termine massimo di tre mesi⁴⁰¹. Tuttavia,

³⁹⁸ Tribunale di Genova, sentenza del 28 aprile 2017, consultabile in www.ordineavvocatifirenze.eu.

³⁹⁹ La Corte di Giustizia dell’Unione europea (decisione del 14 giugno 2017, resa in causa C75-16, consultabile in www.inmediar.it) si è pronunciata in merito ad un rinvio di interpretazione pregiudiziale proveniente dal Tribunale Ordinario di Verona (Trib. Ordinario di Verona, sez. III, ordinanza 14-28 gennaio 2016, consultabile in www.concilialex.it) con il quale il giudice veronese denunciava un contrasto proprio tra la Direttiva 2013/11/UE (in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori) e la Direttiva 2008/52/CE (in materia di mediazione transfrontaliera), con conseguentemente contrasto anche tra la disciplina nazionale di cui il d.lgs. 28/2010 e il d.lgs. 130/2015. Il Tribunale di Verona, investito di un’opposizione a decreto ingiuntivo proposta da due correntisti nei confronti di un Banco popolare, riteneva che la lite rientrasse sia nell’ambito di applicazione della mediazione obbligatoria (ex art. 5, comma 1.bis e 4, d.lgs.28/2010) sia in quello del Codice del consumo (modificato dal d.lgs. 130/2015) trattandosi di controversia tra consumatori. Il giudice nazionale si interrogava sul rapporto tra la Direttiva 2008/52/CE e la Direttiva 2013/11/UE e sulla compatibilità del modello di mediazione di cui il d.lgs. 28/2010 e le norme del Codice del consumo. La Corte si è pronunciata nel merito delle questioni: 1) «la Direttiva 2013/11/UE (...) dev’essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale (...) che prevede il ricorso a una procedura di mediazione nelle “controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell’Unione e consumatori residenti nell’Unione” come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, purchè un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario»; 2) la Direttiva 2013/11/UE «dev’essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale (...) la quale prevede che, nell’ambito di una mediazione siffatta, i consumatori debbano essere assistiti da un avvocato e possono ritirarsi da una procedura di mediazione solo se dimostrano l’esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione».

⁴⁰⁰ Tribunale di Genova, sentenza del 28 aprile 2017.

⁴⁰¹ L’art. 3, commi 1 e 2, del d.l. 132/2014 stabilisce: «l’improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d’ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice quando rileva che la negoziazione assistita è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 2 comma 3. Allo stesso modo provvede quando la negoziazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell’invito. Il presente comma non si applica alle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori. 2. Quando l’esperimento del

la legge nulla dice circa l'ipotesi in cui la parte invitata in negoziazione aderisca all'invito, ma la parte istante tardi o non dia impulso al procedimento.

Su quest'ultimo punto, non disciplinato dal legislatore, si è recentemente pronunciato il Tribunale di Reggio Emilia con la sentenza n. 688 del 2021⁴⁰². Nel caso di specie, sebbene il convenuto avesse prontamente aderito all'invito presentato dalla parte attrice, quest'ultima non se ne avvedeva e agiva direttamente in giudizio decorsi i trenta giorni previsti *ex lege* per l'adesione al procedimento. Costituitasi in giudizio, la parte convenuta eccepiva l'improcedibilità della domanda, non avendo l'attore coltivato la procedura di negoziazione assistita. A fronte di tale eccezione, la parte attrice invitava controparte convenuta a completare il procedimento mesi addietro avviato, nonostante l'ampio arco di tempo già intercorso, sottoscrivendo la convenzione di negoziazione assistita, ma il convenuto si rifiutava.

Il Tribunale di Reggio Emilia, con la sentenza *de quo*, ha dichiarato l'improcedibilità della domanda, ritenendo che la fattispecie rientrasse nell'ambito applicativo dell'art. 3 del D.L. 132/2014, nella misura in cui quest'ultimo prevede l'obbligo di esperire la negoziazione assistita nei giudizi in cui è proposta una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti ad euro 50.000,00.

La questione principale afferisce alla mancata coltivazione da parte dell'attrice della negoziazione assistita alla quale la convenuta aveva aderito. Secondo il tribunale, «l'inerzia della parte attrice che, ricevuta la disponibilità della controparte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita, non si attivò per addivenire a tale stipula, arrestando colposamente la procedura ad una fase precedente quella dello svolgimento della negoziazione, la quale costituisce lo sfogo naturale ed obbligatorio della convenzione, impedisce l'esperimento della procedura medesima e frustra inevitabilmente la finalità dello strumento deflattivo in esame⁴⁰³».

Quanto alla volontà della parte attrice di dare nuovamente impulso al procedimento di negoziazione assistita nonostante il decorso di diversi mesi e l'introduzione del giudizio,

procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se l'invito non è seguito da adesione o è seguito da rifiuto entro trenta giorni dalla sua ricezione ovvero quando è decorso il periodo di tempo di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a)».

⁴⁰² Sentenza n. 688 del 2021 del tribunale di Reggio Emilia consultabile in www.francocrisafi.it.

⁴⁰³ Tribunale di Reggio Emilia, sent. n. 688 del 2021, consultabile in www.altalex.com.

il giudice ha ritenuto l'iniziativa tardiva e inidonea a paralizzare l'eccezione di improcedibilità sollevata dal convenuto. L'attore, infatti, «una volta ricevuta l'adesione della controparte, per conservare gli effetti collegati all'invito deve attivarsi con immediatezza e svolgere con tempestività, entro un tempo ragionevolmente contenuto, gli atti necessari a promuovere la conclusione della convenzione di negoziazione: è vero che la legge non determina tale termine, ma quest'ultimo deve però considerarsi congruo, salvo circostanze eccezionali, nella misura massima stabilita per lo stesso espletamento della procedura (e cioè di tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le parti). Decorso tale termine, e tanto più qualora nel frattempo (come nella specie) sia stato instaurato il giudizio e sia stata sollevata dalla parte convenuta l'improcedibilità della domanda, alla parte attrice è preclusa la possibilità di rimediare alla propria precedente condotta inerte⁴⁰⁴».

Il tribunale, dunque, ha ritenuto non avverata la condizione di procedibilità e ha dichiarato l'improcedibilità della domanda attorea «poiché l'invito a stipulare la convenzione è stato seguito da adesione della controparte ma parte attrice non si è attivata in alcun modo per giungere alla conclusione della convenzione di negoziazione⁴⁰⁵». Affinché la condizione possa considerarsi correttamente avverata è necessario che la parte attrice compia atti tali da stipulare una convenzione di negoziazione assistita «in un termine congruo⁴⁰⁶».

La pronuncia commentata è meritevole di attenzione⁴⁰⁷ poiché è stata la prima ad aver colmato in via interpretativa la lacuna normativa lasciata dal D.L. 132/2014⁴⁰⁸. Con tale decisione il giudice ha chiarito che ai sensi dell'art. 3 del D.L. 132/2014 è sanzionata con l'improcedibilità della domanda giudiziale anche l'omessa conclusione della

⁴⁰⁴ *Ibidem.*

⁴⁰⁵ *Ibidem.*

⁴⁰⁶ Così *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità della domanda giudiziale*, a cura di ROSSI, pubblicato il 30 giugno 2021, consultabile in *altalex.com*.

⁴⁰⁷ A parere della scrivente la soluzione prospettata in questa sentenza può risultare discutibile. Nonostante l'iniziale inerzia della parte attrice, con conseguente arresto della procedura di negoziazione assistita, a fronte, poi, della volontà della stessa di completare il procedimento, sarebbe stato forse preferibile consentire all'attore di porre rimedio alla propria condotta inerte, in quanto: 1) controparte aveva comunque manifestato *ab origine* la volontà ad addivenire alla stipula della convenzione; 2) verrebbe in questo modo perseguito lo scopo deflattivo cui l'istituto mira.

⁴⁰⁸ In *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità della domanda giudiziale*, *Op.cit.*, l'autrice sottolinea che «non si rinvengono altri provvedimenti analoghi: da quel che risulta (...) è dunque il primo pronunciamento giurisprudenziale che affronta la questione, e per tale ragione meritevole di attenzione».

convenzione di negoziazione a fronte dell'adesione di controparte. Pertanto, affinché la condizione di procedibilità si possa considerare avverata non è sufficiente l'esperimento tempestivo del procedimento di negoziazione assistita (mediante comunicazione dell'invito a controparte), essendo necessario che la parte attorea, dopo aver appreso la volontà positiva di controparte, si attivi in tempi adeguati, cosicché la procedura di negoziazione assistita possa giungere a conclusione con la stipula della convenzione.

È opportuno ora proseguire nella trattazione analizzando il rapporto tra la negoziazione assistita obbligatoria disciplinata dal D.L. 132/2014 e la mediazione obbligatoria di cui il d.lgs. 28/2010⁴⁰⁹.

È sufficiente considerare il seguente esempio pratico per capire in che termini è possibile che via sia una sovrapposizione tra la disciplina della negoziazione assistita obbligatoria e quella della mediazione obbligatoria. Se l'attore propone una domanda giudiziaria per ottenere il pagamento di una somma non superiore ad euro 50.000,00 (astrattamente soggetta alla negoziazione assistita obbligatoria) per un contratto di locazione, bancario o assicurativo (soggetto alla mediazione obbligatoria), si pone evidentemente il problema del rapporto tra queste due forme di ADR.

In questo caso la soluzione viene fornita dallo stesso legislatore: l'art. 3, comma 1, del D.L. 132/2014 esclude la negoziazione assistita obbligatoria nei casi in cui la

⁴⁰⁹ Ai fini della presente trattazione rileva il rapporto tra mediazione obbligatoria e negoziazione assistita obbligatoria. Tuttavia, interessante è anche il rapporto che intercorre tra quest'ultima e la condizione di proponibilità prevista nella responsabilità civile auto e natanti (art. 145, commi 1 e 2, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 2009). Se l'attore esercita la domanda giudiziaria per ottenere il risarcimento del danno da circolazione di veicolo per qualsiasi valore soggetta alla negoziazione assistita obbligatoria e soggetta alla ADR speciale della messa in mora della compagnia di assicurazioni di cui all'art. 145, commi 1 e 2, d.lgs. 7 settembre 2005 n. 2009, si pone il problema del rapporto tra i due istituti. In estrema sintesi, la soluzione è la seguente: si cumulano la negoziazione assistita e la messa in mora della compagnia di assicurazioni e i relativi termini decorrono unitamente (cfr. *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, a cura di DIOZZI, Milano, 2021, p. 59). Occorre anche indagare sul rapporto tra la negoziazione assistita obbligatoria e altre ADR speciali obbligatorie diverse dalla messa in mora nella R.C. auto e natanti. Se, ad esempio, l'attore esercita la domanda giudiziaria per ottenere il pagamento di una somma non superiore a euro 50.000,00 per un rapporto soggetto ad una ADR speciale obbligatoria (agraria, telecomunicazioni ecc.), si cumulano la negoziazione assistita e l'ADR speciale e i relativi termini decorrono unitamente (per un approfondimento vedere *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, *Op. cit.*, p. 61 e ss.). Ed ancora: se l'attore esercita una domanda relativa ad un contratto di trasporto (soggetta a negoziazione assistita obbligatoria *ex lege*), nel quale le parti hanno previsto la mediazione dinanzi alle associazioni di categoria (obbligatoria *ex contractu*), si porrà il problema del rapporto tra la negoziazione assistita obbligatoria e la mediazione presso le associazioni di categoria nelle controversie in materia di contratto di trasporto o di sub-trasporto. In questo caso, si ritiene che la negoziazione assistita infruttuosa sia valida per superare la condizione di procedibilità senza dover intraprendere anche la mediazione dinanzi alle associazioni di categoria (per un approfondimento vedere *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, *Op. cit.*, p. 63 e ss.).

controversia sia soggetta alla mediazione obbligatoria⁴¹⁰. In altri termini, in caso di controversia astrattamente assoggettabile sia alla disciplina della mediazione obbligatoria a norma dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 sia alla disciplina della negoziazione assistita obbligatoria ex art. 3 del d.l. 132/2014, la legge attribuisce prevalenza e preferenza alla prima rispetto sulla seconda. Pertanto, «non vi è sovrapposizione o cumulo fra i due istituti ed è esclusa la duplicazione delle condizioni di procedibilità, in quanto quella prevista per la negoziazione non si applica alle materia soggette alla mediazione obbligatoria⁴¹¹».

Dunque, la legge dà prevalenza alla mediazione rispetto alla negoziazione assistita in quelle controversie nelle quali entrambe risultano obbligatorie. Sorge naturale chiedersi, però, se in caso di controversia in materia di risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti, ovvero nel caso in cui taluno intenda proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti euro 50.000,00 (ed eccezioni delle controversie assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria), ossia nelle materie soggette solo alla disciplina della negoziazione assistita, la condizione di procedibilità possa considerarsi correttamente avverata qualora in luogo della negoziazione assistita obbligatoria la parte esperisca un tentativo di mediazione.

Sul punto si è espresso nell'ottobre del 2021 il Tribunale di Roma⁴¹², chiamato a pronunciarsi con riguardo ad una fattispecie in cui la parte attrice non aveva ottemperato all'ordine giudiziale di invito alla negoziazione assistita, ritenendo di potervi supplire con l'introduzione del procedimento di mediazione. Il convenuto, alla luce di tale circostanza, chiedeva, invece, che venisse dichiarata l'improcedibilità della domanda attorea.

Il Tribunale di Roma, prima di entrare nel merito della questione, ha avuto cura di descrivere l'istituto della mediazione e quello della negoziazione assistita, precisando

⁴¹⁰ Art. 3, comma 1, D.L. 132/2014: «chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro».

⁴¹¹ In questi termini *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, *Op.cit.*, p. 56.

⁴¹² Tribunale di Roma, sez. XIII, sent. n. 15716 dell'8 ottobre 2021 (consultabile in [news.avvocatoandrea.it](https://www.news.avvocatoandrea.it)).

che «i due istituti sono entrambi finalizzati alla risoluzione delle controversie in via stragiudiziale⁴¹³».

Venendo all'analisi del rapporto tra i due istituti, il tribunale romano ha sottolineato che la negoziazione assistita è obbligatoria solo nei casi specificamente indicati dalla legge (art. 3, comma 1, d.l. 132/2014), tuttavia, «restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di mediazione e conciliazione, comunque denominati» (art. 3, comma 5, d.l. 132/2014). A detta del giudice, «dall'interpretazione congiunta dei due commi si ricava che l'art. 3 cit. "impone espressamente il cumulo tra negoziazione assistita obbligatoria e procedure stragiudiziali obbligatorie, per legge o per previsione contrattuale o statutaria, salvo che la controversia non sia soggetta a mediazione obbligatoria *ex lege*, perché in tal caso solo questa procedura va esperita" (Tribunale di Verona, 23.12.2015, g.i. Vaccari)». Viene precisato, di fatto, quanto sopra illustrato, ossia che il legislatore ha accordato prevalenza alla mediazione obbligatoria nei casi di cumulo con la negoziazione assistita obbligatoria⁴¹⁴. Il Tribunale di Roma ritiene che la *ratio* sottesa a questa scelta normativa vada ricercata nella struttura stessa del procedimento di mediazione: quest'ultimo, prevedendo l'intervento di un terzo estraneo alle parti e munito del potere di elaborare una proposta conciliativa, risulta essere più articolato rispetto a quello di negoziazione assistita e non demandato *in toto* all'autonomia negoziale delle parti.

La parte maggiormente significativa della sentenza in esame è quella inerente al rapporto tra mediazione "non obbligatoria" e negoziazione assistita obbligatoria. Il Tribunale di Roma chiarisce che «ove la mediazione non sia obbligatoria, mentre lo sia la negoziazione assistita, non rientra nel potere delle parti scegliere l'una piuttosto che l'altra, ma esse sono obbligate ad esperire la negoziazione assistita, indipendentemente dalla potenziale efficacia dell'una o dell'altra⁴¹⁵». Dunque, nei casi in cui la mediazione

⁴¹³ Tribunale di Roma, sent. n. 15716 del 2021.

⁴¹⁴ Pertanto, «tutte le volte in cui la controversia rientri tanto tra quelle indicate dal D.L. n. 132/2014 quanto tra quelle contenute nell'art. 5 comma 1.*bis* del D.lgs. n. 28/2010, chi intenda agire in giudizio sarà tenuto a proporre solo la domanda di mediazione, perdendo così la negoziazione il carattere dell'obbligatorietà, mentre con riferimento ad altre procedure obbligatorie di conciliazione, il legislatore del D.L. n. 132/2014 sceglie di non attribuire maggiore importanza all'una o all'altra, stabilendo che esse convivano (cfr. Tribunale di Verona, 12.5.2016, g.i. Vaccari)» (Tribunale di Roma, sent. n. 15716 del 2021).

⁴¹⁵ *Ibidem*.

non sia obbligatoria, ma lo sia la negoziazione assistita, le parti devono necessariamente esperire la seconda, pena l'improcedibilità della domanda.

Nel caso specifico analizzato dal giudice romano, la causa aveva ad oggetto la condanna al pagamento di una somma inferiore ad euro 50.000,00 (precisamente, pari ad euro 35.048,83), dunque rientrante nell'ambito applicativo della negoziazione assistita obbligatoria. Tale causa, però, non era contemporaneamente assoggetta alla disciplina della mediazione obbligatoria; dunque, in tal caso non vi era alcun cumulo tra negoziazione assistita obbligatoria e mediazione obbligatoria. Conseguentemente, la parte attrice non avrebbe avuto il potere di scegliere l'una piuttosto che l'altra, dovendo esperire necessariamente la negoziazione assistita. Ciò nonostante, anche dopo l'invito da parte del giudice, l'attore non aveva esperito la procedura di negoziazione assistita obbligatoria. Conseguentemente, il tribunale ha dichiarato la domanda attorea improcedibile per il mancato avveramento della condizione di procedibilità, costituita dall'esperimento della negoziazione assistita.

Del rapporto tra negoziazione assistita obbligatoria e mediazione obbligatoria si è occupata anche la Corte Costituzionale nel 2019⁴¹⁶. Il Tribunale di Verona (con ordinanza del 14 dicembre 2018) sollevava, in riferimento agli artt. 3 e 77, comma 2, Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, secondo e terzo periodo, D.L. 132/2014 e del comma 5 del medesimo articolo in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. Il giudice *a quo* esponeva di dover decidere sulle domande risarcitorie e restitutorie proposte contro le figlie ed eredi di un soggetto che avrebbe truffato gli attori. A detta del rimettente, la qualità di eredi non sarebbe valsa a conferire alle domande risarcitorie e restitutorie carattere successorio e non sarebbe stato necessario il previo esperimento della mediazione obbligatoria. Al caso di specie si sarebbe applicata, invece, la condizione di procedibilità della negoziazione assistita, prevista per le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme di importo inferiore ad euro 50.000,00. Il giudice veronese - dubitando della legittimità costituzionale dell'art. 3 del D.L. 132/2014 nella parte in cui, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, obbliga chi intenda proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti ad euro 50.000,00 ad invitare l'altra parte a stipulare una

⁴¹⁶ Corte Cost., sent. n. 266 del 2019, consultabile in www.cortecostituzionale.it.

convenzione di negoziazione assistita - riteneva che la previsione di tale condizione di procedibilità contrastasse con l'art. 77, comma 2, Cost. in quanto sarebbe sprovvista dei «requisiti di necessità ed urgenza», e adduceva - come elemento sintomatico dell'insussistenza dei presupposti prescritti dalla Costituzione - l'entrata in vigore «differita di novanta giorni rispetto al momento della (...) pubblicazione in Gazzetta Ufficiale» della legge di conversione. Il rimettente prospettava, nell'ipotesi in cui la questione sollevata in via principale fosse stata dichiarata inammissibile o non fondata, l'illegittimità costituzionale (per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.) dell'art. 3, comma 5, del d.l. n. 132 del 2014, nella parte in cui impone «il cumulo tra negoziazione assistita e procedure stragiudiziali obbligatorie, per legge o per previsione contrattuale o statutaria» e, in particolare, l'attivazione congiunta, nel termine di quindici giorni assegnato dal giudice, sia della negoziazione assistita sia della mediazione obbligatoria, determinandosi «un concorso tra due diverse condizioni di procedibilità: la negoziazione assistita per le domande restitutorie e risarcitorie e la mediazione per le restanti domande svolte in causa, poiché vertenti in materia successoria». Inoltre, la procedura di negoziazione assistita obbligatoria e la mediazione obbligatoria non sarebbero contraddistinte da un nesso di complementarità, il quale avrebbe potuto giustificare la contemporanea attivazione, e perseguirebbero entrambe la medesima finalità conciliativa.

Il Giudice di Legittimità con la sentenza *de quo* ha dichiarato l'inammissibilità di tutte le questioni proposte dal Tribunale di Verona: la Corte ha dichiarato inammissibili, per inadeguata motivazione sulla rilevanza, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, secondo e terzo periodo, D.L. 132/2014 e del comma 5, della medesima norma, nella parte in cui consentirebbero un concorso tra le diverse condizioni di procedibilità della negoziazione assistita per le domande restitutorie e risarcitorie e della mediazione per le domande vertenti in materia successoria, poiché non sono state sufficientemente esplicitate le ragioni dell'esclusione del carattere successorio delle domande restitutorie e risarcitorie.

La questione, però, di primaria rilevanza ai fini della presente trattazione è la seguente. Secondo la Corte «l'ordinanza di rimessione (...) trascurava di dar conto di quel meccanismo di raccordo tra la negoziazione assistita e la mediazione obbligatoria che il

legislatore ha previsto all'art. 3, comma 1, secondo periodo, D.L. n. 132/2014⁴¹⁷». Perciò «per le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme entro il limite di valore dei cinquantamila euro la condizione di procedibilità della negoziazione assistita non opera per quelle che - riguardando la materia delle «successioni ereditarie» - già siano assoggettate alla condizione di procedibilità della mediazione civile obbligatoria, in base all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010⁴¹⁸».

Il recente d.lgs. 149/2022 con il suo art. 9 ha apportato delle modifiche al D.L. n. 132/2014, ritoccando l'art. 3 e concentrandosi anche su altri nuovi profili in materia di negoziazione assistita. Le novità più importanti riguardano: 1) l'eliminazione della possibilità che le parti possano essere assistite da uno o più avvocati, in un'ottica di semplificazione della procedura⁴¹⁹; 2) la modifica dell'art. 2, comma 2, lett. *b*), D.L. 132/2014, «al fine di eliminare la previsione che, nel testo previgente, escludeva espressamente la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita nelle controversie in materia di lavoro⁴²⁰»; 3) l'introduzione del comma 2-*bis* all'art. 2, il quale ora stabilisce che «la convenzione di negoziazione può inoltre precisare (...): a) la possibilità di acquisire dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia; b) la possibilità di acquisire dichiarazioni della controparte sulla verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste; c) la possibilità di svolgere la negoziazione con modalità telematiche⁴²¹; d) la possibilità di svolgere gli incontri con collegamenti audiovisivi a distanza»; 4) la possibilità di svolgere attività istruttoria stragiudiziale nell'ambito della negoziazione assistita⁴²²; 5)

⁴¹⁷ Art. 3, comma 1, periodi primo e secondo, d.l. 132/2014: «chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'articolo 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro».

⁴¹⁸ Corte Cost., sent. n. 266 del 2019.

⁴¹⁹ Relazione Illustrativa al d.lgs. 149/2022, *sub*. art. 9, comma 1, lett. a). L'art. 9, comma 1, lett. a) del d.lgs. 149/2022 stabilisce: «al decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, sono apportate le seguenti modificazioni: a) alla rubrica del Capo II, le parole «uno o più» sono soppresse».

⁴²⁰ Relazione Illustrativa al d.lgs. 149/2022, *sub*. art. 9, comma 1, lett. c).

⁴²¹ L'articolo 2-*bis* d.l. n. 132 del 2014 reca ora la disciplina dello svolgimento della negoziazione assistita con mezzi telematici.

⁴²² Nello specifico, sono stati introdotti gli artt. 4-*bis* del D.L. 132/2014 (al fine di disciplinare l'acquisizione delle dichiarazioni di terzi su invito di ciascun avvocato e in necessaria presenza degli avvocati che assistono le altre parti) e 4-*ter* del D.L. 132/2014 (recante la disciplina dell'acquisizione delle dichiarazioni confessorie di una parte della convenzione di negoziazione).

la modifica dell'art. 5, D.L. 132/2014, «con l'inserimento di un nuovo comma 1-*bis* al fine di prevedere che l'accordo che compone la controversia deve anche contenere l'indicazione del relativo valore⁴²³»; 6) le modifiche apportate all'art. 6 in materia di convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, e loro modifica, e di alimenti⁴²⁴.

Un'ulteriore novità inerisce all'estensione del patrocinio a spese dello Stato, sia di mediazione che di negoziazione assistita, nei casi nei quali il loro esperimento è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Con il d.lgs. 149/2022 si è voluto superare l'assetto normativo previgente di cui all'art. 3, comma 6, D.L. 132/2014⁴²⁵ e introdurre «una disciplina che assicuri l'accesso effettivo al patrocinio a spese dello Stato alla parte non abbiente che debba stipulare una convenzione di negoziazione assistita nei casi in cui essa è prevista dalla legge come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, e che consenta al difensore di vedersi riconoscere un compenso per le prestazioni rese in tale procedura⁴²⁶». Per questa ragione il recente d.lgs. (con il suo art. 9, comma 1, lett. *e*) ha abrogato il comma 6 dell'art. 3, il quale è stato sostituito dalla disciplina di cui agli artt. 11-*bis* e ss., inseriti in una nuova sezione II⁴²⁷.

⁴²³ Relazione Illustrativa al d.lgs. 149/2022, *sub.* art. 9, comma 1, lett. h).

⁴²⁴ Relazione Illustrativa al d.lgs. 149/2022, *sub.* art. 9, comma 1, lett. i).

⁴²⁵ Come si legge nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 149/2022, *sub.* art. 9, comma 1, lett. l) «l'articolo 3, comma 6, del D.L. 132 del 2014 del testo vigente, disciplina il caso in cui, a fronte della sussistenza di una ipotesi di negoziazione assistita quale condizione di procedibilità (come prevista dal comma 1 del medesimo articolo) almeno una delle parti si trovi nelle condizioni per essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato. La norma in questione prevede che, in tal caso, la parte non abbiente sia esentata dall'obbligo di corrispondere il compenso al proprio avvocato ma, allo stesso tempo, non disciplina la procedura che deve essere seguita per la formale ammissione e, al termine, per il riconoscimento del compenso all'avvocato. In sostanza, quindi, la disciplina vigente prevede la sostanziale gratuità della prestazione dell'avvocato nei casi di assistenza al non abbiente in una procedura di negoziazione assistita, quando essa è condizione di procedibilità della domanda».

⁴²⁶ Così la Relazione Illustrativa al d.lgs. 149/2022.

⁴²⁷ Si è deciso di non collocare la nuova disciplina sul patrocinio a spese dello Stato in materia di negoziazione assistita obbligatoria all'interno del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, ma direttamente nel D.L. 132 del 2014 (Relazione Illustrativa al d.lgs. 149/2022, *sub.* art. 9, comma 1, lett. l).

1.5.2. La Consulenza Tecnica Preventiva a fini conciliativi *ex art. 696.bis* c.p.c. non esclude il ricorso alla mediazione obbligatoria: i due istituti non sono alternativi

L'art. 5, comma 4, del d.lgs. 28/2010⁴²⁸ elenca una serie di procedimenti ai quali non si applica la disciplina della mediazione obbligatoria *ex art. 5*, commi 1.*bis* e 2.

Ai fini della presente trattazione rileva, in particolare, quanto disposto dall'art. 5, comma 4, lett. c)⁴²⁹: la norma esclude l'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria «nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696.*bis* del codice di procedura civile».

L'art. 696.*bis* c.p.c.⁴³⁰ disciplina la c.d. consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, la cui primaria finalità è quella di favorire la composizione della controversia nella fase antecedente a quella processuale. Tale consulenza costituisce un vero e proprio strumento di deflazione processuale, in quanto finalizzata ad una soluzione della lite alternativa all'introduzione del giudizio di merito⁴³¹. La C.T.P. può essere richiesta anche al di fuori delle condizioni di cui all'art. 696 del c.p.c. (relativo all'accertamento tecnico preventivo)⁴³², ossia in assenza dei presupposti prettamente cautelari del *periculum in mora*⁴³³ e del *fumus boni iuris*. Essa può essere promossa nelle controversie relative al pagamento di somme di denaro, correlato ad illeciti contrattuali o extracontrattuali (potendo accertare anche *l'an* oltre al *quantum* del diritto fatto

⁴²⁸ A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 149/2022, la norma di riferimento, a partire dal 30 giugno 2023, sarà l'art. 5, comma 6, lett. c), d.lgs. 28/2010. L'articolo conferma l'esclusione dell'applicazione della mediazione obbligatoria (e della mediazione demandata dal giudice *ex art. 5-quater*) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696.*bis* c.p.c.

⁴²⁹ Il D.L. n. 69/2013 ha modificato - con il suo art. 84, comma 1, lett. d) - il comma 4 dell'art. 5, inserendo tra i procedimenti sottratti all'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria, i procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696.*bis* c.p.c.

⁴³⁰ L'art. 696.*bis* c.p.c. è stato inserito dall'art. 2, comma 3, lett. e-*bis*, n. 6, d.l. 35/2005.

⁴³¹ Il Tribunale di Cagliari, nella sentenza del 22 settembre 2020 (consultabile in *ilcaso.it*), ha dichiarato che «la consulenza tecnica di cui l'art. 696.*bis* c.p.c. è uno strumento introdotto dal legislatore con finalità principalmente deflattiva, in quanto finalizzata a una soluzione della controversia alternativa all'introduzione del giudizio di merito».

⁴³² Art. 696.*bis* c.p.c., comma 1.

⁴³³ A differenza dell'accertamento tecnico preventivo di cui l'art. 696 c.p.c., la consulenza tecnica preventiva non richiede per il suo espletamento il *periculum in mora*, ovvero il pericolo che nell'attesa dell'instaurazione del processo di merito gli elementi di prova che necessitano di essere raccolti vengano dispersi.

valere)⁴³⁴. La richiesta di consulenza tecnica preventiva si propone con ricorso al giudice che sarebbe competente per il merito⁴³⁵.

Ai fini della presente trattazione rileva quanto disposto dall'art. 696.bis, comma 1, il quale, all'ultimo periodo, prevede che «il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti».

Tale norma ha suscitato non pochi dubbi interpretativi: la giurisprudenza di merito, difatti, si è a lungo interrogata sul se, prima della consulenza tecnica preventiva, sia obbligatorio o meno avviare la procedura di mediazione. Il dubbio sorgeva in quanto prima del D.L. n. 69/2013 - il quale ha modificato il comma 4 dell'art. 5 inserendo nell'elenco dei procedimenti esclusi dall'applicazione della mediazione obbligatoria i procedimenti di consulenza tecnica preventiva - l'art. 5 non contemplava tra i procedimenti ai quali non si applica la disciplina della mediazione obbligatoria i procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite *ex art. 696.bis. c.p.c.*

Nel 2011 il Tribunale di Pisa e il Tribunale di Varese si pronunciarono nel senso di riconoscere la possibilità di procedere con il ricorso in via alternativa alla mediazione. Secondo il Tribunale di Pisa⁴³⁶ «il ricorso per consulenza tecnica preventiva proposto ai sensi dell'art. 696.bis c.p.c., in relazione ad una delle materie indicate dall'art. 5, comma 1⁴³⁷, d.lgs. n. 28 del 2010, non deve essere preceduto, a pena di improcedibilità, dall'esperimento del procedimento di mediazione, stante la sua funzione in parte cautelare e urgente». Il giudice nella sentenza *de quo* ritenne essenziale tenere in considerazione la funzione in parte cautelare e urgente del procedimento conciliativo, la quale escluderebbe la necessità di esperire tale procedimento previamente rispetto alla C.T.P. Il Tribunale di Varese⁴³⁸ giunse alla medesima conclusione, sebbene sulla base di argomenti differenti. Il tribunale osservò che entrambe le procedure (mediazione e

⁴³⁴ Cfr. www.brocardi.it in relazione all'art. 696.bis c.p.c.

⁴³⁵ Quanto alla forma della domanda, sebbene non vi sia alcun riferimento espresso al comma 1 dell'art. 696 c.p.c., il quale a sua volta rinvia all'art. 692 c.p.c., non può che applicarsi l'art. 693 c.p.c., norma che prescrive in generale, per tutti i mezzi di istruzione preventiva, la forma del ricorso (così in www.brocardi.it in relazione all'art. 696.bis c.p.c.)

⁴³⁶ Tribunale di Pisa, sentenza del 03 agosto 2011 (consultabile in www.tribunale.pisa.it).

⁴³⁷ Va precisato che la sentenza in esame, così come tutte le pronunce precedenti al D.L. 69/2013 fanno naturalmente riferimento al comma 1 dell'art. 5, poiché il comma 1.bis è stato inserito dal Decreto del fare del 2013 a seguito dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale del comma 1 (Corte Costituzionale, sentenza 24 ottobre - 6 dicembre 2012, n. 272).

⁴³⁸ Tribunale di Varese, sentenza del 21 aprile 2011 (consultabile in www.studiolegalecoscarella.it).

C.T.P) mirano alla soluzione bonaria della lite; conseguentemente, risulterebbe inutile esperire previamente il procedimento conciliativo. Interessante l'osservazione secondo cui «qualora sia proposta un'istanza di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696.bis c.p.c.* l'esperimento del procedimento di mediazione non costituisce condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010, giacché entrambi gli istituti, introducendo un procedimento finalizzato alla composizione bonaria della lite, perseguono la medesima finalità, così da apparire tra loro alternativi⁴³⁹».

A sostegno dell'improcedibilità del ricorso *ex art. 696.bis c.p.c.* nell'ipotesi in cui questo non sia preceduto dalla mediazione obbligatoria si sono espressi, invece, il Tribunale di Siracusa e di Milano nel 2012. Più precisamente, il giudice di Siracusa ritenne «inammissibile il ricorso proposto ai sensi dell'art. 696.bis c.p.c. vertente su una delle materie indicate dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 e non preceduto dall'esperimento del procedimento di mediazione, posto che la consulenza tecnica preventiva, non avendo natura cautelare, non è ricompresa tra le materie sottratte alla disciplina della mediazione obbligatoria⁴⁴⁰». Parere quest'ultimo condiviso dal giudice milanese, secondo il quale la coesistenza nell'ordinamento processuale dell'istituto disciplinato all'art. 696.bis c.p.c. e del procedimento di mediazione non è prevista in termini di alternatività, tale per cui il ricorso all'uno non esclude il ricorso all'altro⁴⁴¹. Proprio in considerazione del fatto che i due istituti non sono alternativi, secondo il Tribunale di Roma la domanda giudiziale relativa ad una controversia rientrante nelle materie di cui all'art. 5, co. 1.bis, d.lgs. 28/2010 è improcedibile, per omessa mediazione, anche nell'ipotesi in cui sia stata precedentemente intrapresa, con esito negativo, la strada prevista dall'art. 696.bis c.p.c.⁴⁴². In altre parole, l'obbligo dell'esperimento della procedura di mediazione nei procedimenti che iniziano attraverso una richiesta di C.T.P. *ex art. 696.bis c.p.c.*, non è escluso allorquando, all'esito negativo della fase interinale, una

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ Tribunale di Siracusa, sentenza del 14 giugno 2012 (consultabile in new.ilcaso.it).

⁴⁴¹ Tribunale di Milano, ordinanza del 24 aprile 2012 (consultabile in www.arnetnewco.it).

⁴⁴² Tribunale di Roma, ordinanza del 16 dicembre 2014 (consultabile in www.adrintesa.it). Il giudice romano precisò, inoltre, quanto segue: il fatto che la domanda venga dichiarata improcedibile e che, per l'effetto, le parti vengano inviate in mediazione ai sensi dell'art. 5, co. 1.bis, d.lgs. 28/2010 non impedisce affatto al tribunale di formulare contestualmente una proposta, transattiva o conciliativa, ai sensi dell'art. 185.bis c.p.c., data la cumulabilità, ormai pacifica in giurisprudenza, tra detta proposta giudiziale ed il tentativo di conciliazione da esperire presso un organismo territorialmente competente.

delle parti intenda dare avvio alla successiva fase di merito e la materia in questione rientri comunque tra quelle per le quali la mediazione è necessaria.

La questione avrebbe dovuto considerarsi risolta dopo che la Legge n. 98/2013 ha modificato l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 escludendo espressamente la mediazione per i procedimenti *ex art. 696.bis c.p.c.* Ciò nonostante, il Tribunale di Roma con l'ordinanza del 16 luglio 2015 è tornato ad esprimersi sulla *vexata quaestio* del rapporto tra C.T.P. *ex art. 696.bis c.p.c.* e tentativo obbligatorio di mediazione. La particolarità sta nel fatto che nell'ordinanza in esame il giudice romano, a cui era stato sottoposto un caso in materia consulenza tecnica preventiva *ex art. 696.bis c.p.c.*, decise comunque di demandare le parti in mediazione, «illustrando alle stesse i tangibili vantaggi, in termini di efficienza ed economicità, senza sacrificio alcuno per i diritti fondamentali, che potrebbero derivare dalla nomina di un consulente tecnico da parte dell'Organismo di mediazione, all'interno, quindi, del relativo procedimento⁴⁴³». L'ordinanza si soffermò, inoltre, su due aspetti interessanti: 1) sul fatto che la possibilità di nominare un consulente nel procedimento di mediazione sia espressamente prevista dal legislatore: l'art. 8, comma 4, del d.lgs. (sostituito, oggi, dall'art. 8, comma 7, d.lgs. 28/2010) prevede che «il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali»; 2) sul fatto che anche in caso «di mancato accordo, la consulenza in mediazione ed in particolare la relazione dell'esperto elaborata e depositata in quel procedimento non è un atto privo di utilità successive, potendo essere prodotto ed utilizzato nella causa che segue alle condizioni, nei limiti e per gli effetti che la giurisprudenza ha motivatamente elaborato⁴⁴⁴».

È evidente che il principio giuridico sancito in relazione al rapporto tra consulenza tecnica preventiva e mediazione obbligatoria sia mutato nel tempo. Difatti, il tribunale di Pisa e Varese consideravano alternativi i due istituti e, in virtù di ciò, ritenevano non necessario procedere, a pena di improcedibilità, con l'esperimento del procedimento di mediazione prima della C.T.P. Viceversa, il tribunale di Siracusa e Milano affermavano la non alternatività dei due istituti, ragione per cui a pena di inammissibilità del ricorso proposto ai sensi dell'art. 696.bis c.p.c. deve essere esperito il tentativo di mediazione

⁴⁴³ Cfr. Tribunale di Roma, sez. XIII, ordinanza 16 luglio 2015, articolo consultabile in www.adrintesa.it.

⁴⁴⁴ Tribunale di Roma, ordinanza del 16 luglio 2015. In questo senso si è espresso anche il Tribunale di Parma, sez. I civile, ordinanza del 13 marzo 2015.

prima della C.T.P. in caso di controversia vertente su una delle materie indicate dall'art. 5 del d.lgs. 28/2010. A mio parere, nonostante il d.lgs. 28/2010 escluda l'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, sembra opportuno preferire la ricostruzione operata dal tribunale di Siracusa e di Milano semplicemente per una ragione cronologica. Nel senso che si potrebbe ritenere superata la visione dei tribunali di Pisa e di Varese espressa nel 2011 in considerazione di quella prospettata dai Tribunali di Siracusa e Milano nel 2012, nonché alla luce della posizione espressa dal tribunale di Roma nel 2014. Il fatto che il Tribunale di Roma, poi, nel 2015 - sebbene non parli espressamente di inammissibilità del ricorso *ex art. 696.bis* a fronte di un mancato tentativo di mediazione a monte - abbia deciso di demandare le parti in mediazione, a mio avviso, sembra essere un'ulteriore conferma del fatto che la giurisprudenza ritenga opportuno tentare una conciliazione tra le parti in sede di mediazione, anche prima di procedere con una consulenza tecnica preventiva.

È opportuno dedicare, in conclusione, una breve analisi al rapporto tra mediazione obbligatoria, consulenza tecnica preventiva *ex art. 696.bis* c.p.c. di cui alla Legge 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco) e negoziazione assistita obbligatoria. Si supponga, ad esempio, che l'attore eserciti una domanda giudiziaria di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria (soggetta alla mediazione obbligatoria ovvero alla C.T.P. obbligatoria con funzione conciliativa *ex art. 696.bis* c.p.c.) per una somma non superiore ad euro 50.000,00 (astrattamente soggetta alla negoziazione assistita). Si pone in questo caso il problema del rapporto fra la mediazione obbligatoria e la consulenza tecnica preventiva con la negoziazione assistita obbligatoria.

In base alle disposizioni di legge (che verranno a breve illustrate) la soluzione cui si perviene è la seguente: non si applica la negoziazione assistita obbligatoria e si applica alternativamente la mediazione obbligatoria o la C.T.P con funzione conciliativa *ex art. 696.bis* c.p.c.

L'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 nella sua formulazione originaria assoggettava alla disciplina della mediazione obbligatoria le controversie in materia di responsabilità medica; la disciplina venne, poi, estesa anche alle controversie in materia di responsabilità sanitaria dal D.L. n. 69/2013.

La c.d. Legge Gelli-Bianco ha poi affiancato alla mediazione obbligatoria un ulteriore filtro di procedibilità della domanda giudiziaria costituito dal ricorso per consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696.bis c.p.c. La presentazione di tale ricorso dinanzi al giudice competente costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento; ciò nonostante, è fatta espressamente salva la possibilità di esperire, in alternativa, il procedimento di mediazione ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010⁴⁴⁵. Dunque, «i due “filtri” di procedibilità sono alternativi ed equivalenti e rimessi alla libera scelta di chi esercita l'azione giudiziaria⁴⁴⁶». Il fatto che i due filtri siano alternativi «non toglie che, esperito infruttuosamente l'uno, possa essere instaurato l'altro. non c'è, però, alcuna obbligatorietà in questo⁴⁴⁷».

Sebbene il legislatore abbia precisato che in tali casi non trova applicazione l'art. 3 del D.L. n. 132/2014, è importante evidenziare che la negoziazione assistita (astrattamente ipotizzabile nell'esempio visto per il valore della pretesa) non si sarebbe comunque potuta applicare, poiché in luogo di questa trova applicazione la mediazione obbligatoria per la regola generale di cui all'art. 3, comma 1, D.L. n. 132/2014. Per tale ragione, «la specifica precisazione contenuta nell'art. 8 della Legge Gelli-Bianco è stata definita pleonastica⁴⁴⁸».

1.5.3. L'obbligatorietà della mediazione in materia di contratti bancari, finanziari e assicurativi: l'alternatività e il rapporto con l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) e l'Arbitro Assicurativo (AAS)

La disciplina relativa alla mediazione delle controversie civili e commerciali all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 annovera tra i settori per i quali è obbligatorio il ricorso alla

⁴⁴⁵ Art. 8, comma 2, Legge Gelli-Bianco: «la presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. È fatta salva la possibilità di esperire in alternativa il procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. In tali casi non trova invece applicazione l'articolo 3 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162 (...)».

⁴⁴⁶ Così *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, *Op.cit.*, p. 58.

⁴⁴⁷ Così *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, *Op.cit.*, p. 58, riprendendo DALFINO.

⁴⁴⁸ Così *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, *Op.cit.*, p. 58., riprendendo VACCARI.

mediazione quelli dei contratti assicurativi, bancari e finanziari. Per queste tipologie contrattuali il legislatore ha optato per l'obbligatorietà della mediazione poiché esse «oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti (...), conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso⁴⁴⁹». Per tali ragioni la legge ha voluto valorizzare in queste ipotesi il procedimento di mediazione, al fine di comporre la lite in tale sede anziché dinanzi al giudice.

La norma di riferimento è, oggi, l'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, reintrodotta dopo la declaratoria di illegittimità del 2012, dal d.lgs. n. 149/2022 (fino al 30 giugno 2023 continuerà però ad applicarsi l'art. 5, comma 1 *bis*, d.lgs. 28/2010), il quale menziona i contratti assicurativi, bancari e finanziari tra le materie per le quali, in caso di controversia, è obbligatorio esperire il procedimento di mediazione. Sebbene le due disposizioni analogamente inseriscano nell'elenco delle materie assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria quelle relative ai contratti assicurativi, bancari e finanziari, ci sono delle differenze circa l'indicazione dei procedimenti che, in alternativa al tentativo di mediazione, le parti possono esperire al fine del corretto avveramento della condizione di procedibilità. L'art. 5, comma 1 *bis*, prevedeva che in dette materie fosse possibile proporre, in alternativa alla mediazione: a) il procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179; b) il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385; c) il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 187-*ter* del Codice delle assicurazioni private di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. Il nuovo art. 5, comma 3, esattamente come la versione precedente, menzionata tra le procedure idonee ad assolvere la condizione di procedibilità il procedimento disciplinato all'art. 128-*bis* del d.lgs. n. 385/1993 e quello di cui il d.lgs. n. 209/2005⁴⁵⁰. La norma, però, nella sua versione attuale, non menziona il procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. 179/2007, bensì la procedura di cui l'art. 32-*ter* del d.lgs. 58/1998. Questa sostituzione si è resa necessaria a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 129/2017, il quale ha disposto l'abrogazione del d.lgs. 179/2007. Nello

⁴⁴⁹ In questi termini la Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 28/2010, *sub* art. 5.

⁴⁵⁰ Il nuovo art. 5, comma 1, non fa riferimento all'art. 187-*ter* del d.lgs. n. 209/2005, bensì all'art. 187.1. Questo in quanto l'art. 1, comma 20, lett. *b*), del d.lgs. 20 dicembre 2020, n. 187 (in vigore dal 9 febbraio 2021) ha abrogato l'art. 187-*ter* del Codice delle assicurazioni private, rinumerando l'istituto nell'art. 187.1 del medesimo codice.

specifico, tale ultimo d.lgs. è rimasto in vigore sino al 3 ottobre 2018, data a partire dalla quale, per espressa previsione del d.lgs. 129/2017, hanno cominciato a trovare applicazione le disposizioni del d.lgs. n. 58/1998⁴⁵¹. Ad oggi, dunque, la norma di riferimento in materia di Arbitro per le Controversie finanziarie (ACF) è il Regolamento di attuazione dell'articolo 32-ter, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58⁴⁵².

Di fatto, l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 prevede che in caso di controversie in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari, le parti possano assolvere la condizione di procedibilità anche sperando: 1) il procedimento gestito da Banca d'Italia, ossia l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), di cui all'art. 128.bis del TUB; 2) il procedimento di conciliazione gestito dalla Consob, ossia l'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF) di cui l'art. 32.ter, d.lgs. 58/1998 (Testo Unico della Finanza); 3) il procedimento gestito dall'IVASS, ossia l'Arbitro per le controversie assicurative (AAS), di cui l'art. 187.1, d.lgs. 209/2005.

Per comprendere al meglio il rapporto che intercorre tra mediazione obbligatoria e ABF, ACF e AAS è opportuno descrivere alcuni aspetti di tali organismi, soprattutto in considerazione del fatto che anche questi rientrano nella categoria dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) è un sistema, alternativo alla giustizia civile, per la risoluzione delle controversie che possono sorgere tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. L'art. 128.bis TUB⁴⁵³

⁴⁵¹ Il d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129 ha disposto (con l'art. 10, comma 2) che «le disposizioni del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, modificate dal presente decreto, si applicano dal 3 gennaio 2018, fatto salvo quanto diversamente previsto dall'articolo 93 della direttiva 2014/65/UE, con riferimento dell'articolo 65, paragrafo 2, della direttiva medesima, le cui disposizioni attuative si applicano dal 3 settembre 2019, e dall'articolo 55 del regolamento (UE) n. 600/2014, e successive modificazioni, nonché dal comma 3 (...)».

⁴⁵² Il Regolamento di attuazione dell'art. 32-ter, comma 2, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 è stato adottato dalla Consob con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016 e successivamente modificato con delibera n. 21867 del 26 maggio 2021.

⁴⁵³ Alla previsione dell'art. 128.bis TUB è stata data attuazione attraverso la delibera Cior del 29 luglio 2008, n. 275, la quale ha dettato la disciplina dei sistemi stragiudiziali delineandone il campo di applicazione, la struttura e le fondamentali regole procedurali, demandando alla Banca d'Italia i compiti di nomina dei membri dell'organo decidente, di svolgimento di attività di supporto tecnico ed organizzativo, nonché di emanazione delle disposizioni applicative. Ad essa ha fatto seguito il provvedimento della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 avente ad oggetto «Disposizioni sui sistemi di risoluzioni stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari» istitutivo dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF). Sull'argomento RUPERTO, *L'Arbitro Bancario*

stabilisce che «i soggetti di cui all'art. 115 TUB⁴⁵⁴ aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie» e rimette al Cicer, su proposta della Banca d'Italia, la determinazione «dei criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati». La norma fa salvo quanto previsto dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010 e precisa che, in ogni caso, tali disposizioni del TUB non pregiudicano «per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento». La condizione di procedibilità di cui all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 in caso di contratti bancari e finanziari può essere, dunque, alternativamente soddisfatta attivando il procedimento di mediazione previsto da tale decreto oppure tramite il ricorso all'ABF⁴⁵⁵. Tuttavia, l'Arbitro Bancario Finanziario «è un procedimento che con la mediazione sembra aver poco a che fare visto che la controversia viene “decisa” dal collegio di cui all'art. 3 della delibera Cicer il quale si pronuncia con “decisione motivata (...) assunta sulla base della documentazione raccolta e delle previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché dei codici di condotta cui l'intermediario aderisca⁴⁵⁶”. Il procedimento dinanzi all'ABF, quindi: non sembra partecipi dei caratteri della mediazione e, diversamente da questa, appare privo di quella attitudine a comporre conflitti eliminando gli antagonismi tra le parti; non consentirebbe di ristabilire la relazione intersoggettiva tra le parti attraverso la loro conciliazione; l'atto risolutivo della controversia da parte di detto organismo non sembra favorire, in quanto condizionato dalla necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, soluzioni “atipiche” della controversia non potendo investire diritti diversi

Finanziario, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 325 ss.; CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, I, p. 261 ss.

⁴⁵⁴ Art. 115 del Testo unico bancario: «1. Le norme del presente titolo si applicano alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari. 2. Il Ministro dell'economia e delle finanze può individuare, in considerazione dell'attività svolta, altri soggetti da sottoporre alle norme del presente capo. 3. Le disposizioni del presente capo, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dai capi I-bis e II e ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II-bis».

⁴⁵⁵ GUCCIONE e C.A. RUSSO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 476 non pongono la questione in termini di alternatività ma di esclusività delle funzioni dell'organismo istituito ai sensi dell'art. 128 – bis. TUB ai fini di quanto disposto dall'art. 5 d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁵⁶ Art. 6, comma 5, reg. Cicer.

da quello in contestazione⁴⁵⁷». Si tratterebbe, allora, di un procedimento che, come un ordinario procedimento davanti al giudice, distribuisce “torti e ragioni”⁴⁵⁸. In considerazione di ciò e alla luce del fatto che comunque l’ABF può essere inserito tra i meccanismi ADR⁴⁵⁹, si conviene sulla circostanza che si tratti di un istituto di natura «ibrida⁴⁶⁰», tra il procedimento ordinario e gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. Una precisazione importante va fatta sulla natura delle decisioni dell’ABF⁴⁶¹: esse hanno carattere aggiudicativo ma non sono munite di efficacia vincolante, sicché l’intermediario non è obbligato, in senso tecnico, ad adempire alla decisione⁴⁶². Così come la proposta del mediatore, inoltre, la decisione dell’ABF potrebbe essere rifiutata⁴⁶³.

L’Arbitro per le controversie finanziarie (ACF) è anch’esso un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie, attivo presso la Consob, la quale ne definisce la regolamentazione e ne supporta l’operatività attraverso un apposito ufficio, l’Ufficio di segreteria tecnica dell’Arbitro per le Controversie Finanziarie. L’organismo fornisce ai risparmiatori, che ritenendo di essere stati danneggiati dal comportamento dell’intermediario abbiano presentato senza successo dei reclami all’intermediario

⁴⁵⁷ Così CAPOBIANCO, in *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, pp. 3-4, consultabile in www.judicium.it. Sul punto anche LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1201 ss.

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ Così GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano, 2010, p. 34.

⁴⁶¹ In CAPOBIANCO, in *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, p. 4 si legge che «sbaglierebbe tuttavia chi ritenesse che la decisione dell’ABF possa considerarsi, ad onta della definizione di “Arbitro” dato dalla Banca d’Italia all’organismo, un lodo, come si trattasse di arbitrato, giacché che si tratti di un arbitrato è escluso dalla norma, per altro verso innanzi richiamata dell’art. 6, comma 4, della deliberazione Ciacr, la quale prevede che «Qualora la controversia sia sottoposta all’autorità giudiziaria ovvero a giudizio arbitrale nel corso del procedimento, il collegio, verificato l’interesse del ricorrente alla conclusione di quest’ultimo, può dichiararne l’estinzione», non essendo possibile ipotizzare la concomitante perduranza di due arbitrati sulla medesima controversia».

⁴⁶² Cfr. MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell’Arbitro bancario Finanziario*, p. 10. L’autore ritiene che il procedimento di cui all’art. 128.bis TUB, pur non incidendo in maniera diretta sulle posizioni giuridiche delle parti, rilevarebbe sull’intermediario in virtù della sua appartenenza al settore creditizio che lo espone al potere pubblico di vigilanza della Banca d’Italia.

⁴⁶³ In CAPOBIANCO, *Op.cit.* si osserva che, a fronte del rifiuto della decisione dell’ABF, «potrebbe porsi il problema di verificare se essa, come la proposta del mediatore rifiutata, possa determinare conseguenze in ordine alle spese di lite, in caso di coincidenza tra decisione dell’ABF e provvedimento che conclude il processo; ciò in considerazione del possibile coordinamento che dovrebbe operarsi tra l’art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 (che attrae nell’orbita della relazione col successivo processo non solo la mediazione, ma anche il meccanismo di cui all’art. 128.bis TUB) e gli artt. 11 e 13 d.lgs. cit.».

finanziario stesso, uno strumento alternativo per risolvere le controversie, senza doversi rivolgere al giudice⁴⁶⁴. L'Arbitro è indipendente e imparziale (artt. 5, 6 e 7 del Regolamento di attuazione dell'art. 32-ter, comma 2, del d.lgs. n. 58/1998); decide la questione rapidamente e gratuitamente mediante una procedura semplice gestita interamente online, la quale consente di controllare in ogni momento lo stato del ricorso (artt. 11 e 18 del Regolamento di attuazione dell'art. 32-ter, comma 2, del d.lgs. n. 58/1998). Gli intermediari sono obbligati ad aderire all'Arbitro, e lo fanno «anche attraverso le associazioni di categoria a cui partecipano, tramite comunicazione redatta utilizzando la modulistica resa disponibile sul sito web dell'Arbitro» (art. 3 del Regolamento di attuazione dell'articolo 32-ter, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58). Emerge, al riguardo, una differenza con il procedimento conciliativo, nel quale tutto è rimesso alla volontà delle parti; pertanto, gli intermediari non sarebbero obbligati a partecipare al tentativo di conciliazione. Se ritiene fondate le ragioni dell'investitore, l'ACF stabilisce con la propria decisione la somma che l'intermediario deve riconoscere o il comportamento che deve tenere nei confronti degli investitori⁴⁶⁵. Le decisioni dell'ACF⁴⁶⁶ - come quelle dell'ABF - non sono vincolanti per le parti: intermediario e cliente hanno sempre la facoltà di ricorrere al giudice. L'ACF non ha il potere di costringere l'intermediario ad eseguire la decisione; tuttavia, nel caso in cui l'intermediario non dovesse adempiere, verrà applicata una sanzione «reputazionale⁴⁶⁷» consistente nella pubblicazione su più strumenti di comunicazione della notizia del mancato adempimento (artt. 15 e 16 del Regolamento di attuazione dell'art. 32-ter, comma 2, del d.lgs. n. 58/1998).

Al fine di ampliare il sistema di tutele della clientela, l'ABF della Banca d'Italia e l'ACF della Consob sono affiancate da un terzo organismo: l'Arbitro per le controversie assicurative (AAS) gestito dall'IVASS, la cui norma di riferimento oggi è l'art. 187.1 del Codice delle assicurazioni private. Lo scopo dell'organismo è quello di deflazionare

⁴⁶⁴ Non tutte le tipologie di investimento possono essere sottoposte all'attenzione dell'ACF al fine del riconoscimento del comportamento dannoso dell'intermediario. L'ambito di operatività dell'Arbitro è regolato dall'art. 4 del Regolamento di attuazione dell'art. 32-ter, comma 2, del d.lgs. n. 58/1998.

⁴⁶⁵ Vedere il sito ufficiale della Consob: www.consob.it.

⁴⁶⁶ Il Regolamento di attuazione dell'art. 32-ter, comma 2, del d.lgs. n. 58/1998 agli artt. 15,16 e 17 parla espressamente di “decisioni” dell'ACF. Ecco, allora, un'ulteriore differenza rispetto alla mediazione: come più volte illustrato, nella procedura di mediazione, il terzo neutrale (mediatore) non decide sulla controversia, ma facilita le parti nel raggiungere un accordo.

⁴⁶⁷ Come si legge nel sito ufficiale dell'ACF: www.acf.consob.it.

il contenzioso giudiziario promuovendo e migliorando il rapporto di fiducia tra compagnie, intermediari e assicurati. Per sviluppare delle considerazioni definitive sarà necessario attendere l'emanazione del decreto interministeriale (previsto dall'art. 187.1, comma 2, d.lgs. n. 209/2005), il quale determinerà i criteri di svolgimento delle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie assicurative. Nonostante ciò, sembra plausibile ritenere che il nuovo AAS si ispirerà ai modelli degli altri arbitri di settore, in conformità ai criteri dettati dalla direttiva 2013/11 sui sistemi ADR⁴⁶⁸. Al pari degli altri Arbitri, anche l'AAS, dunque, offrirà al consumatore un sistema di tutela snello, digitale, economico, veloce e attivabile dal cliente senza la necessaria assistenza di un avvocato o procuratore⁴⁶⁹. Diversamente da quanto previsto per l'ABF e per l'ACF, ai quali le banche e gli intermediari finanziari devono aderire tramite invio di una comunicazione formale, l'adesione all'AAS da parte di imprese e intermediari (nazionali ed esteri) avverrà automaticamente mediante l'iscrizione all'Albo delle Impresa, al Registro Unico degli Intermediari o ai relativi Elenchi⁴⁷⁰. Potranno rivolgersi all'Arbitro, presentando ricorso, il contraente, l'assicurato o il danneggiato titolare di azione diretta verso la compagnia⁴⁷¹. Tuttavia, prima di rivolgersi all'Arbitro assicurativo è necessario che tra le parti sia stato esperito un tentativo di soluzione della controversia attraverso la presentazione di un reclamo all'impresa o all'intermediario. Il ricorso all'organismo potrà essere inoltrato in caso di omesso o insoddisfacente riscontro al reclamo (in analogia a quanto previsto per l'ABF e l'ACF). Il procedimento si concluderà - differenziandosi, sul punto, dalla mediazione - con una decisione, priva di efficacia vincolante. Sebbene il soggetto soccombente, dunque, non sarà obbligato a seguire la decisione dell'Arbitro, all'inadempimento della decisione dell'AAS seguirà -

⁴⁶⁸ Cfr. *L'arbitro delle Controversie Assicurative*, a cura di DE POLIS (Segretario Generale IVASS), 13 aprile 2021, p. 3. Il Segretario Generale dell'IVASS propone un'interessante analisi sulle possibili interconnessioni tra l'AAS e gli altri Arbitri (ABF e ACF). Bisognerà valutare, ad esempio, la relazione tra l'Arbitro assicurativo e l'ABF in materia di polizze PPI (Payment Protection Insurance); per effetto del collegamento negoziale tra contratto di finanziamento e contratto di assicurazione occorrerà definire il confine tra l'operatività dell'ABF e del nuovo AAS; un'area di contiguità tra l'Arbitro Assicurativo e l'ACF potrebbe riguardare la distribuzione di prodotti di investimento assicurativo, i cd. IBIPs.

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

⁴⁷¹ Le controversie per le quali è possibile rivolgersi all'arbitro potranno riguardare l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà inerenti alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da un contratto di assicurazione, ivi incluso il diritto al risarcimento dei danni subiti, nonché l'inosservanza delle regole di comportamento attinenti alla distribuzione del prodotto assicurativo, purché il contratto sia stato concluso, come si legge in *L'arbitro delle Controversie Assicurative*, a cura di DE POLIS, *Op.cit.*, p. 5.

come già previsto per le decisioni degli altri collegi arbitrali - una sanzione “reputazionale”, consistente nella pubblicazione sul sito dell’Arbitro e dell’operatore di tale inosservanza.

Dopo aver brevemente descritto l’Arbitro Bancario Finanziario, l’Arbitro per le controversie finanziarie e l’Arbitro per le controversie assicurative, è necessario indagare sul rapporto tra questi organismi e la mediazione obbligatoria. In realtà, è lo stesso legislatore che, all’art. 5, comma 3, d.lgs. 28/2010 (in vigore dal 30 giugno 2023) definisce tale rapporto: l'utilizzo di una di queste ADR (ABF, ACF, AAS) permette il superamento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale prevista dal d.lgs. 28/2010. La parte «nei limiti in cui (...) può scegliere il ricorso a tali ADR, può alternativamente scegliere il percorso della mediazione civile e commerciale⁴⁷²». I filtri di procedibilità costituiti, da un lato, dalle procedure ABF, ACF, AAS e, dall’altro, dalla mediazione obbligatoria sono alternativi ed equivalenti, nonché rimessi alla libera scelta di chi esercita l’azione giudiziaria. Anche in questo caso l'infruttuoso esperimento di uno strumento non impedisce a chi intende esercitare l’azione in giudizio di poter esperire anche l'altro⁴⁷³.

Va osservato, per completezza, che la disciplina delle procedure ABF, ACF, AAS e della mediazione obbligatoria potrebbero anche intrecciarsi con quella della negoziazione assistita obbligatoria. Potrebbe accadere, ad esempio, che l’attore proponga una domanda giudiziaria derivante da un contratto bancario (soggetto alla mediazione obbligatoria e alla procedura ABF) per una somma non superiore ad euro 50.000,00 (astrattamente assoggettabile alla negoziazione assistita obbligatoria). In questo caso si pone il problema del rapporto fra la mediazione obbligatoria, l’Arbitro Bancario Finanziario e la negoziazione assistita obbligatoria. Ovviamente, nelle rispettive materie, la questione si potrebbe porre anche in relazione all’Arbitro per le controversie finanziarie e all’Arbitro per le controversie assicurative. Come più volte illustrato, la negoziazione assistita (astrattamente ipotizzabile per il valore della pretesa) non si applica, cedendo - in virtù di quanto previsto dall’art. 3, comma 1, D.L. n. 132/2014 - il passo alla mediazione obbligatoria. Pertanto, la regola che disciplina questo tipo di

⁴⁷² Così *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, *Op.cit.*, p. 59.

⁴⁷³ *Ibidem*.

rapporti è la seguente: non si applica la negoziazione assistita obbligatoria, applicandosi alternativamente la mediazione obbligatoria o la procedura ABF, ACF, AAS.

1.5.4. Le procedure conciliative o arbitrali delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità

Il nuovo art. 5, comma 3, lett. *d*) d.lgs. 28/2010, in vigore dal prossimo 30 giugno 2023, stabilisce che per assolvere alla condizione di procedibilità le parti possono esperire, in alternativa alla mediazione obbligatoria - oltre ai procedimenti previsti in caso di controversie in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari di cui il paragrafo precedente - la procedura prevista dall'art. 2, comma 24, lett. *b*) della l. 14 novembre 1995, n. 481, recante «norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità».

La L. n. 481/1995 ha previsto, all'art. 2, comma 1, l'istituzione delle «Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità competenti, rispettivamente, per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico e per le telecomunicazioni». Dunque, con la Legge del '95 sono state introdotte nel nostro ordinamento due Autorità di regolamentazione dei servizi di pubblica utilità, le quali si occupano di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità. Si tratta dell'Autorità per l'Energia elettrica, il Gas e il Sistema idrico (AEEGSI) e dell'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni (AGCOM⁴⁷⁴).

Quanto all'Autorità per l'Energia elettrica, il Gas e il Sistema idrico va fatta, fin da subito, una precisazione: la Legge di Bilancio di previsione 2018⁴⁷⁵ ha attribuito all'Autorità compiti di regolazione anche nel settore dei rifiuti, con la conseguenza che l'Autorità per l'Energia elettrica, il Gas e il Sistema idrico (AEEGESI) è diventata ARERA, Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente. Ciò nonostante, la regolazione del settore rifiuti viene esercitata dall'Autorità con gli stessi poteri e nel rispetto degli stessi principi applicati negli altri settori già di competenza dell'Autorità

⁴⁷⁴ Essa è stata effettivamente istituita ad opera della Legge n. 249/1997.

⁴⁷⁵ Legge 27 dicembre 2017, n. 205, pubblicata in G.U. il 29 dicembre 2017.

(elettricità, gas, sistema idrico integrato e teleriscaldamento), come fissati dalla Legge istitutiva⁴⁷⁶.

La norma di riferimento in materia è l'art. 2, comma 24, lett. b), l. 14 481/1995, il quale ha disposto che, con uno o più regolamenti, venissero definiti i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedimenti di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso l'Autorità in caso di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio. Tali regolamenti, inoltre - a detta della norma - avrebbero dovuto prevedere «i casi in cui tali procedure di conciliazione o di arbitrato possano essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura». A tale disposizione, in realtà, non è mai stata data attuazione, in quanto detti regolamenti non sono mai stati emanati. AEEGSI, in assenza di tali regolamenti, con delibera del 9 aprile 2005, ha approvato le disposizioni in materia di procedure arbitrali per le risoluzioni delle controversie in materia di accesso alle reti dell'energia elettrica e del gas. In sede, poi, di recepimento della Direttiva 2009/72/CE e 2009/73/CE, il legislatore nazionale, con il d.lgs. del 1° giugno 2011, n. 93⁴⁷⁷, ha affidato all'Autorità il compito di attivarsi al fine di: istituire sportelli unici per mettere a disposizione della clientela le informazioni necessarie concernenti i loro diritti, la normativa vigente e le modalità disponibili per la risoluzione delle controversie (art. 7, comma 6); assicurare un trattamento efficace dei reclami e delle procedure di conciliazione dei clienti finali nei confronti dei venditori e dei distributori di gas naturale e di energia elettrica (art. 44, comma 4); decidere sui reclami presentati contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione per quanto concerne gli obblighi imposti a tali gestori in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale (art. 44, commi 1 e 2). AEEGSI, in attuazione del d.lgs. 93/2011, ha istituito il Servizio Conciliazione, gestito da Acquirente Unico S.p.A., al fine di garantire

⁴⁷⁶ Cfr. *L'Autorità per l'energia con le nuove competenze sui rifiuti diventa ARERA, Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente*, comunicato stampa pubblicato il 5 gennaio 2018 nel sito ufficiale www.arera.it.

⁴⁷⁷ D.lgs. del 1° giugno 2011, n. 93, recante «attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE», in G.U. n. 148 del 28 giugno 2011, S.O. n. 157.

l'efficace trattazione delle procedure di conciliazione attivate dai clienti finali nei confronti dei venditori e dei distributori di gas naturale e di energia elettrica (di cui l'art. 44, comma 4); inoltre, ha approvato la disciplina per la trattazione dei reclami presentati dagli operatori e dai *prosumer* (produttori e consumatori di energia elettrica) contro il gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione (di cui l'art. 44, commi 1 e 2).

Il Servizio Conciliazione, in particolare, merita un breve approfondimento. Si tratta di un sistema di conciliazione⁴⁷⁸ gratuito e *online*⁴⁷⁹ che prevede lo svolgimento di incontri virtuali dinanzi ad un conciliatore terzo ed imparziale, competente in materia di mediazione e in materia energetica. La procedura, essenzialmente breve (ha una durata massima di novanta giorni decorrenti dalla presentazione della richiesta di attivazione, prorogabili per non più di trenta giorni⁴⁸⁰), è attivabile dai clienti finali domestici e non domestici del settore elettrico e del settore del gas e dai *prosumer* in caso di controversie con un distributore o venditore di energia elettrica o gas (e, per il *prosumer*, anche con il GSE).

Sul Servizio ha inciso significativamente il d.lgs. 130/2015, il quale «oltre ad abrogare tacitamente la riserva regolamentare governativa prevista dall'art. 2, comma 24, lettera b), della Legge n. 481/95, ha (...) previsto il tentativo di conciliazione nelle materie di competenza di AEEGSI quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale e ha attribuito all'Autorità il potere di regolamentare, con propri provvedimenti, le modalità di svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione (tale disposizione è confluita nel nuovo art. 141, comma 6, lettera c), del Codice del consumo)⁴⁸¹».

⁴⁷⁸ Il Servizio Conciliazione, in realtà, si inserisce al secondo livello del processo di risoluzione della problematica insorta con l'operatore. Il primo passaggio prevede infatti che sia presentato un reclamo all'operatore sottoposto alla regolazione sulla qualità commerciale dell'Autorità. Al secondo livello, attivabile a seguito della mancata o dell'insoddisfacente risposta al reclamo, oltre alla conciliazione, il cliente finale può inviare un reclamo (di seconda istanza) allo Sportello per il consumatore di energia, che può suggerire alle parti la soluzione della controversia sulla base della regolazione vigente. Entrambi gli strumenti non pregiudicano l'accesso alla giustizia ordinaria.

⁴⁷⁹ Tramite l'accesso al sito web www.conciliazione.energia.it. La procedura per la presentazione della domanda di conciliazione è disciplinata all'art. 6 del Testo Integrato Conciliazione (TICO).

⁴⁸⁰ Art. 3, comma 3, Testo Integrato Conciliazione (TICO)

⁴⁸¹ Cfr. SIMONE, *Le procedure ADR nelle Autorità Indipendenti*, Roma, dicembre 2016, p. 20, consultabile in www.osservatorioair.it.

L'Autorità - a seguito del d.lgs. 130/2015 - *in primis*, ha adottato⁴⁸² il Testo Integrato Conciliazione (TICO), con il quale è stata introdotta la procedura (operativa dal 2017⁴⁸³) per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione presso il Servizio Conciliazione e altre procedure alternative, ai fini della procedibilità dell'azione giudiziale. Tutti gli operatori, venditori o distributori (ad eccezione del FUI - Fornitore di Ultima Istanza gas) sono tenuti a prender parte al tentativo di conciliazione presso il Servizio dell'Autorità⁴⁸⁴. Il GSE è tenuto a partecipare alle procedure attivate dal *prosumer* se attinenti allo scambio sul posto o al ritiro dedicato. Va precisato che per il settore idrico⁴⁸⁵ e per il settore del telecalore il tentativo di conciliazione è una scelta volontaria dell'utente e non una tappa necessaria per agire in giudizio. L'eventuale accordo presso il Servizio Conciliazione costituisce titolo esecutivo, cioè può esser fatto valere dalle parti dinanzi al giudice competente in caso di mancato rispetto dei contenuti⁴⁸⁶. Ai fini della presente trattazione rilevano quantomeno i seguenti aspetti: 1) condizione di procedibilità per esperire l'azione giudiziale è che il primo incontro presso il Servizio Conciliazione si sia concluso senza un accordo, includendo anche i casi di mancata comparizione della controparte⁴⁸⁷; 2) il Servizio Conciliazione non è attivabile se per la medesima controversia è pendente o è stata svolta un'altra procedura di risoluzione extragiudiziale o un procedimento giurisdizionale⁴⁸⁸; 3) in alternativa alla procedura dinanzi al Servizio Conciliazione, il tentativo obbligatorio di conciliazione può essere esperito: a) presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; b) mediante le procedure presso gli organismi iscritti nell'elenco ADR per i consumatori; c) secondo le procedure svolte da uno o più organismi di mediazione iscritti nel registro ministeriale di cui al d.lgs. n. 28/2010⁴⁸⁹.

In *secundis*, AEEGSI ha istituito l'elenco degli organismi ADR deputati a gestire procedure volontarie di risoluzione extragiudiziale delle controversie nazionali e

⁴⁸² Delibera n. 209/2016, consultabile in www.autorita.energia.it.

⁴⁸³ Art. 15, Testo Integrato Conciliazione (TICO).

⁴⁸⁴ Artt. 2 e 3, Testo Integrato Conciliazione (TICO).

⁴⁸⁵ Per il settore idrico va ulteriormente precisato che i gestori di tale servizio se iscritti in un apposito elenco sono tenuti a partecipare alle procedure avviate dinanzi al Servizio, mentre tutti gli altri gestori non presenti in elenco possono valutare di volta in volta se aderire o meno.

⁴⁸⁶ Art. 10, comma 4, Testo Integrato Conciliazione (TICO).

⁴⁸⁷ Art. 3, Testo Integrato Conciliazione (TICO).

⁴⁸⁸ Art. 3, comma 5, Testo Integrato Conciliazione (TICO).

⁴⁸⁹ Art. 14, Testo Integrato Conciliazione (TICO).

transfrontaliere tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea⁴⁹⁰.

La seconda Autorità di regolamentazione dei servizi di pubblica utilità introdotta dalla Legge del 1995, come accennato, è l'Autorità per le Garanzie nelle telecomunicazioni (AGCOM), la cui base normativa è sempre l'art. 2, comma 24, lett. *b*), l. n. 481/95. In realtà, l'Autorità è stata effettivamente istituita dalla Legge n. 249/1997⁴⁹¹, il cui art. 1, comma 11, prevede che «l'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità⁴⁹²». AGCOM ha dato attuazione all'art. 1, comma 11, l. 249/1997 con la delibera n. 53 del 28 aprile 1999: l'Autorità, in tale occasione, ha delegato la materia delle conciliazioni ai Comitati regionali per le comunicazioni presso le singole Regioni (c.d. Co.re.com.).

L'Autorità, sulla base di tali previsioni normative, dapprima nel 2002, ha adottato i c.d. regolamenti di procedura. Ad oggi, dopo una serie di riforme avvenute nel tempo, il Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche⁴⁹³ prevede che per le controversie «in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti e operatori inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi (...) il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non sia stato

⁴⁹⁰ ARERA ha contestualmente approvato la disciplina di prima attuazione per l'iscrizione, la tenuta, la gestione e la vigilanza dell'elenco medesimo, ferma restando l'emanazione di eventuali linee guida applicative.

⁴⁹¹ Legge 31 luglio 1997, n. 249, «istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo», pubblicata in G.U. n. 177 del 31 luglio 2007.

⁴⁹² Il Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, pubblicato in G.U. n. 57 del 15 settembre 2003.) ha confermato all'art. 84 la competenza dell'AGCOM in materia di risoluzione extragiudiziale delle controversie nei settori delle comunicazioni.

⁴⁹³ Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (all. A alla delibera n. 203/18/CONS come modificato dalla delibera n. 390/21/CONS), consultabile in www.agcom.it.

esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione (...)»⁴⁹⁴. Tale tentativo può essere svolto: « a) dinanzi al CORECOM competente, tramite la piattaforma ConciliaWeb⁴⁹⁵ (...); b) mediante gli organismi di negoziazione paritetica che prevedono la partecipazione delle Associazioni di consumatori, iscritti nell'elenco di cui alla delibera n. 661/15/CONS; c) presso gli organismi ADR iscritti nell'elenco di cui alla delibera n. 661/15/CONS; d) dinanzi alle Camere di conciliazione istituite presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura aderenti al protocollo d'intesa stipulato tra l'Autorità e UNIONCAMERE⁴⁹⁶». Il Regolamento precisa che «ai fini del ricorso giurisdizionale, la condizione di procedibilità si considera comunque avverata trascorsi trenta giorni dalla proposizione dell'istanza di conciliazione⁴⁹⁷».

Nel 2011, inoltre, è stata riconosciuta all'AGCOM la competenza circa la regolamentazione, vigilanza e tutela del settore dei servizi postali. La disciplina comunitaria⁴⁹⁸, in particolare, aveva fissato il principio secondo il quale deve essere garantita all'utente una valida alternativa al ricorso giurisdizionale. Per questa ragione «le eventuali controversie (devono essere) risolte in modo rapido ed efficiente⁴⁹⁹» attraverso l'adozione di procedure di soluzione extragiudiziale delle stesse. Il legislatore italiano, in attuazione della normativa comunitaria, aveva già introdotto nel 1999 l'obbligo del fornitore del servizio postale di «adottare procedure trasparenti, semplici e poco onerose per la gestione dei reclami degli utenti» e «procedure conciliative⁵⁰⁰»,

⁴⁹⁴ Art. 3, comma 1, Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (all. A alla delibera n. 203/18/CONS come modificato dalla delibera n. 390/21/CONS).

⁴⁹⁵ L'art. 4 e l'intero Capo II (artt. 6-13) del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (all. A alla delibera n. 203/18/CONS come modificato dalla delibera n. 390/21/CONS) disciplinano la procedura di risoluzione delle controversie dinanzi al CORECOM tramite la piattaforma ConciliaWeb.

⁴⁹⁶ Art. 3, comma 2, Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (all. A alla delibera n. 203/18/CONS come modificato dalla delibera n. 390/21/CONS).

⁴⁹⁷ Art. 3, comma 4, Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (all. A alla delibera n. 203/18/CONS come modificato dalla delibera n. 390/21/CONS).

⁴⁹⁸ Direttiva 97/67/CE, in G.U.C.E. L 15/14 del 21 gennaio 1998, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio.

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ Art. 14, comma 1, del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 (in G.U. n. 182 del 5 agosto 1999), attuativo della Direttiva 97/67/CE.

prevedendo la possibilità per l'utente di rivolgersi all'Autorità di regolamentazione «qualora il reclamo non abbia avuto esito ritenuto soddisfacente⁵⁰¹».

Il sistema così descritto si è poi arricchito a seguito dell'emanazione del d.lgs. 130/2015, il quale ha attribuito all'AGCOM il compito di esercitare la funzione conciliativa nelle procedure volontarie ricadenti nel settore di propria competenza. Inoltre, la disciplina dettata dal Titolo II-*bis* del Codice del consumo, relativa alle procedure volontarie di risoluzione extragiudiziale delle controversie, fa espressamente salve le disposizioni che prevedono l'obbligatorietà delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, tra le quali, appunto, l'articolo 1, comma 11, della Legge 31 luglio 1997, n. 249, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche⁵⁰². Il comma 7 dell'art. 141 Codice del consumo precisa che «le procedure svolte nei settori di competenza (...) dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ivi comprese quelle che prevedono la partecipazione obbligatoria del professionista, sono considerate procedure ADR ai sensi del presente Codice, se rispettano i principi, le procedure e i requisiti delle disposizioni di cui al presente titolo». In conclusione, per assolvere alla condizione di procedibilità di cui all'art. 5 del d.lgs. 28/2010, le parti possono, in alternativa alla procedura di mediazione obbligatoria, esperire le procedure regolate da AEEGSI (oggi ARERA) e AGCOM. Di fatto, queste due Autorità indipendenti prevedono, per le materie di loro competenza e nel rispetto delle regole rispettivamente previste per il Servizio Conciliazione e dal Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione ai fini della procedibilità dell'azione giudiziale.

2. L'EFFICACIA DELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA IN BASE ALLE RILEVAZIONI STATISTICHE

In base ai dati forniti dal Ministero della Giustizia è possibile monitorare l'andamento dei procedimenti in materia di mediazione civile e commerciale. A parere di chi scrive, questo monitoraggio è particolarmente utile per poter fare delle valutazioni non teoriche,

⁵⁰¹ Art. 14, comma 3, d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261.

⁵⁰² Art. 141, comma 6, Codice del consumo.

bensi concrete e reali, sull'efficacia della mediazione obbligatoria. Nel paragrafo 7 del capitolo I si è discusso dell'opportunità e della convenienza di introdurre nell'ordinamento italiano delle ipotesi di mediazione obbligatoria. Al di là, però, delle ragioni concettuali che negli anni successivi all'entrata in vigore del decreto sono state portate a sostegno e contro l'istituto della mediazione obbligatoria, è essenziale ora valutare sulla base delle statistiche prodotte dall'amministrazione della giustizia il concreto contributo della mediazione all'efficacia della giustizia civile⁵⁰³.

L'obiettivo è quello di analizzare l'andamento delle procedure di mediazione obbligatoria negli ultimi quattro anni, prendendo in considerazione specifici parametri. È però opportuno prima fare delle brevi considerazioni relative all'andamento della mediazione obbligatoria nel periodo compreso tra il 2012 e il 2014, poiché in tali anni alcune vicende giudiziarie e legislative hanno inciso in modo significativo sull'applicazione dell'istituto in esame.

Innanzitutto, occorre tener conto che dal 13 dicembre 2012 al 30 settembre 2013, a seguito della sent. 272/2012 della Corte costituzionale, l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione non ha operato⁵⁰⁴. Nel periodo di "non obbligatorietà" della mediazione sono state circa 1.700 le iscrizioni al mese, per un totale di 15.639 iscrizioni⁵⁰⁵, molte meno rispetto alle 60.810 iscrizioni registrate nel 2011⁵⁰⁶ (per una media di circa 5.000 iscrizioni al mese) e alle 154.879 del 2012⁵⁰⁷ (per una media di oltre 12.000 iscrizioni al mese)⁵⁰⁸. La reintroduzione della mediazione obbligatoria ad opera del "Decreto del

⁵⁰³ In *Il contributo della mediazione nella deflazione delle sopravvenienze e delle pendenze*, a cura di D'URSO (consultabile in *mondoadr.it*) viene fatta chiarezza sul modo in base al quale è necessario procedere nella lettura delle statistiche. Secondo l'autore, a tal fine, è necessario distinguere nettamente tra due obiettivi: il primo è quello della deflazione delle nuove iscrizioni presso i tribunali di primo grado e giudici di pace (tecnicamente le "sopravvenienze"), il secondo è quello della riduzione delle procedure pendenti in primo grado e in appello.

⁵⁰⁴ Con la sentenza n. 217 del 6 dicembre 2012 la Corte Costituzionale aveva ritenuto sussistente il denunciato eccesso di delega «in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010» e, conseguentemente, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1 (interamente considerato), d.lgs. 28/2010 per violazione degli artt. 76 e 77 Cost.

⁵⁰⁵ Nello specifico, nel 2013 vi sono state: nel 1° trimestre 4.785 iscrizioni, nel 2° trimestre 4.485 iscrizioni e nel 3° trimestre 6.639 iscrizioni. Rilevazioni statistiche consultabili in *www.osservatorioaic.it*.

⁵⁰⁶ Dati forniti dal Ministero della Giustizia, consultabili in *www.giustizia.it*.

⁵⁰⁷ *Ibidem*.

⁵⁰⁸ Secondo i rapporti ISDACI nel 2010 le procedure sono state 86.000, tra cui: 49.348 conciliazioni CORECOM, 17.407 conciliazioni paritetiche, 18.525 mediazioni amministrative, 753 arbitrati amministrati, 50 rassegnazioni di nomi a dominio.

Fare” del 2013⁵⁰⁹ ha inevitabilmente portato ad un aumento del numero delle iscrizioni: nel 2013 sono state circa 42.000 le mediazioni protocollate (considerando il periodo di “non obbligatorietà” e il periodo di “obbligatorietà” della mediazione⁵¹⁰) contro le quasi 180.000 del 2014⁵¹¹.

In secondo luogo, va considerato che nel 2012 sono state circa 45.000 le mediazioni (una media di 11.165 a trimestre) in materia di risarcimento danni derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti, materia non più obbligatoria nel 2014⁵¹². Conseguentemente, va considerato che a partire dal 2014 nel calcolo del numero delle iscrizioni di mediazioni non vengono più computate dette controversie, in virtù della loro sottrazione dall’elenco delle materie per le quali è prevista la mediazione obbligatoria.

Prima di procedere all’analisi delle rilevazioni statistiche più recenti in materia di mediazione, è interessante - a mio avviso - fare un’ulteriore considerazione. L’introduzione della mediazione obbligatoria ha radicalmente cambiato l’approccio al conflitto civile e commerciale in Italia: l’art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, difatti, ha “costretto” la classe forense e i litiganti a considerare e a sperimentare la mediazione come metodo alternativo di soluzione delle controversie. Al riguardo, è interessante capire se effettivamente le parti in lite abbiano deciso di ricorrere allo strumento della mediazione anche nei casi in cui non vi erano obbligate per legge. Per fare questo tipo di valutazione è necessario guardare i dati forniti dal Ministero della Giustizia in materia di mediazioni volontarie. Dalle rilevazioni statistiche emerge come il tasso di incidenza delle mediazioni volontarie rispetto al totale delle mediazioni definite sia sempre stato minimo ed, anzi, negli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore della mediazione obbligatoria vi è stata proprio una riduzione di tale incidenza⁵¹³. Ciò nonostante, i dati

⁵⁰⁹ D.L. n. 69 del 21 giugno 2013, convertito in Legge n. 98 del 9 agosto 2013.

⁵¹⁰ Nel 4° trimestre del 2013, essendo stato reintrodotta l’istituto della mediazione obbligatoria, sono state 25.965 le iscrizioni, le quali sommate alle 15.639 dei primi tre trimestri portano ad un totale di 41.604 iscrizioni. Dati consultabili nel sito del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it.

⁵¹¹ Nel 2014 le iscrizioni sono state precisamente 179.587. Dati consultabili nel sito del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it.

⁵¹² Con il D.L. n. 69/2013 (convertito in l. n. 98/2013) le controversie in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti sono state eliminate dall’elenco delle materie assoggettate all’obbligo di mediazione.

⁵¹³ Nel 2011 le mediazioni volontarie rappresentavano il 19,9% del totale⁵¹³ e solo l’11,6% nel 2012. Nel 2013, dopo la sentenza della Corte costituzionale del 24 ottobre 2012, l’incidenza delle mediazioni volontarie è aumentata rispetto agli anni precedenti (39,0% del totale). A partire dal 2014 però si è continuata però a registrare una minima incidenza delle mediazioni volontarie sul totale delle mediazioni annue definite: un’incidenza pari al 10% nel 2014 e a poco più dell’8% sia nel 2015 che nel 2016. Un

statistici mettono in luce un progressivo aumento del numero delle iscrizioni delle mediazioni inerenti a controversie di “altra natura”, ossia quelle relative ai procedimenti non esplicitamente riportati all’art. 5 del d.lgs. 28/2010 e quelli a carattere volontario: le iscrizioni erano pari a 22.468 nel 2012 e sono arrivate a raggiungere la soglia di 29.008 nel 2021⁵¹⁴. È questo un dato interessante: al di là delle ipotesi di controversie vertenti in materie per le quali *ex lege* è obbligatorio esperire previamente il procedimento di mediazione, le parti in lite negli anni hanno sempre più fatto ricorso all’istituto della mediazione, sebbene non obbligate in tal senso, probabilmente - a mio avviso - per il fatto che ne hanno compreso le potenzialità sotto l’aspetto personale, economico e temporale⁵¹⁵. Ecco, quindi, che - sempre a parere della scrivente - l’introduzione della mediazione obbligatoria e la conseguente necessità delle parti di interfacciarsi con questo istituto quantomeno nei casi di cui l’art. 5 del d.lgs. 28/2010 ha in realtà permesso ai contendenti di conoscere l’istituto e sceglierlo anche volontariamente come metodo alternativo di risoluzione delle controversie in caso di liti non inerenti alle materie di cui l’art. 5, d.lgs. 28/2010.⁵¹⁶

Dal 2014 al 2022 non vi sono stati drastici aumenti o riduzioni del numero di iscrizioni dei procedimenti di mediazione⁵¹⁷, soprattutto grazie alla stabilità che ha caratterizzato l’assetto normativo in questo lasso di tempo. Per questo, a mio avviso, è interessante analizzare in particolare le rilevazioni statistiche più recenti, approfondendo i dati relativi alle singole materie per le quali è previsto come obbligatorio il previo esperimento del tentativo di mediazione. I parametri che verranno presi in

leggero aumento, tuttavia, ha cominciato a registrarsi dal 2017⁵¹³, sino ad arrivare ad un’incidenza del 16% nel 2021 (dati consultabili in www.osservatorioaic.it.)

⁵¹⁴ Numero di iscrizioni indicate nel campo “altra natura della controversia”: 22.468 nel 2012, 11.135 nel 2013, 21.376 nel 2014, 21.452 nel 2015, 22.937 nel 2016, 23.978 nel 2017, 24.150 nel 2018, 24.131 nel 2019, 20.908 nel 2020 (dati consultabili in www.osservatorioaic.it).

⁵¹⁵ Tra queste, indubbiamente, i vantaggi collegati agli incentivi fiscali e l’esecutività degli accordi conciliativi raggiunti.

⁵¹⁶ In CURZIO, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2021*, Roma, 2022, p. 35, consultabile in www.cortedicassazione.it, si osserva che «la maggior parte delle procedure di mediazione incardinate sono relative a quelle previste in via obbligatoria, mentre non sono ancora sperimentate in maniera uniforme sul territorio nazionale in tutte le loro potenzialità le ipotesi di mediazione delegata dal giudice e di mediazione volontaria che implicano un significativo mutamento di prospettiva culturale e una specifica professionalità».

⁵¹⁷ I dati forniti dal Ministero della Giustizia (consultabili in www.giustizia.it.) sono i seguenti: nel 2014 179.587 iscrizioni; nel 2015 196.247 iscrizioni; nel 2016 183.977 iscrizioni; nel 2017 166.989 iscrizioni; nel 2018 151.923 iscrizioni; nel 2019 147.691 iscrizioni; nel 2020 125.754 iscrizioni; nel 2021 166.511 iscrizioni; nel I trim. del 2022 42.765 iscrizioni; nel II trim. del 2022 42.504 iscrizioni.

considerazione sono: le iscrizioni ai procedimenti di mediazione, i flussi relativi alle singole materie soggette a mediazione obbligatoria, il trend di successo della mediazione e, infine, la durata del procedimento conciliativo.

Il primo parametro da considerare è quello relativo al numero di iscrizioni di mediazioni. A causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19, il confronto delle iscrizioni del 2020 con quelle del 2019 evidenzia un decremento di circa il 15%: difatti, nel 2019 le iscrizioni ammontavano a 147.691 e hanno raggiunto il numero di 125.754 nel 2020⁵¹⁸. Questi dati tengono conto sia dei procedimenti di mediazione instaurati obbligatoriamente in quanto riguardanti le materie di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010, sia dei procedimenti riguardanti materie di altra natura⁵¹⁹. Tuttavia, quest'ultimi sono nettamente in minoranza rispetto ai primi: nel totale di 147.691 iscrizioni del 2019 solo 24.131 ineriscono a "controversie di altra natura" e nel 2020 le iscrizioni relative a dette controversie si sono ridotte a 20.908⁵²⁰.

Dall'analisi dei dati relativi agli anni 2019 e 2020, sebbene emerga effettivamente una riduzione delle iscrizioni, va osservato che non si è trattato comunque di una diminuzione drastica. Nel 2020 le percentuali di iscrizione sono diminuite solo con riferimento alle controversie in materia di contratti bancari e finanziari (si è passati dal 12,3% del 2019 al 12,2% del 2020 per i primi; dal 3,6% del 2019 al 2,9% del 2020 per i secondi), di condominio (si è passati dal 14,1% del 2019 all'11,9% del 2020), di divisione (si è passati dal 5,6% del 2019 al 5,5% del 2020) e, infine, di risarcimento danni da responsabilità medica (si è passati dal 4,1% del 2019 al 3,8% del 2020). Tra queste, la riduzione più significativa è stata quella in materia di controversie condominiali: nel 2019 le iscrizioni sono state pari a 20.863 (appunto, il 14,1% del totale), mentre nel 2020 sono state registrate 14.910 iscrizioni (l'11,9% del totale delle iscrizioni del 2020). Per le altre materie rientranti nell'elenco dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 (diritti reali, locazione, contratti assicurativi⁵²¹, divisione, successioni

⁵¹⁸ Dati consultabili nel sito del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it.

⁵¹⁹ Nella categoria "controversie di altra natura" vengono fatti rientrare i procedimenti non esplicitamente riportati all'art. 5 co.1-bis del d.lgs. 28/2010 e quelli a carattere volontario.

⁵²⁰ Dati consultabili in webstat.giustizia.it.

⁵²¹ Rispetto al 2019, i procedimenti nella materia assicurativa hanno mostrato un incremento, imputabile alla sentenza n. 19596/2020 del 18.09.2020 della Corte di Cassazione. L'incremento è concentrato in pochi organismi accomunati dall'aver una percentuale anomala ed estremamente elevata di procedimenti che si concludono con la mancata comparizione dell'aderente (99%) (cfr. webstat.giustizia.it).

ereditarie, comodato, affitto di aziende, risarcimento danni da diffamazione da mezzo stampa, patti di famiglia) le percentuali sono rimaste invariate o aumentate lievemente⁵²².

Il D.L. n. 28/2020 (convertito con modificazioni dalla L. n.70/2020) con il suo art. 3, comma 1-*quater*, ha disposto l'introduzione del comma 6-*ter* all'art. 3 del D.L. n. 6/2020 (in materia di «misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19»). Il nuovo comma 6-*ter* prevede che «nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-*bis*, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-*bis* dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 costituisce condizione di procedibilità della domanda». Di fatto, come illustrato nel capitolo precedente, tale disposizione ha ampliato il novero delle controversie di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 facendovi rientrare anche quelle in materia di inadempimenti dovuti alle misure di contenimento Covid.

Nel 2020 le iscrizioni collegate a inadempimenti legati al COVID sono state 1.068, pari all'1% del totale. Il dato è stato ottenuto sommando le 504 iscrizioni nella specifica materia «inadempimenti dovuti alle misure di contenimento Covid d.l.6/20 art. 3 co. 6bis e 6ter», introdotta nel terzo trimestre 2020, e le iscrizioni nelle materie già esistenti, dovute a inadempimenti connessi con le misure di contenimento Covid, pari a 564⁵²³.

Effettuando, poi, un confronto tra le iscrizioni del 2021 e quelle 2020 si nota un incremento di circa il 32%, imputabile (in parte) alla ripresa dell'attività giudiziaria post pandemia che ha determinato un recupero delle iscrizioni non effettuate nel corso del 2020⁵²⁴. In realtà, nel 2021 le iscrizioni sono state 166.511⁵²⁵, dunque maggiori rispetto a quelle registrate sia nel 2019 che nel 2020. Quanto alle iscrizioni relative alle singole

⁵²² Dati consultabili in *webstat.giustizia.it*.

⁵²³ *Ibidem*.

⁵²⁴ *Ibidem*.

⁵²⁵ Il dato (consultabile in *webstat.giustizia.it*) tiene conto sia dei procedimenti di mediazione instaurati obbligatoriamente in quanto riguardanti le materie di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010, sia i procedimenti riguardanti materie di altra natura, ossia i procedimenti non esplicitamente riportati all'art. 5 co.1-bis del d.lgs. 28/2010 e quelli a carattere volontario. Nel 2021 le iscrizioni relative a detti procedimenti sono state 29.008.

materie, vi è stato un incremento generalizzato. Il numero di iscrizioni è aumentato in modo più significativo per i procedimenti conciliativi in materia condominiale (14.910 iscrizioni nel 2020, 21.435 nel 2021), di diritti reali (19.573 iscrizioni nel 2020, 24.254 nel 2021), nonché di contratti assicurativi e bancari (11.451 iscrizioni nel 2020, 15.250 nel 2021 per i primi; 15.318 iscrizioni nel 2020, 23.059 nel 2021 per i secondi)⁵²⁶. Quanto alle iscrizioni relative alla specifica materia degli «inadempimenti dovuti alle misure di contenimento Covid», queste sono naturalmente aumentate rispetto a quelle registrate nel terzo semestre del 2020: nel 2021 le iscrizioni sono state 871, considerando però il periodo compreso dal 1° gennaio al 31 dicembre 2021 (dunque, un arco di tempo più ampio, non limitato ad un solo trimestre).

Quanto all'anno 2022, è possibile fare delle valutazioni parziali, poiché sono disponibili solo le rilevazioni statistiche inerenti al I trimestre e al II trimestre.

Il confronto delle iscrizioni del I trimestre del 2022 (dal 1° gennaio al 31 marzo 2022) con quelle dello stesso periodo del 2021 evidenzia un decremento di circa il 5%, probabilmente imputabile a una ripresa, nel 2021, dell'attività giudiziaria post pandemia che ha determinato un recupero (seppur parziale) delle iscrizioni non effettuate nel corso del 2020. Infatti, se si confrontano le iscrizioni del 1° trimestre 2022 con quelle dello stesso periodo del 2019 si evidenzia un incremento dell'11%⁵²⁷.

Quanto alle iscrizioni nella specifica materia «inadempimenti dovuti alle misure di contenimento Covid d.l.6/20 art. 3 co. 6.bis e 6.ter», sono state registrate 120 iscrizioni nel I trimestre del 2022. Considerando, invece, l'intero primo semestre del 2022, il numero di iscrizioni totali è pari a 85.269. Per quanto riguarda, nello specifico, le materie assoggettate a mediazione obbligatoria il numero più elevato di iscrizioni è stato

⁵²⁶ Dati consultabili in webstat.giustizia.it. Il numero delle iscrizioni nella materia assicurativa diminuisce di circa il 4% se confrontata con le iscrizioni dell'anno 2019. Ciò è imputabile prevalentemente ad una riduzione delle iscrizioni presso gli organismi "outlier" (organismi che trattano prevalentemente procedimenti in materia assicurativa che si concludono con la mancata comparizione dell'aderente nel 99% dei casi) che tuttavia restano molto numerose (100.759).

⁵²⁷ Cfr. webstat.giustizia.it. Nel 1° trimestre 2022, le iscrizioni nella materia assicurativa sono diminuite di circa il 11% rispetto allo stesso periodo del 2021. Ciò è imputabile a una riduzione delle iscrizioni sia presso gli Organismi "outlier" (-3%), che tuttavia restano molto numerose (22.528), sia presso gli altri Organismi (-39%). Anche per questa tipologia di procedimenti, la riduzione osservata riflette l'aumento delle iscrizioni registrato nel 1° trimestre 2021 a parziale recupero di quelle non avvenute nel 2020 per effetto della pandemia. Se si considerano soltanto gli Organismi "no outlier" il numero delle iscrizioni del 1° trimestre 2022 resta comunque significativamente superiore a quello dello stesso periodo del 2019 (+61%). L'incremento è attribuibile alla sentenza n. 19596/2020 del 18 settembre 2020 della Corte di Cassazione (in *Giurisprudenza italiana*, 2021, fasc. 2, pp. 340-341).

registrato per le controversie in materia di diritti reali (12.890 iscrizioni), contratti bancari (12.334 iscrizioni) e condominio (10.759 iscrizioni)⁵²⁸.

Ai fini della presente trattazione, è importante considerare l'effettivo numero di iscrizioni relative alle materie per la quali è prevista la mediazione obbligatoria, al netto delle iscrizioni riguardanti le "controversie di altra natura", ossia quelle relative ai procedimenti non esplicitamente riportati all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 e quelli a carattere volontario. La scrivente ha osservato che dall'analisi dei dati forniti negli ultimi quattro anni dal Ministero della Giustizia in relazione alle iscrizioni per le materie di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 emerge un andamento delle stesse dapprima decrescente e poi crescente. Nel 2019, infatti, vi è stata una diminuzione del numero delle iscrizioni rispetto a quello registrato nel 2018, seguita da un ulteriore calo nel 2020 a causa dalla diffusione del Covid-19, come sopra illustrato⁵²⁹. Nel 2021, però c'è stata una risalita: da 104.846 iscrizioni del 2020 si è passati a 137.503 iscrizioni, con un aumento pari a più del 30% del numero di iscrizioni. Sarà necessario attendere le statistiche dell'intero anno 2022 per capire se il trend continuerà o meno ad essere in risalita.

Sebbene le rilevazioni statistiche relative alle iscrizioni siano importanti per capire l'andamento delle procedure di mediazione obbligatoria, il dato davvero essenziale per comprendere l'efficacia concreta dell'istituto è quello relativo ai flussi dei procedimenti conciliativi, poiché esso permette di monitorare il numero di procedure che nel periodo considerato sono state definite. I dati forniti dal Ministero della Giustizia permettono, inoltre, di vedere la percentuale di procedimenti che si sono conclusi con o senza accordo tra le parti.

I dati relativi agli anni 2019, 2020 e 2021 non evidenziano delle radicali differenze per quanto riguarda il numero di procedimenti definiti: nel 2019 sono stati definiti circa 140.000 procedimenti, nel 2020 circa 109.000 e nel 2021 quasi 153.000⁵³⁰. Tuttavia, si

⁵²⁸ Dati consultabili nel sito del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it.

⁵²⁹ Il numero di iscrizioni relative alle materie per la quali è prevista la mediazione obbligatoria è stato pari a: 127.773 nel 2018, 123.56 nel 2019, 104.846 nel 2020.

⁵³⁰ Dati consultabili in webstat.giustizia.it. Il numero dei procedimenti definiti è comprensivo sia dei procedimenti iscritti nell'anno di riferimento (e poi definiti in quell'anno), sia dei procedimenti già pendenti all'inizio del periodo di riferimento (dunque, i procedimenti rimasti pendenti dall'anno precedente) definiti poi nell'anno di riferimento. Ad esempio, nel 2020 i procedimenti "pendenti iniziali" (cioè i procedimenti "pendenti finali" del 2019) erano 111.572, i procedimenti iscritti nell'anno sono stati 125.754 e i procedimenti definiti (considerando il totale di 237.326 procedimenti pendenti nel periodo dal 1° gennaio 2020 al 31 dicembre 2020) sono stati 109.437. Dunque, i procedimenti non definiti nell'anno

tratta - a mio parere - di una progressione incoraggiante: considerando che nel 2020 la Nazione ha dovuto affrontare molte problematiche legate alla pandemia da COVID-19, non vi è stato, in ogni caso, un drastico calo dei procedimenti definiti rispetto all'anno precedente e, per di più, nel 2021 vi è stato un notevole incremento del numero di procedimenti definiti.

I numeri sopra analizzati si riferiscono ai procedimenti di mediazione definiti ma riguardanti la generalità delle materie, non solo quelle soggette a mediazione obbligatoria⁵³¹. Ai fini della presente trattazione, tuttavia, il dato più interessante è quello relativo alla percentuale di procedimenti definiti e relativi alle materie per le quali è prevista la mediazione obbligatoria. Non solo: tra quest'ultimi è necessario verificare, in proporzione, il numero di procedimenti conclusi con o senza un accordo tra le parti. Nel 2019 il 74% dei procedimenti in materia di mediazione obbligatoria è stato definito, ma solo nel 29% dei casi la procedura si è conclusa con un accordo tra le parti; il restante 71% dei procedimenti è stato definito ma senza un accordo raggiunto⁵³². I dati, a parere di chi scrive, sembrano però essere incoraggianti se si guardano gli anni 2020 e 2021. Nel 2020 il 75% dei procedimenti in materia di mediazione obbligatoria è stato definito, sebbene effettivamente solo il 28% di questi si sia concluso con un accordo tra le parti⁵³³. Percentuale, quest'ultima, confermata nel 2021, anno in cui sono stati definiti il 71% dei procedimenti in materia di mediazione obbligatoria (e, appunto, nel 28% dei casi l'accordo è stato raggiunto)⁵³⁴. Le rilevazioni statistiche evidenziano, però, come nel 2021 non solo ci sia stato un aumento del numero dei procedimenti conclusi, ma anche, per quanto riguarda i procedimenti relativi alle materie per le quali è prevista la mediazione obbligatoria, un incremento, in proporzione, del numero di procedure definite con un accordo tra le parti.

I dati forniti dal Ministero della Giustizia permettono di approfondire anche gli esiti dei procedimenti relativi alle specifiche materie di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010. Nel 2019

2020 sono stati 127.889: questi sono i c.d. "pendenti finali" dell'anno 2020 e i c.d. "pendenti iniziali" dell'anno 2021.

⁵³¹ Nel calcolo vengono imputati anche i procedimenti relativi alle "controversie di altra natura", ossia i procedimenti non esplicitamente riportati all'art. 5 co.1-bis del d.lgs. 28/2010 e quelli a carattere volontario.

⁵³² Dati consultabili in *webstat.giustizia.it*.

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ *Ibidem*.

i procedimenti in materia di diritti reali, comodato e patti di famiglia sono stati quelli che in maggior percentuale si sono conclusi con un accordo tra le parti⁵³⁵. Mentre, nello stesso anno, difficilmente il procedimento si è chiuso con un accordo in caso di controversie in materia di contratti finanziari e bancari⁵³⁶. Nel 2020 i procedimenti relativi ai diritti reali e ai patti di famiglia si sono confermati essere i procedimenti che nella maggior parte dei casi riescono ad essere conclusi con un accordo tra le parti⁵³⁷; a questi si sono aggiunti i procedimenti in materia di contratti assicurativi (e non più quelli in materia di comodato), i quali nel 39% sono stati definiti con un accordo tra le parti⁵³⁸. In linea con l'anno precedente, i procedimenti riguardanti le liti in materia di contratti finanziari e bancari si sono conclusi nel 90% dei casi (circa) senza che sia stato raggiunto un accordo tra le parti⁵³⁹. La percentuale relativa alla risoluzione di questi procedimenti, in realtà, è rimasta invariata anche nel 2021⁵⁴⁰. I procedimenti inerenti ai patti di famiglia e ai diritti reali hanno mantenuto nel 2021 il trend degli anni precedenti. Inoltre, la stessa percentuale di procedimenti definiti con accordo tra le parti che nel 2020 ineriva ai procedimenti in materia di patti di famiglia (37%), nel 2021 è stata registrata in relazione ai procedimenti in materia di inadempimenti dovuti alle misure di contenimento Covid⁵⁴¹. Quest'ultimi, nel periodo compreso tra il 1° gennaio e il 31 marzo 2022, sono risultati essere i procedimenti definiti in maggior percentuale con un accordo tra le parti, seguiti dalle procedure in materia di patti di famiglia e diritti reali⁵⁴².

Sebbene i dati evidenzino come nel 2021 la mediazione obbligatoria abbia conosciuto una fase di sviluppo, a parere di chi scrive, è comunque importante segnalare come

⁵³⁵ In materia di diritti reali, nel 42% dei casi si è addivenuti ad accordo e nel 59% di questi casi il procedimento si è chiuso con l'accordo poiché le parti hanno accettato di sedersi al tavolo delle mediazioni anche dopo il primo incontro. In materia di comodato, nel 37% dei casi si è giunti ad accordo. Quanto ai patti di famiglia, la percentuale di accordi raggiunti è pari al 35%, considerando che nel 61% di questi casi il procedimento si è chiuso con l'accordo poiché le parti hanno accettato di sedersi al tavolo delle mediazioni anche dopo il primo incontro. Dati consultabili in webstat.giustizia.it.

⁵³⁶ I procedimenti in materia di contratti finanziari e bancari si sono conclusi nel 90% dei casi (circa) senza che sia stato raggiunto un accordo. Dati consultabili in webstat.giustizia.it.

⁵³⁷ I procedimenti in materia di diritti reali si sono conclusi nel 41% dei casi con un accordo raggiunto tra le parti; quelli in materia di patti di famiglia nel 37% dei casi. Dati consultabili in webstat.giustizia.it.

⁵³⁸ Dati consultabili in webstat.giustizia.it.

⁵³⁹ *Ibidem*.

⁵⁴⁰ *Ibidem*.

⁵⁴¹ *Ibidem*.

⁵⁴² Le percentuali di procedimenti definiti con accordo tra le parti sono pari al: 57% nei procedimenti in materia di inadempimenti dovuti alle misure di contenimento Covid; al 44% nei procedimenti in materia di patti di famiglia; al 41% nei procedimenti in materia di diritti reali. Dati consultabili in webstat.giustizia.it.

(forse) sarebbe necessario ridurre il divario tra i procedimenti conclusi con accordo e quelli senza accordo tra le parti. In altri termini, nonostante un miglioramento vi sia stato, per far sì che l'istituto della mediazione obbligatoria possa nel concreto portare ad una effettiva riduzione del carico giudiziario, ossia perseguire il c.d. scopo deflattivo cui già mirava il legislatore del 2010, è necessario che la percentuale di procedimenti definiti con accordi raggiunti sia maggiore di quella relativa alle procedure definite senza accordo.

Sempre a parere di chi scrive, a tal fine, è necessario diffondere maggiormente, ma soprattutto in modo migliore, la cultura della mediazione tra i contendenti: per poter raggiungere un accordo che componga la lite insorta è necessario che le parti comprendano i reali vantaggi che l'istituto della mediazione offre loro. Un ruolo centrale, in questo senso, lo rivestono gli avvocati ed i mediatori. I primi, in sede di adempimento dei loro obblighi informativi nei confronti delle parti, dovranno prospettare a queste, da un lato, i vantaggi della mediazione e, dall'altro, i rischi e le complicità che potrebbero derivare dal procedere dinnanzi al giudice (*in primis*, il maggior dispendio in termini di costi e tempo). I mediatori, poi, al fine di facilitare la comunicazione tra le parti in lite, dovrebbero implementare e migliorare le tecniche di mediazione, nonché le loro capacità di *problem solving*⁵⁴³. In questo senso è fondamentale che il mediatore sia in grado di lavorare su tre aspetti chiave. «i) Il tempo: occorre passare da una percezione “continua” ad una nella quale compaiono dei confini netti. Detto in altri termini, un primo passo per iniziare la ristrutturazione è quello di introdurre tre semplici vocaboli: prima, adesso, poi. ii) Le motivazioni: occorre far emergere con chiarezza il “perché” le parti sono arrabbiate piuttosto che tristi, cercando di tenere gli scenari futuri al riparo da queste emozioni. Detto in altri termini, tanto più il futuro verrà correlato a emozioni nuove (positive o quantomeno neutre), tanto più semplice sarà gestire nuove opportunità. iii) Le attese, i desideri: occorre far riempire il futuro di possibilità e varianti sul tema tralasciando, al momento, la necessità che siano poi realmente sostenibili. L'importante è che le parti si riabituino a pensare al futuro come una dimensione legata alla possibilità di ottenere qualcosa⁵⁴⁴».

⁵⁴³ Cfr. RONDOT, *Problem solving (Le tecniche di mediazione)*, in *La mediazione civile e commerciale*, *Op.cit.*, p. 69 e ss.

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

Infine, un ultimo dato da considerare è quello relativo alla durata delle procedure di mediazione. I dati non evidenziano dei miglioramenti al riguardo: difatti, nel 2019 la procedura di mediazione si è stimato avere una durata di 143 giorni, ma i tempi sono andati aumentando negli anni successivi. Nel 2020 nel 2021 la durata è stata stimata in 175 giorni, e già nel primo trimestre del 2022 in 185 giorni. Si tratta di una durata media significativamente maggiore rispetto a quella legale massima fissata in tre mesi⁵⁴⁵.

A parere della scrivente, d'altronde, l'aumento di giorni necessari per la conclusione della procedura conciliativa potrebbe essere conseguente e proporzionale all'aumento del numero di iscrizioni, soprattutto nel 2021 (infatti, come sopra illustrato, nel 2021 le iscrizioni sono state maggiori rispetto a quelle registrate sia nel 2020 che nel 2019). Va rilevato, inoltre, che la recente regolamentazione e il sempre maggiore sviluppo della mediazione *online* potrebbero fungere da coadiuvanti nel ridurre la durata dei procedimenti di mediazione.

In conclusione, a parere di chi scrive, l'istituto della mediazione obbligatoria si è dimostrato in questi ultimi anni uno strumento concretamente efficiente⁵⁴⁶. I dati dimostrano come nel 2021 sia aumentato il numero di iscrizione ai procedimenti di mediazione e, considerando la molteplicità delle controversie per le quali il d.lgs. 28/2010 prevede l'obbligo di esperire previamente il tentativo di mediazione, gran parte di queste iscrizioni riguardano proprio procedimenti di mediazione obbligatoria (difatti, come sopra illustrato, il numero dei procedimenti riguardanti materie di altra natura è nettamente inferiore). Ciò considerato, il dato più significativo al fine di riconoscere la concreta efficacia dell'istituto è quello relativo all'aumento del numero dei procedimenti in materia di mediazione obbligatoria definiti con un accordo tra le parti. Ecco, allora, che il tentativo di conciliazione può avere successo anche se svolto per ottemperare ad

⁵⁴⁵ La recente riforma (di cui il d.lgs. 149/2022) sembra prendere atto solo in parte del problema. La nuova formulazione dell'art 6 del d.lgs. 28/2010, relativo alla durata della mediazione, stabilisce che il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi, prorogabile però per ulteriori tre mesi «dopo la sua instaurazione e prima della sua scadenza con accordo scritto delle parti». A parere della scrivente il rischio cui si potrebbe incorrere è proprio quello di “legittimare” procedimenti di mediazione sempre più lunghi. La norma, tuttavia, ha cura di precisare che (quantomeno) tale termine «non è soggetto a sospensione feriale».

⁵⁴⁶ I dati forniti dal Ministero della Giustizia (relativi al periodo 2003-II semestre 2022) rilevano un calo del numero dei procedimenti giurisdizionali civili pendenti relativi all'Area SICID proprio a partire dal 2010 (dati consultabili in www.giustizia.it).

un obbligo e non solo nei casi in cui è sostenuto da una esclusiva volontà delle parti⁵⁴⁷. Indubbiamente, vi sono degli aspetti che nel tempo dovranno essere migliorati: le rilevazioni statistiche hanno dimostrato che, da un lato, il numero dei procedimenti in materia di mediazione obbligatoria definiti con un accordo tra le parti è comunque inferiore rispetto a quello dei procedimenti conclusisi senza accordo e, dall'altro, che la durata dei procedimenti di mediazione non sta andando incontro ad una riduzione bensì ad un aumento. Soprattutto alla luce della recente Riforma Cartabia, per comprendere la tendenza dei procedimenti di mediazione obbligatoria e auspicabilmente confermare quella positiva del 2021 sarà necessario attendere non soltanto le statistiche dell'intero anno 2022, ma anche quelle degli anni successivi.

⁵⁴⁷ In senso contrario si era espresso il Consiglio Superiore della Magistratura, come emerge dalla lettura del Parere allo schema di decreto legislativo: «Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali».

CAPITOLO III

LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA IN MATERIA DI DIRITTI REALI

1. IL PRIMO GRUPPO DI CONTROVERSIE SOTTOPOSTE ALL'OBBLIGO DEL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE: LE LITI IN MATERIA DI CONDOMINIO, DIRITTI REALI, SUCCESSIONI E DIVISIONI, LOCAZIONE E COMODATO

Il presente Capitolo è interamente dedicato all'analisi della disciplina del tentativo obbligatorio di mediazione in caso di controversie in materia di diritti reali. La scelta di focalizzarsi sulle liti in detta materia, rientrando tra quelle di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010, è conseguente allo studio dei risultati statistici elaborati dal Ministero della Giustizia in materia di procedimenti di mediazione: alla scrivente è sembrato interessante soffermarsi sul caso particolare della mediazione obbligatoria in materia di diritti reali, in quanto le liti ad essi connesse sono quelle per le quali è stato registrato negli ultimi anni un maggior numero di iscrizioni di mediazione, nonché la più alta percentuale di accordi conciliativi raggiunti in sede di mediazione⁵⁴⁸.

È opportuno, tuttavia, prima di procedere con la disamina della fattispecie *de quo*, fare delle considerazioni di carattere generale sul primo gruppo di controversie sottoposte all'obbligo di mediazione, poiché ad esso appartengono anche le liti in materia di diritti reali.

Le ipotesi di mediazione obbligatoria sono identificate, oggi, dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 - reintrodotta dal d.lgs. del 10 ottobre 2022, n. 149, in vigore dal 30 giugno 2023⁵⁴⁹ - e riguardano le controversie vertenti in materia di: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising,

⁵⁴⁸ Dati consultabili nel sito del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it.

⁵⁴⁹ Il d.lgs. del 10 ottobre 2022, n. 149 (attuativo della Legge 26 novembre 2021, n. 206 e in vigore dal 18 ottobre 2022) ha reintrodotta l'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2020; tuttavia, fino al 30 giugno 2023 continuerà ad applicarsi l'art. 5, comma 1.bis, d.lgs. 28/2010.

opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura. Con riferimento a tali controversie vige all'interno della disciplina processuale la regola della condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

È importante tenere in considerazione il fatto che tutte le controversie menzionate sono differenti l'una dall'altra e, soprattutto, non hanno eguali potenzialità ai fini della ricerca di una soluzione negoziata; difatti, molto dipende dalla materia oggetto della controversia, dalle caratteristiche e dalla propensione delle parti coinvolte, nonché dalla natura del conflitto. Sulla base di queste variabili, è possibile suddividere le controversie sottoposte all'obbligo di mediazione in tre gruppi diversi: 1) le liti per le quali la mediazione si presenta come il mezzo più adeguato per giungere alla composizione della controversia; 2) le dispute nelle quali la mediazione dovrebbe assumere quasi sempre modalità trasformativa prima che risolutorie; 3) le controversie per le quali, con ogni probabilità, la mediazione cambierà natura diventando un'anticipazione in forma privata del processo⁵⁵⁰.

Appartengono al primo gruppo le controversie che saranno oggetto di analisi in questo paragrafo, ossia quelle in materia di condominio, diritti reali, divisioni, successioni, contratti di locazione e comodato. Ciò che accomuna tali controversie è il fatto che la lite molto spesso non nasce «da una divergenza reale sull'esistenza di un problema o sulla necessità della sua soluzione, quanto, piuttosto, dalla complessità delle posizioni, degli interessi e dei bisogni sottostanti al rapporto giuridico e dalle difficoltà nel comunicarli⁵⁵¹».

Il primo riferimento contenuto nell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 è alle controversie in materia di condominio. La previsione del tentativo obbligatorio di mediazione in caso di liti condominiali è giustificata dal fatto che, in tali ipotesi, il rapporto tra le parti è destinato a prolungarsi nel tempo, anche dopo la composizione della singola lite; pertanto, gli stessi soggetti hanno interesse a mantenere tra loro una relazione, di natura sociale ed economica, pacifica e duratura nel tempo. Ecco allora che l'obiettivo non è solo quello di risolvere la specifica lite insorta ma anche quello di mantenere, *pro futuro*, un complessivo rapporto relazionale pacifico. La stessa Relazione Illustrativa al d.lgs.

⁵⁵⁰ In questi termini RISTORI, *La mediazione delle controversie civili*, in *La mediazione civile e commerciale*, *Op.cit.*, pp. 176-177.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

28/2010, in tema di motivazione della scelta di prevedere per alcune tipologie di controversie la mediazione quale condizione di procedibilità della domanda, rileva che nei rapporti condominiali «la coesistenza forzata dei comproprietari consiglia, se non addirittura impone, la ricerca di soluzioni facilitative, che consentano in ogni caso di riavviare la convivenza condominiale al di là della decisione del singolo affare».

La disciplina della mediazione obbligatoria applicabile alle controversie in materia di condominio sarà oggetto di specifica analisi nei successivi paragrafi. Basti precisare preliminarmente che è l'art. 71-*quater* disp. att. cc., introdotto dalla Legge di riforma dell'istituto condominiale⁵⁵², la norma che chiarisce, al comma 1, cosa debba intendersi per controversie in materia di condominio, andando così a definire l'ambito di applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria in tale materia. Sono tali le controversie «derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione delle disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, del codice e degli articoli da 61 a 72 delle presenti disposizioni per l'attuazione del codice»⁵⁵³. All'interno delle controversie condominiali rientrano, dunque, le vicende relative sia agli artt. da 1117 a 1139 del c.c.⁵⁵⁴, sia le previsioni in tema di condominio disciplinate nelle disposizioni di attuazione del codice stesso. L'articolo in argomento puntualizza, al comma 2, che «la domanda di mediazione deve essere presentata, a pena di inammissibilità, presso un organismo di mediazione ubicato nella circoscrizione del tribunale nella quale il condominio è situato». Tale

⁵⁵² Il legislatore è intervenuto con la Legge 11 dicembre 2012, n. 220, recante “Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici” (in Gazzetta Ufficiale n. 239 del 17.12.2012). L'art. 25 di tale Legge ha introdotto nelle disp. att. cc. l'art. 71-*quater*.

⁵⁵³ In SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 254, si legge che «appare (...) confermato il criterio interpretativo (...) secondo cui nell'individuazione delle controversie assoggettate la disciplina della mediazione obbligatoria, come quelle in tema di condominio, rileva innanzitutto la disciplina applicabile al caso concreto e non il contesto sociale nel quale si svolge la lite».

⁵⁵⁴ L'art. 1117 c.c. stabilisce quali sono le parti oggetto di proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari dell'edificio. L'art. 1118 c.c. stabilisce il principio generale in base al quale il diritto di ciascun condomino sulle cose comuni è proporzionato al valore del piano o porzione che gli appartiene. L'art. 1119 c.c. sancisce il principio dell'indivisibilità delle parti comuni del condominio. Gli artt. 1120-1125 c.c. contengono la disciplina delle innovazioni e delle opere sulle parti dell'edificio di proprietà comune, nonché della ripartizione delle spese di conservazione, godimento, manutenzione e ricostruzione delle parti dell'edificio oggetto del condominio. Gli artt. 1126-1127 c.c. disciplinano, rispettivamente, le controversie relative alle disposizioni in tema di lastrici solari ad uso esclusivo e di costruzioni sopra l'ultimo piano dell'edificio. L'art. 1128 c.c. detta la disciplina in tema di perimento totale o parziale dell'edificio. All'interno della materia del condominio rientrano anche le norme relative all'amministratore (artt. 1129-1133 c.c.), alle spese fatte dal condominio (art. 1134 c.c.), all'assemblea dei condomini (art. 1135-1137 c.c.) e al regolamento di condominio (art. 1138 c.c.). L'art. 1139 c.c., infine, dispone che per quanto non è espressamente previsto dagli artt. 1117-1138 c.c. si osservano le norme dettate in tema di comunione di cui agli artt. 1110-1116 c.c.

disposizione va coordinata con quanto previsto dall'art. 4 d.lgs. 28/2010 come da ultimo modificato. Pertanto, «in caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda. La competenza dell'organismo è derogabile su accordo delle parti. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del deposito».

Tra le controversie assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria l'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 annovera anche quelle in materia di diritti reali, le quali saranno oggetto di un apposito approfondimento nel paragrafo successivo. È sufficiente qui ricordare che tali controversie sono state inserite nell'elenco di cui l'art. 5 in ragione del fatto che si tratta di cause in cui il rapporto tra le parti è destinato a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della specifica lite insorta. Si tratta, difatti, di «rapporti in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale⁵⁵⁵». Per questo motivo si è voluto privilegiare il ricorso a mezzi di risoluzione delle controversie alternativi alla tutela giudiziale. Tali strumenti spesso si rivelano essere più adatti alla natura di queste liti poiché consentono alle parti di instaurare un dialogo, prendere in considerazione la posizione altrui e «adoperarsi per risolvere le questioni soggiacenti alla controversia⁵⁵⁶»; questo «ha spesso il vantaggio aggiuntivo di preservare la relazione che le parti avevano prima della controversia⁵⁵⁷». A ciò va aggiunto, come illustrato nei capitoli precedenti, che l'obiettivo perseguito dal legislatore del 2010 con l'inserimento della disciplina della mediazione obbligatoria era quello di deflazionare il carico giudiziario gravante sui tribunali italiani. La scelta di assoggettare alla mediazione obbligatoria le controversie in materia di diritti reali è assolutamente coerente con tale scopo, in considerazione del fatto che tali controversie sono effettivamente quelle maggiormente diffuse nelle mediazioni svolte nel nostro Paese⁵⁵⁸. Per di più, in materia di diritti reali

⁵⁵⁵ Relazione Illustrativa al d.lgs. 28/2010, *sub* art. 5.

⁵⁵⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali, 2011/2026 (INI), punto 14, consultabile in www.europarl.europa.eu.

⁵⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁵⁸ In questo senso SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 273. L'autore richiama i dati forniti dal Ministero della giustizia circa le controversie in materia di diritti reali. Si tratta delle rilevazioni statistiche analizzate nel presente scritto al Paragrafo 3 del Capitolo II.

le liti sono spesso caratterizzate da un'alta conflittualità, sia che esse riguardino l'accertamento dell'esistenza di un diritto a favore di una delle parti, sia che esse riguardino i modi di esercizio e di godimento del diritto⁵⁵⁹, ragione per cui la mediazione risulta essere, in virtù delle sue potenzialità, la sede più efficace per tentare di comporre la lite. Al fine, poi, di comprendere se una controversia verta o meno in materia di diritti reali si dovrà ricorrere all'applicazione del c.d. criterio interpretativo oggettivo dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010: ciò significa che non si dovrà guardare alla qualità soggettiva delle parti in lite, bensì al collegamento tra le domande proposte e la disciplina dei diritti reali come regolata dal codice civile⁵⁶⁰.

Nell'elenco delle controversie assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria sono inserite anche quelle in materia di divisioni e successioni. Anche per queste materie - così come per le controversie in materia di condominio e diritti reali - il legislatore ha ritenuto opportuno prevedere l'obbligo del tentativo di mediazione poiché, in tali casi, il rapporto tra le parti risulta spesso destinato a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione della singola lite. Sussiste anche in queste ipotesi un interesse specifico delle parti ulteriore rispetto alla composizione del singolo episodio dal quale è scaturita la controversia: i soggetti, difatti, potrebbero avere interesse a mantenere una relazione, di natura economica, sociale o familiare, pacifica e duratura, soprattutto in considerazione del fatto che in caso di controversie in materia di divisioni ereditarie e successioni le parti sono addirittura legate da un vincolo di parentela. In quest'ottica lo strumento della mediazione risulta idoneo non solo a raggiungere un accordo risolutivo della lite, ma a preservare la relazione che le parti avevano prima della controversia.

Con specifico riferimento alla disciplina della mediazione obbligatoria, assumono particolare importanza le controversie relative alla materia ereditaria e quelle concernenti l'istituto della comunione, entrambe rientranti nella più grande categoria delle liti in materia di divisione.

⁵⁵⁹ In questi termini RISTORI, *La mediazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 181.

⁵⁶⁰ Al riguardo, la giurisprudenza di merito ha rilevato che le liti nelle quali viene chiesto l'accertamento di una servitù a favore del fondo di parte attrice a carico di un fondo del condomino convenuto rientra nell'ambito dei diritti reali e non delle cause condominiali. Tale interpretazione, fondata sul dato oggettivo della materia trattata e non sulla qualità delle parti (secondo un'interpretazione soggettiva, invece, andrebbero qualificate come condominiali tutte le cause ove una delle parti sia un condomino) risulta essere maggiormente conforme all'art. 5 d.lgs. 28/2010 (Tribunale di Genova, sentenza n. 4574 del 18 novembre 2011).

È opportuno precisare, innanzitutto, che le domande proposte in giudizio relative alla materia delle divisioni ereditarie⁵⁶¹ devono essere precedute dall'esperimento del procedimento di mediazione *ex art. 5, d.lgs. 28/2010*, a pena di improcedibilità della domanda. L'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria anche alle controversie in materia di divisione ereditaria è confermata dall'art. 5, il quale menziona tra le materie per cui è prevista l'obbligatorietà della mediazione anche le successioni ereditarie. In questo senso si è pronunciata la prima giurisprudenza di merito, la quale ha ribadito che le controversie nelle quali venga richiesto lo scioglimento di una comunione ereditaria rientrano all'interno dell'elenco di cui il d.lgs. 28/2010⁵⁶². Vi sono però due limiti all'applicazione della mediazione obbligatoria⁵⁶³. Il primo, di tipo sostanziale, riguarda i diritti indisponibili: al titolare di tali diritti non è consentito disfarsene, trasferirli, rinunciarvi o transigervi (va da sé nemmeno in mediazione). Il secondo, di tipo processuale, riguarda la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari che la disciplina della mediazione non può precludere, a norma dell'art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010, come di recente modificato.

Tra le controversie in materia di divisione ereditaria - e, pertanto, assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria - rientrano anche quelle in tema di collazione *ex art. 737 c.c.* e quelle relative al pagamento dei debiti e alla ripartizione dei debiti ereditari tra gli eredi di cui gli artt. 752 e ss.. Quanto ai patti di famiglia, la cui disciplina è in realtà compresa all'interno di quella concernente la divisione, l'art. 5, comma 1, esplicitamente li inserisce nell'elenco delle materie assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria.

Per quanto concerne l'istituto della comunione, gli artt. 1111 e ss. c.c. ne disciplinano lo scioglimento e, in particolare, l'art. 1111 al comma 1 prevede che «ciascuno dei partecipanti può sempre domandare lo scioglimento della comunione». Ci si è chiesti però se lo scioglimento della comunione rientri o meno nel novero delle materie di cui

⁵⁶¹ La disciplina della divisione ereditaria è contenuta nel Titolo IV del Libro II del c.c. dedicato alle successioni. Il titolo si apre sancendo il principio generale secondo il quale i coeredi possono sempre domandare la divisione. In sintesi, va ricordato che la divisione ereditaria ha natura dichiarativa ed effetto retroattivo e, se non è già stata fatta dal testatore, può avere natura contrattuale (in tal caso si avrà un contratto di divisione concluso tra i coeredi) o giudiziale (si avrà un giudizio di divisione, il quale richiede il litisconsorzio necessario di tutti i coeredi, a norma dell'art- 784 c.p.c.).

⁵⁶² Tribunale di Palermo, Sezione Distaccata di Bagheria, sentenza del 13 luglio 2011, in *Guida al Diritto - Dossier*, 7/2012, pp. 47-49.

⁵⁶³ Cfr. SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatoria*, *Op.cit.*, pp. 289-290.

l'art. 5 del d.lgs. 28/2010, ossia, in altri termini, se possa essere ricompreso all'interno della materia della divisione (espressamente menzionata dal d.lgs. 28/2010). Da una prima analisi della norma parrebbe preferibile escludere dalle controversie assoggettate alla mediazione obbligatoria quelle in tema di scioglimento della comunione. Questo in quanto l'art. 1111 parla effettivamente di scioglimento e non di divisione ed, inoltre, poiché le condizioni di procedibilità costituiscono una deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio costituzionalmente garantito, è opportuno interpretare le norme che le prevedono in senso restrittivo⁵⁶⁴.

Va considerato, tuttavia, che l'art. 1116 c.c. estende alla divisione delle cose comuni la disciplina della divisione dell'eredità, in quanto compatibile⁵⁶⁵.

Ciò premesso, la prima giurisprudenza di merito ha ritenuto applicabile alle controversie in materia di scioglimento della comunione la disciplina della mediazione obbligatoria. Significativa al riguardo fu nel 2011 l'ordinanza del Tribunale di Prato⁵⁶⁶ (oggetto di approfondimento nel seguente paragrafo): il giudice, in tale occasione, rilevò che il legislatore delegato del 2010 nel prevedere quale condizione di procedibilità della domanda il previo esperimento del tentativo di mediazione per tutte le materia indiciate all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 intendeva includervi anche i giudizi di scioglimento della comunione.

Anche le controversie relative alle successioni ereditarie rientrano nella rosa di materie per le quali è previsto obbligatoriamente il previo esperimento del tentativo di mediazione. In estrema sintesi basti qui ricordare che la materia delle successioni indica il fenomeno in base al quale uno o più soggetti subentrano ad un altro nella titolarità di uno o più diritti. Nelle successioni ereditarie, nello specifico, il presupposto di tale subentro è la morte della persona fisica, il c.d. *de cuius*. Tale circostanza determina l'esigenza che il patrimonio di questi non rimanga privo di titolare. Si parla in tal caso di eredità per indicare il complesso dei rapporti patrimoniali trasmissibili facenti capo al *de cuius*. Gli interessi sostanziali che in tali casi si presentano sono molteplici: quelli del

⁵⁶⁴ Vedere al riguardo Cassazione civile, Sez. Lavoro, sentenza n. 967 del 21 gennaio 2004, la cui massima è consultabile in avvocato.it.

⁵⁶⁵ Art. 1116 c.c.: «alla divisione delle cose comuni si applicano le norme sulla divisione dell'eredità, in quanto non siano in contrasto con quelle sopra stabilite». Inoltre, dal punto di vista processualistico lo scioglimento della comunione è disciplinato in maniera unitaria all'art. 784 c.p.c., riguardando esplicitamente sia la divisione ereditaria che altre ipotesi di scioglimento della comproprietà.

⁵⁶⁶ Tribunale di Prato, ordinanza del 9 maggio 2011, consultabile in www.concilialex.it.

de cuius, quelli dei familiari del defunto nel subentro del suo patrimonio, quelli degli eventuali creditori, quelli dello Stato nel colpire i trasferimenti di ricchezza. La materia ereditaria, dunque, «si presta molto bene ad essere sottoposta a mediazione per l'esistenza di relazioni familiari strette, la possibile molteplicità di parti, la diversità di posizioni e di interessi con riferimento allo stesso insieme di beni, la frequente complessità delle motivazioni profonde della lite, l'alto livello di emotività⁵⁶⁷».

Ai fini della presente trattazione rileva, in particolare, la seguente questione. La successione per causa di morte può avvenire a titolo universale o a titolo particolare. Nel primo caso colui che subentra acquisisce la qualifica di erede e, in quanto tale, subentra indistintamente in tutti i rapporti trasmissibili facenti capo al defunto. In caso di successione a titolo particolare, invece, il soggetto subentrante prende il nome di legatario, il quale subentra esclusivamente in uno o più rapporti determinati. Ai fini dell'applicazione della disciplina prevista dal d.lgs. 28/2010, nonostante l'art. 5, comma 1, parli espressamente di “successioni ereditarie” (e non genericamente di “successioni”), si ritiene che anche le controversie aventi ad oggetto l'istituto del legato rientrino all'interno della disciplina della mediazione obbligatoria⁵⁶⁸.

Rientrano, infine, all'interno della materia delle successioni ereditarie anche la disciplina dei patti successori e gli istituti della rappresentanza, dell'accrescimento, della sostituzione e dell'accettazione dell'eredità. Anche in tali casi, dunque, le controversie per essere incardinate innanzi al giudice devono essere precedute dall'esperimento del tentativo di mediazione.

Il d.lgs. 28/2010 prevede anche per chi intenda agire in giudizio in relazione ad una controversia in materia di locazione e comodato l'obbligo di esperire previamente il tentativo di mediazione, pena l'improcedibilità della domanda. L'inserimento di dette materie fra quelle destinate al tentativo obbligatorio di mediazione viene spiegato dalla Relazione Illustrativa al Decreto in questa maniera: si tratta di «cause in cui il rapporto tra le parti è destinato (...) a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia». La locazione e il comodato sono i primi rapporti contrattuali considerati dal decreto in esame e si tratta, in particolare, di contratti a lungo termine. Il fatto che in questi casi il rapporto riguardi un'attività economica

⁵⁶⁷ Cfr. RISTORI, *La mediazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, p. 183.

⁵⁶⁸ Così SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 294.

destinata a durare nel tempo rende necessario e auspicabile il mantenimento di una buona relazione fra i contraenti. Va osservato, però, che il contratto può dimostrarsi nel tempo uno strumento troppo rigido e inadeguato a disciplinare il rapporto, in particolare quando il contesto muti e il decorso del tempo modifichi gli interessi di una o entrambe le parti, con conseguenti possibili inadempimenti. In questi casi il ricorso al giudice in assenza di cooperazione tra i litiganti può portare a dei risultati ben più miseri dell'adempimento corretto. La mediazione, al contrario, risponde all'esigenza, che insorge spesso in relazione a tali rapporti di una rinegoziazione per adeguare la regolamentazione dell'assetto degli interessi alle necessità delle parti, che possono essere mutate nel corso del tempo⁵⁶⁹. Il procedimento di mediazione, in sostanza, aumenta le possibilità per le parti di mantenere, una volta risolta la lite, le loro relazioni commerciali⁵⁷⁰.

La nozione di "controversia in materia di locazione" deve essere interpretata in senso estensivo, potendo così essere ricomprese nell'ambito applicativo della disciplina della mediazione obbligatoria tutte le controversie comunque collegate alla materia della locazione. Il procedimento di mediazione, dunque, si applicherà anche alle liti relative all'accertamento sull'avvenuta risoluzione stragiudiziale dei contratti di locazione e a quelle relative ai rapporti locativi di fatto⁵⁷¹.

Con finalità esemplificativa, pare opportuno menzionare alcuni casi giurisprudenziali riguardanti controversie in materia di locazione, con riferimento alle quali si ritiene trovi applicazione la disciplina della mediazione obbligatoria di cui il decreto in esame.

Un'interessante pronuncia di merito ha ritenuto sia legittimo ricomprendere all'interno dell'alveo applicativo dell'art. 5, comma 1, il ricorso relativo alla domanda di accertamento dell'intervenuto esercizio del recesso senza l'osservanza del termine di preavviso pattuito, con conseguente domanda di condanna al pagamento della somma corrispondente a sei mensilità di canone locativo⁵⁷².

⁵⁶⁹ Cfr. RISTORI, *La mediazione delle controversie civili*, *Op.cit.*, pp. 187-188-189.

⁵⁷⁰ In questi termini la Commissione delle Comunità Europee, *Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, Bruxelles, 19 aprile 2002. Le medesime considerazioni sono state espresse dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011.

⁵⁷¹ Cfr. SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 304.

⁵⁷² Tribunale di Prato, dec. 30 gennaio 2011.

Un'ulteriore significativa pronuncia è stata quella resa dal Tribunale di Palermo nel 2011, sempre in tema di applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria in caso di controversia in materia di locazione. Il giudice palermitano, innanzitutto, confermò che tra le controversie in materia di locazione «devono ritenersi ricomprese, data l'ampiezza della nozione di "materia", tutte le controversie comunque collegate alla materia della locazione, e quindi anche quelle nelle quali si controverte in ordine ad un rapporto ancora da costituire, ma di cui si invoca la costituzione ai sensi dell'art. 2932 c.c. sulla base di un contratto preliminare⁵⁷³». Lo stesso giudice, pur riconoscendo che le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità debbano essere interpretate in senso restrittivo in quanto costituenti deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio, affermò che «ritenere che sia una controversia in materia di locazione quella in cui deve valutarsi se vi sia stato un subingresso in un contratto di locazione o se un contratto di locazione sia venuto meno o quale sia il canone vigente o a chi sia imputabile la mancata stipulazione di un nuovo contratto di locazione non è certo operare un'interpretazione estensiva della locazione "controversie in materia di locazione"⁵⁷⁴».

Nel 2011 il Tribunale di Modena rilevò che anche con riferimento ad una domanda di rilascio dell'immobile occupato *sine titulo ex art. 447.bis c.p.c.* (traendo nel caso di specie spunto da un rapporto analogo a una locazione) risulti dover essere attivata la preventiva e obbligatoria procedura di mediazione.

Risultano, infine, assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria le controversie aventi ad oggetto: 1) la domanda di determinazione del corrispettivo dovuto dal conduttore in mora nella restituzione dell'immobile, a norma dell'art. 1591 c.c.⁵⁷⁵; 2) il diritto di prelazione e l'azione di riscatto, disciplinati rispettivamente all'art. 38 e 39 della legge sulla disciplina delle locazioni di immobili urbani⁵⁷⁶; 3) la richiesta risarcitoria relativa a un inadempimento ad un obbligo connesso al rapporto di locazione; 4) l'accertamento, promosso dal conduttore, dell'inalienabilità degli immobili condotti

⁵⁷³ Tribunale di Palermo, sez. dist. Bagheria, Ord. 16 agosto 2011. In questo senso: Cass., sez. I, ord. 16 gennaio 2003, n. 581; Cass., sez. III, ord. 7 marzo 2005, n. 4873, in materia di domanda volta a «far dichiarare l'opponibilità, all'aggiudicatario di un immobile destinato ad albergo, del contratto d'affitto di azienda stipulato tra il proprietario originario ed un precedente dante causa dell'attuale affittuario»; Cass., sez. III, ord. 4 luglio 2007, n. 15110.

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ Cass. civ., sez. III, sent. n. 4992 del 1996; Cass. civ., sez. III, sent. n. 8964 del 10 settembre 1998.

⁵⁷⁶ Legge n. 392 del 27 luglio 1978.

in locazione nel tempo occorrente per il decorso del termine assegnato per l'esercizio del diritto di prelazione di cui alla legge n. 662 del 1996; 5) il pagamento di oneri accessori nel contesto di un rapporto di locazione; 6) il pagamento dei canoni di locazione, anche in caso di controversia instaurata nei confronti dei fideiussori per il loro pagamento⁵⁷⁷.

Come visto, la disciplina di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 trova applicazione anche con riferimento alle controversie in materia di comodato. Interessante al riguardo l'ordinanza del 1° settembre 2011 del Giudice di Pace di Catanzaro, con la quale è stato stabilito che le disposizioni in materia di mediazione obbligatoria trovano applicazione non solo con riferimento alle controversie in materia di comodato di cose immobili, ma anche quando il bene concesso in comodato sia una cosa mobile⁵⁷⁸.

Nel 2012 il Tribunale di Verona, tenuto a pronunciarsi su un caso riguardante due controversie, una relativa ad un contratto di concessione di vendita, l'altra ad un contratto di comodato, ha osservato che «stante la stretta connessione, non solo giuridica ma anche fattuale» tra le due tipologie di controversie «è estremamente opportuno, al fine di rendere utilmente esperibile il procedimento di mediazione, demandare ad esso entrambe le controversie⁵⁷⁹».

2. L'OBBLIGATORIETÀ DELLA MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE IN MATERIA DI DIRITTI REALI

2.1. Inquadramento delle categorie dei diritti reali

Data l'esigenza di approfondire, ai fini dell'elaborato, l'analisi della disciplina della mediazione obbligatoria nello specifico settore del contenzioso sui diritti reali, si rende opportuno qualche cenno preliminare sulla definizione di tale categoria di controversie.

⁵⁷⁷ Cfr. SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, *Op.cit.*, p. 304.

⁵⁷⁸ Il Giudice di Pace di Catanzaro, con l'ordinanza del 1° settembre 2011, si pronunciò su una questione relativa all'eccezione di improcedibilità della domanda per omesso esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione in una controversia relativa alla domanda attorea di restituzione di due libri concessi in comodato qualche tempo prima al convenuto. Il giudice, in relazione all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, ha affermato che «nessun dubbio può esservi in ordine all'applicabilità della suddetta disposizione nel presente giudizio».

⁵⁷⁹ Tribunale di Verona, ordinanza del 18 gennaio 2012, consultabile in *Guida al Diritto - Dossier*, 7/2012, pp. 78-79

I diritti reali fanno parte della più grande categoria dei diritti assoluti, ossia quella categoria di diritti soggettivi che attribuiscono al titolare un potere che egli può far valere verso tutti (*erga omnes*). I diritti reali attribuiscono al titolare una signoria sulla cosa ovvero su un determinato bene. L'espressione "diritti reali", dunque, ricomprende tutti i diritti su una *res* caratterizzati dalla pretesa del titolare *erga omnes* a non essere pregiudicato da qualsiasi terzo. Tradizionalmente si ritiene che i diritti reali siano caratterizzati: 1) dall'inerenza, ossia dall'opponibilità del diritto a chiunque possieda o vanti diritti sulla cosa; 2) dall'immediatezza, ossia dalla possibilità per il titolare di esercitare direttamente il potere sulla cosa, senza necessità della cooperazione di terzi; 3) dall'assolutezza, ossia dal dovere di tutti i consociati di astenersi dall'interferire nel rapporto fra il titolare del diritto reale ed il bene che ne è oggetto, e – correlativamente - dalla possibilità per il titolare di agire in giudizio contro chiunque contesti o pregiudichi il suo diritto (c.d. efficacia *erga omnes* del diritto reale)⁵⁸⁰.

Pur in assenza di un'espressa previsione normativa, si ritiene che i diritti reali costituiscano un *numerus clausus*, cioè che sia precluso ai privati creare diritti reali diversi ed ulteriori rispetto a quelli espressamente disciplinati dalla legge. I diritti reali, inoltre, sono connotati dal carattere della tipicità, cioè di fatto è precluso all'autonomia privata modificare il contenuto essenziale dei singoli diritti reali.

Collegate a situazioni di diritto reale sono le c.d. obbligazioni *propter rem* (o obbligazioni reali), le quali si caratterizzano per il fatto che la persona dell'obbligato viene individuata in base alla titolarità di un diritto reale su un determinato bene⁵⁸¹. Da queste va distinto l'onere reale, in forza del quale il creditore, per il pagamento di somme di denaro o altre cose generiche da prestarsi in relazione ad un determinato bene

⁵⁸⁰ In GIOVAGNOLI, *Corso ordinario per la preparazione al concorso in magistratura, I diritti reali, Schemi e sintesi* (consultabile in www.jusforyou.it) si legge che «dal carattere dell'assolutezza discende che il soggetto legittimato passivo alla pretesa del titolare si identifica nel momento dell'esperimento del rimedio e non già in riferimento al momento in cui è stata compiuta la condotta che integra la lesione (il torto del convenuto consiste nel non permettere il godimento al titolare del diritto e quindi il legittimato passivo si identifica al momento della proposizione dell'azione e non rispetto al compimento di una condotta pregressa), sicché le controversie riguardanti il preteso godimento diretto di un bene hanno il giudice naturale nel giudice del luogo in cui esso è situato». Per questo l'autore parla di «natura "ambulatoria" dell'azione reale».

⁵⁸¹ Si dubita che all'autonomia privata sia consentito creare obbligazioni reali atipiche. In senso negativo: Cass. civ., sez. II, n. 8096 del 7 aprile 2014 (consultabile in www.avvocato.it) Cass. n. 4572 del 26 febbraio 2014.

immobile, può soddisfarsi sul bene stesso, indipendentemente da chi ne diventi proprietario o acquisti diritti reali di godimento o di garanzia su di esso⁵⁸².

All'interno della categoria dei diritti reali si distinguono i c.d. *ius in re propria* (la proprietà) e i c.d. *iura in re aliena*, cioè i diritti reali che gravano su beni di proprietà altrui e che sono destinati a coesistere, comprimendolo, con il diritto del proprietario.

L'espressione "*ius in re propria*" (letteralmente "diritti sulla cosa propria") si usa per designare il diritto di proprietà. Tale diritto rappresenta uno dei principali diritti reali, in quanto è quello che dà al suo titolare il maggior numero di facoltà esercitabili sulla cosa propria. L'art. 832 c.c. enuncia il principio secondo cui al proprietario spetta il «diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico». La proprietà attribuisce, dunque, al titolare il potere di godimento del bene, ovvero il potere di trarre dalla cosa le utilità che la stessa è in grado di fornire decidendo se, come e quando utilizzarla, e il potere di disposizione del bene, per tale intendendosi il potere di cedere ad altri, in tutto in parte, diritti sulla cosa. A norma di quanto previsto dall'art. 832 c.c., tali poteri - di godimento e di disposizione del bene - sono pieni ed esclusivi. Per questa ragione si ritiene che la proprietà sia connotata dal carattere della pienezza, ovvero dell'attribuzione al proprietario del diritto di fare della cosa ciò che vuole, e dell'esclusività, ovvero del diritto del proprietario di vietare ogni ingerenza di terzi.

Stante l'espressione generica "controversie in materia di diritti reali" contenuta nell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, ogni lite riguardante il diritto di proprietà risulta assoggettata alla disciplina della mediazione obbligatoria, con la conseguenza che anche con riferimento alle controversie vertenti in tema di proprietà fondiaria (art. 840 c.c. e ss.), edilizia (art. 869 c.c. e ss.), agraria, rurale e industriale⁵⁸³ la domanda giudiziale dovrà essere preceduta dall'esperimento del tentativo di mediazione, pena l'improcedibilità della domanda stessa⁵⁸⁴.

⁵⁸² L'unica ipotesi di onere reale prevista dal nostro cod. civ. è quella dei contributi consorziali (art. 864 c.c.), cui si aggiungono le ipotesi contemplate nella legislazione speciale. Si ritiene, anche in questo caso, che i privati non possono costituire oneri reali ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dalla legge (sul punto Cass. n. 2003 del 22 luglio 1966).

⁵⁸³ Sull'applicabilità della disciplina della mediazione obbligatoria in caso di controversie inerenti alla c.d. "proprietà industriale" sono sorti alcuni dubbi, oggetto di analisi nel *Paragrafo 2.2.2.*

⁵⁸⁴ In SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, *Op.cit.*, pp. 275-276 si legge: «ciò, per certi versi, potrebbe valere anche per le controversie in materia di espropriazione ed indennizzo, stante la disposizione

Rientrano nell'ambito applicativo della mediazione obbligatoria anche le controversie in materia di immissioni. La norma di riferimento è l'art. 844 c.c.⁵⁸⁵, il quale, al comma 1, dispone che «il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi»; prosegue, poi, stabilendo che «nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso». Il giudice, pertanto, deve valutare la tollerabilità delle immissioni, tenendo conto del modo in cui esse vengono in essere, e bilanciare le contrastanti esigenze dei proprietari⁵⁸⁶. Proprio la necessità di dover valutare parametri come quelli della tollerabilità e del contemperamento di interessi contrastanti rende la mediazione lo strumento ideale per risolvere queste tipologie di controversie⁵⁸⁷. Conseguentemente, appare giustificato il loro assoggettamento alla disciplina dell'art. 5, comma 1.bis, d.lgs. 28/2010.

Dubbi interpretativi possono sorgere in merito all'applicabilità della disciplina della mediazione obbligatoria alle controversie aventi ad oggetti l'istituto della multiproprietà⁵⁸⁸. Per risolvere la questione è necessario partire dalla seguente considerazione. Per comprendere se una controversia sia assoggettabile o meno alla

di cui all'art. 834 c.c. Tuttavia, a riguardo emergono profili di indagine in ordine alla compatibilità della mediazione con riferimento a controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione (...).

⁵⁸⁵ Per un approfondimento vedere TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, ventitreesima edizione, a cura di ANELLI-GRANELLI, Milano, 2017, p. 290 e ss.

⁵⁸⁶ Sul punto si è espressa la Cass. Civ. nel 2007 (Cass. Civ., sez. III, sentenza n. 5844 del 13 marzo 2007, consultabile in *altalex.com*) stabilendo che «l'art. 844 c.c., impone, nei limiti della normale tollerabilità e dell'eventuale contemperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, l'obbligo di sopportazione delle propagazioni inevitabili determinate dall'uso delle proprietà attuato nell'ambito delle norme generali e speciali che ne disciplinano l'esercizio. Al di fuori di tale ambito, si è in presenza di un'attività illegittima di fronte alla quale non ha ragion d'essere l'imposizione di un sacrificio, ancorché minimo, all'altrui diritto di proprietà o di godimento, e non sono quindi applicabili i criteri dettati dall'art. 844 c.c., in tema di normale tollerabilità, di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso, ma, venendo in considerazione, in tale ipotesi, unicamente l'illiceità del fatto generatore del danno arrecato a terzi, si rientra nello schema dell'azione generale di risarcimento danni di cui all'art. 2043 c.c.» (in tal senso anche: Cass. 17281/2005; 1156/1995; 7411/1992). Da ciò discende (anche in base a quanto affermato dalla Cass. 4693/1978 e Cass. 2580/1987) che «l'accertamento dell'eventuale intollerabilità delle immissioni comporta l'esistenza del danno *in re ipsa* e per il vicino il diritto ad ottenere il risarcimento del danno a norma dell'art. 2043 c.c.».

⁵⁸⁷ In questi termini SPINA, *Op.cit.*

⁵⁸⁸ La multiproprietà è una tipologia di contratto che prevede l'acquisto congiunto di un bene da parte di più soggetti, che ne condividono la proprietà ma acquisiscono il diritto di godimento solo in determinati periodi dell'anno, a rotazione. Il multiproprietario, dunque, assume la contitolarità di un bene e ha diritto di goderne in maniera esclusiva per un periodo di tempo limitato.

disciplina della mediazione obbligatoria è necessario guardare, in primo luogo, alla c.d. *causa petendi*. Dovrà essere svolta un'indagine interpretativa che consideri il contenuto sostanziale delle pretese, l'insieme dei fatti e degli elementi costituenti le ragioni della domanda⁵⁸⁹ e la natura sostanziale delle situazioni dedotte in controversia. Alla luce di tali considerazioni si può ritenere che anche le liti in tema di multiproprietà possano far parte della materia dei diritti reali. Conseguentemente, anche le controversie aventi ad oggetto tale istituto saranno assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria⁵⁹⁰. Un'attenzione particolare va dedicata, in particolare, alle azioni a difesa della proprietà⁵⁹¹: si tratta delle c.d. azioni petitorie, le quali hanno natura reale poiché volte a far valere un diritto reale. Esse sono: l'azione di rivendicazione (art. 948 c.c.), concessa a chi si afferma proprietario di un bene ma non ne ha il possesso al fine di ottenere l'accertamento del diritto di proprietà e la condanna di chi lo possiede o detiene alla sua restituzione; l'azione di mero accertamento della proprietà, riconosciuta a chi ha interesse ad una pronuncia giudiziale che affermi il suo diritto di proprietà su un determinato bene; l'azione negatoria (art. 949 c.c.), concessa al proprietario di un bene al fine di ottenere l'accertamento dell'inesistenza di diritti reali vantati da terzi sul bene stesso, nonché la condanna alla cessazione delle molestie o turbative poste in essere e al risarcimento del danno; l'azione di regolamento dei confini (art. 950 c.c.), concessa al proprietario nei confronti del confinante al fine di accertare l'esatta collocazione del confine tra due fondi contigui ed, eventualmente, ad ottenere la condanna alla restituzione della parte di terreno che dovesse risultare posseduta dal non proprietario; l'azione per opposizione di termini (art. 951 c.c.), prevista al fine di apporre o ristabilire i segni di confine tra due fondi.

La breve descrizione delle azioni petitorie si è resa necessaria per operare un confronto con le azioni possessorie, concesse a chi esercita una situazione possessoria a prescindere dal fatto che lo stesso sia altresì titolare del correlativo diritto. L'esperimento delle azioni petitorie deve essere preceduto, a pena di improcedibilità della domanda, dal previo esperimento del tentativo di mediazione. Tuttavia, è da

⁵⁸⁹ Art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c.

⁵⁹⁰ In questi termini SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, *Op.cit.*, p. 277.

⁵⁹¹ Le azioni a difesa del possesso e i dubbi sulla previsione dell'art. 5, comma 4, lett. c) in relazione ai procedimenti possessori sono state analizzate nel precedente Capitolo al *Paragrafo 1.3*.

escludersi che il legislatore abbia voluto circoscrivere alle sole azioni petitorie il perimetro delle controversie in materia di diritti reali: nello specifico, come illustrato nel Capitolo precedente⁵⁹², se si interpreta restrittivamente il concetto di diritti reali non dovrebbe operare l'obbligo di esperire previamente il tentativo di mediazione in caso di liti riguardanti il possesso, ma l'art. 5, comma 4, lett. *d*) - nella misura in cui stabilisce che la mediazione obbligatoria non si applica «nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile» - sembra proprio dare per presupposto che anche per le azioni possessorie il tentativo obbligatorio debba essere esperito, naturalmente a seguito della pronuncia dei provvedimenti interdittali di cui l'art. 703, comma 3, c.p.c. Pertanto, è necessario interpretare estensivamente la nozione di diritti reali, in virtù del fatto che l'art. 5, stante quanto disposto al comma 4, lett. *d*), intende prevedere «implicitamente ma necessariamente, (che) il tentativo di mediazione si applichi (...) anche alle controversie possessorie (...)»⁵⁹³.

Come sopra accennato, la categoria dei diritti reali comprende anche i c.d. *iura in re aliena*, ossia i diritti reali su cosa altrui. Sono diritti così denominati in quanto insistenti su beni appartenenti ad altri: essi si esercitano su cose di proprietà altrui e, conseguentemente, l'altrui diritto di proprietà viene limitato per consentire che la medesima cosa formi oggetto di altri diritti reali. I diritti reali, dunque, non costituiscono una parte o una frazione del diritto di proprietà, ma una limitazione del medesimo. I diritti in esame attribuiscono al titolare un c.d. “diritto di seguito”, in quanto, per l'appunto, seguono il bene su cui insistono.

I diritti reali su cosa altrui si distinguono in diritti reali di godimento e diritti reali di garanzia. I primi attribuiscono al loro titolare il diritto di trarre dal bene talune delle utilità che lo stesso è in grado di fornire (al contempo comprimendo il potere di godimento che compete al proprietario). I secondi attribuiscono al loro titolare il diritto di farsi assegnare, con prelazione rispetto agli altri creditori, il ricavato dell'eventuale alienazione forzata del bene, in caso di mancato adempimento dell'obbligo garantito (si

⁵⁹² Per un approfondimento v. il *Capitolo II, Paragrafo 1.3.*, del presente elaborato.

⁵⁹³ In questi termini LUISO, *La mediazione obbligatoria, Op.cit.*, p. 68.

parla di “diritto di sequela”⁵⁹⁴). Appartengono alla categoria dei diritti reali di godimento la superficie, l’enfiteusi, l'uso, l'abitazione e le servitù prediali. Il pegno (sui beni mobili) e l'ipoteca (sui beni immobili) sono, invece, diritti reali di garanzia.

Le specifiche controversie in materia di diritti reali di godimento e di garanzia - e quelle relative al diritto di proprietà - saranno oggetto di approfondimento nei successivi paragrafi. È sufficiente in tale sede dire che, stante la lettera dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/ 2010, le controversie in materia di diritti reali di godimento risultano assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria⁵⁹⁵. Dei dubbi circa l'applicazione della disciplina sono sorti, invece, con riferimento alle controversie in materia di diritti reali di garanzia: ciononostante, «occorre al riguardo rilevare che, sebbene la loro disciplina non sia collocata sistematicamente accanto a quella della proprietà e dei diritti reali di godimento, appare indubbia la loro natura reale, sebbene a scopo di garanzia, con la conseguenza che le relative controversie risultano assoggettate alla disciplina dell'obbligatorietà della mediazione⁵⁹⁶».

2.2. Controversie relative alla tutela della proprietà e ai suoi modi di acquisto

2.2.1. L’usucapione e le difficoltà applicative dell’obbligo *ex lege* di mediazione

Come visto, per quanto riguarda la proprietà, diritto reale assoluto *in re propria*, non v'è dubbio che il previo esperimento di mediazione sia condizione di procedibilità della domanda in caso di controversie connesse a tale diritto.

La disciplina della proprietà ricomprende anche le norme in materia di acquisto della stessa, con la conseguenza che anche le relative controversie dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria. Difatti,

⁵⁹⁴ I diritti reali di garanzia sono caratterizzati dal c.d. diritto di sequela, ovvero il diritto per il creditore, che abbia un diritto di garanzia, di esercitarla espropriando il bene e soddisfacendosi così sul prezzo ricavato dalla vendita. Si parla di “sequela” perché questo diritto “*res sequitur*”, ovvero segue la *res* anche nel caso in cui il bene sia trasferito dal creditore verso un terzo.

⁵⁹⁵ Cfr. SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, *Op.cit.*, p. 280.

⁵⁹⁶ Così SPINA, *Op.cit.*, richiamando BUSSANI.

l'espressione "controversie in materia di diritti reali" sembra ricomprendere tutte le vicende acquisitive ed estintive connesse a tali diritti.

A norma dell'art. 922 c.c. «la proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione, per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge»⁵⁹⁷.

In particolare, la tematica dell'applicazione della mediazione obbligatoria ha suscitato un ampio dibattito in ipotesi di controversie in materia di usucapione.

Il possesso protratto per un certo lasso di tempo fa acquisire al possessore - attraverso l'istituto dell'usucapione - la titolarità di un diritto reale corrispondente alla situazione di fatto esercitata. L'usucapione, dunque, costituisce un modo di acquisto a titolo originario della proprietà e dei diritti reali minori.⁵⁹⁸ L'usucapione viene disciplinata all'interno delle norme codicistiche in materia di proprietà, con la logica conseguenza che le relative controversie dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria (insieme a quelle riguardanti tutti gli altri modi di acquisto della proprietà).

Tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010, sono emerse parecchie perplessità circa la trascrivibilità dell'accordo, raggiunto in mediazione, contenente l'accertamento negoziale dell'avvenuto acquisto per usucapione di un diritto reale; ciò implicava dubbi sulla stessa operatività dell'obbligo di esperire previamente il tentativo di mediazione in relazione a tale tipologia di lite.

Per comprendere bene la problematica conviene partire dalla constatazione che l'art. 11 del d.lgs. 28/2010 prevede la trascrivibilità del verbale di mediazione nei registri immobiliari ogni qualvolta la mediazione si risolve in un accordo corrispondente ad uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c. Le menzionate criticità sono sorte in quanto fino al

⁵⁹⁷ I modi di acquisto della proprietà si distinguono tra modi di acquisto "a titolo derivativo" e "a titolo originario". I primi importano la successione nello stesso diritto già appartenente ad altro soggetto, per cui gli eventuali vizi che inficiavano il titolo del precedente proprietario si riverberano anche sul successore. appartengono a questa prima categoria il contratto, la successione a causa di morte, l'espropriazione per pubblica utilità e la vendita forzata dei beni del debitore. I modi di acquisto a titolo originario determinano, invece, la nascita di un diritto nuovo ed indipendente rispetto a quello prima eventualmente spettante sullo stesso bene ad altro precedente proprietario. sono modi di acquisto della proprietà a titolo originario l'occupazione, l'invenzione, l'accessione, l'usucapione e il possesso in buona fede dei beni mobili.

⁵⁹⁸ Art. 1158 c.c., recante «usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari»: «la proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento (957, 978, 1021, 1022, 1031) sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni».

2013⁵⁹⁹ l'elenco di cui l'art. 2643 c.c. non contemplava gli accordi di mediazione accertanti l'usucapione.

Un primo orientamento giurisprudenziale, inaugurato dal Tribunale di Roma nel 2011, negava la trascrivibilità di un accordo di mediazione avente ad oggetto l'accertamento dell'avvenuto acquisto di una proprietà per usucapione. Il diniego di trascrizione veniva giustificato con il fatto che un accordo di questo tipo «non realizza un effetto modificativo, estintivo o costitutivo, ma assume al contrario il valore di un mero negozio di accertamento, con efficacia dichiarativa e retroattiva, finalizzato a rimuovere l'incertezza, mediante la fissazione del contenuto della situazione giuridica preesistente⁶⁰⁰». Pertanto, «il verbale di conciliazione in esame, non essendo riconducibile ad una delle ipotesi di cui all'articolo 2643 del Codice civile, non può in forza di detta norma essere trascritto⁶⁰¹». Non solo: «consentire la trascrizione *ex art.* 2651 c.c. del verbale di conciliazione in esame, equiparabile per il suo valore ad un negozio di accertamento, andrebbe a minare la funzione di certezza dei rapporti giuridici cui è anche preordinato l'istituto della trascrizione, ben potendo le parti utilizzare tale istituto non per la composizione di una lite effettiva ma per dissimulare operazioni negoziali ai danni di terzi, con seri pregiudizi alla circolazione dei beni⁶⁰²».

Secondo il Tribunale di Varese⁶⁰³ - il quale aveva dato per scontata l'esattezza della ricostruzione sopra esposta in tema di non trascrivibilità dell'accordo conciliativo in materia di usucapione - poichè il risultato dell'accordo conciliativo non sarebbe sovrapponibile, quanto ad effetti, a quello della sentenza di merito che definisce la controversia in materia di accertamento dell'avvenuta usucapione, non sarebbe ragionevole richiedere, nella materia in analisi, l'esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione. In altri termini, il giudice varesino aveva escluso l'obbligatorietà del

⁵⁹⁹ Fino al 2013, anno in cui è intervenuto il c.d. Decreto del fare, l'ordinamento italiano prevedeva che solo un tribunale potesse accertare l'usucapione.

⁶⁰⁰ Tribunale di Roma, sez. V civile, decr. del 22 luglio 2011 (consultabile in cameradimediazionenazionale.it), citato in: RUVOLO, *Le prime applicazioni giurisprudenziali in materia di mediazione*, in *Corr. Giur.*, 2012, p. 330 e ss.; GALLETTO, *Orientamenti (e disorientamenti) in tema di procedimento di mediazione usucapione*, p. 4, articolo consultabile in gallettoeassociati.it.

⁶⁰¹ Tribunale di Roma, sez. V civile, decr. del 22 luglio 2011.

⁶⁰² *Ibidem*.

⁶⁰³ Tribunale di Varese, ordinanza del 20 dicembre 2011 (consultabile in www.concilialex.it), ampiamente richiamata da RUVOLO, *Op.cit.*, p. 333.

previo tentativo di mediazione nelle controversie aventi ad oggetto l'acquisto di un diritto reale per usucapione⁶⁰⁴.

Sul tema sono state elaborate anche delle tesi “intermedie”, nell'ambito delle quali possono essere ascritte diverse pronunce dal contenuto eterogeneo.

In contrasto con la decisione del Tribunale di Roma si era pronunciato il Tribunale di Palermo⁶⁰⁵, il quale aveva dichiarato l'obbligatorietà del tentativo di mediazione per le controversie in materia di usucapione, sebbene ritenesse comunque non trascrivibile il verbale di accordo. Il giudice palermitano, dunque, da un lato, riteneva sussistere l'obbligatorietà del tentativo di mediazione in materia di usucapione, ferma restando la non trascrivibilità di un accordo accertativo dell'avvenuta usucapione e, dall'altro, sottolineava che l'accordo di mediazione non necessariamente doveva coincidere quanto a contenuto e ad effetti con la sentenza, potendo avere contenuto diverso e comunque idoneo al superamento della lite.

Secondo il Tribunale di Como,⁶⁰⁶ invece, il verbale accertante l'avvenuta usucapione è trascrivibile, in quanto tale accordo non può che consistere in una transazione con efficacia traslativa (e non meramente dichiarativa) e come tale trascrivibile *ex art. 2643 c.c.*

Infine, il Tribunale di Roma⁶⁰⁷ ricondusse l'obbligatorietà del tentativo di mediazione nelle controversie in materia di usucapione soltanto alle ipotesi di controversia vertente

⁶⁰⁴ GALLETTO, *Orientamenti (e disorientamenti) in tema di procedimento di mediazione usucapione*, *Op.cit.*, p. 6, sottolinea come a queste considerazioni possano essere mosse quantomeno due diverse obiezioni: 1) «intanto è assai opinabile la tesi secondo la quale l'accordo conciliativo *deve* essere fungibile con la sentenza. A me non pare che la tesi trovi base normativa, né tantomeno che essa possa essere giustificata da una interpretazione teleologica del modello designato dal legislatore delegato con il d.lgs. 28/2010 (...). Non sembra aver fondamento la tesi che presuppone, sempre e comunque, che l'accordo conciliativo possa surrogare la sentenza ad ogni effetto e se ciò non può verificarsi si deve escludere l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione»; 2) «in ogni caso non è persuasiva la tesi secondo la quale la sentenza che accerta l'avvenuta usucapione è in grado di assicurare “*certezza*” all'acquisto, effetto che non potrebbe conseguire all'accordo conciliativo. (...) La sentenza che accerta l'avvenuta usucapione e la sua trascrivibilità *ex art. 2651 c.c.* non conferiscono alcuna “*certezza*” rispetto alla fattispecie acquisitiva dell'usucapione. Essa si realizza, infatti, indipendentemente da qualsiasi accertamento giurisdizionale, che non può aggiungere nulla all'effetto che deriva dall'esercizio del diritto (reale) per il tempo necessario ad usucapire».

⁶⁰⁵ Tribunale di Palermo, sez. distaccata di Bagheria, ordinanza del 30 dicembre 2011, pubblicata su *Guida al dir.*, inserto speciale, 10 marzo 2012, p. 9 e ss.

⁶⁰⁶ Tribunale di Como, sez. distaccata di Cantù, ordinanza del 2 febbraio 2012, pubblicata in *Guida al dir.*, Dossier n. 7, settembre 2012, *Mediazione civile: giurisprudenza e casi*, p. 24 e ss.

⁶⁰⁷ Tribunale di Roma, sez. V, decreto dell'8 febbraio 2012, consultabile in *Guida al dir.*, Dossier n. 7, *Op.cit.*

sui presupposti di fatto dell'usucapione, e la negò ove tali fatti fossero pacifici⁶⁰⁸. Secondo il giudice romano, non essendo trascrivibile il relativo verbale di accordo, sarebbe comunque possibile procedere con una lite al fine di far acquisire in favore dell'usucapiente una sentenza accertativa dell'avvenuta usucapione.

Nel 2013 il legislatore ha posto fine alla questione sull'opportunità o meno di conciliare questo tipo di controversie e sulla trascrivibilità o meno degli accordi che ne deriverebbero. In particolare, l'art. 84-*bis*, comma 1, del D.L. n. 69 del 21 giugno 2013 (convertito dalla L. n. 98 del 9 agosto 2013) ha tolto ogni dubbio interpretativo. La norma ha introdotto il numero 12-*bis* all'art. 2643 c.c., comma 1, inserendo esplicitamente nell'elenco degli atti soggetti a trascrizione anche «gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato»⁶⁰⁹.

In realtà, la semplice previsione della trascrizione di cui al citato n. 12-*bis* non ha risolto *in toto* le questioni relative all'accertamento dell'avvenuto acquisto della proprietà o di un altro diritto reale per usucapione. Va osservato che la sentenza di accertamento dell'usucapione e l'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione si pongono su due piani diversi quanto a contenuto e ad effetti. Il nuovo n. 12-*bis* è stato collocato tra gli atti e i contratti elencati nell'art. 2643 c.c., i cui effetti in materia di pubblicità sono regolati dalle norme contenute negli artt. da 2644 a 2650 c.c. e si distinguono nettamente da quelli della pubblicità della sentenza di usucapione regolata dall'art. 2651 c.c.. Gli interpreti, alla luce «della collocazione della nuova norma all'interno dell'art. 2643 c.c., tra gli acquisti a titolo derivativo e non quale disposizione integrativa dell'art. 2651 c.c. che disciplina gli effetti della trascrizione della sentenza di usucapione (quindi acquisto

⁶⁰⁸ Poiché si verifichi l'usucapione, devono ricorrere i seguenti presupposti: 1) il possesso del bene; 2) la continuità del possesso per un certo lasso di tempo; 3) la non interruzione del possesso; 4) il decorso di un certo lasso di tempo fissato dalla legge in vent'anni.

⁶⁰⁹ DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1297 e ss., precisa che, in ogni caso, né l'art. 2657 c.c. (di cui l'art. 11, comma 3, d.lgs. 28/2010 costituisce applicazione), né l'art. 2651 c.c. (ai sensi del quale vanno trascritte le sentenze da cui risulta estinto per prescrizione o acquistato per usucapione ovvero in altro modo non soggetto a trascrizione uno dei diritti indicati dai nn. 1, 2 e 4 dell'art. 2643 c.c.), né, infine, l'art. 2643, n. 13 (a norma del quale devono essere trascritte «le transazioni che hanno per oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti»), depongono «nel senso di escludere la trascrivibilità del negozio con il quale “si riconosca” l'avvenuto acquisto dell'usucapione».

a titolo originario)⁶¹⁰», hanno cominciato ad interrogarsi sul se l'usucapione non “giudizialmente dichiarata” possa considerarsi un acquisto a titolo originario, derivativo oppure se appartenga ad un *tertium genus*, intermedio tra l'acquisto a titolo originario e quello a titolo derivativo. Secondo la dottrina di ispirazione notarile effettivamente sarebbe ipotizzabile la nascita di una terza categoria, in considerazione del fatto che «gli effetti nei confronti dei terzi del raggiunto accordo di mediazione saranno differenti a seconda che l'usucapito sia o meno in possesso di un titolo trascritto, con la necessità, in questo caso - assenza di titolo trascritto a favore del dante causa - di curare la continuità delle trascrizioni ai sensi e per gli effetti dell'art. 2650 c.c., perché l'accordo di mediazione sia opponibile ai sensi dell'art. 2644 c.c.⁶¹¹».

Merita di essere affrontata, in conclusione, un'ultima questione: il possibile pregiudizio arrecato ai terzi dalla trascrizione dell'accordo. Ad onor del vero, si tratta di un problema “apparente”, nel senso che tale questione «non ha ragione di porsi in misura diversa rispetto a qualsiasi altro contratto traslativo; in ogni caso, altri sono i rimedi che l'ordinamento contempla per la tutela dei terzi (art. 2901, 1414 ss. c.c. e così via), e tra questi non figura il divieto di trascrizione⁶¹²».

2.2.2. L'applicabilità dell'art. 5, comma 1.bis, in materia di proprietà industriale

⁶¹⁰ Cfr. *Mediazione ed usucapione: il punto sulla trascrizione dell'accordo conciliativo*, articolo pubblicato il 9 luglio 2014 in *altalex.com*, a cura degli Avvocati BATTISTELLA e TROMMACCO.

⁶¹¹ *Ibidem*.

⁶¹² In questi termini DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, *Op.cit.* L'autore precisa ulteriormente che: «a) (...) le azioni di mero accertamento non possono svolgere la funzione di dichiarare *erga omnes* l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica, ma possono soltanto servire ad accertare una relazione sostanziale tra le parti nel suo «schema semplice» (cfr. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 73), la cui esistenza o inesistenza sia stata “contestata”; ciò deve valere a maggior ragione per l'accertamento negoziale, ove ritenuto ammissibile; b) la trascrizione, avendo di regola effetti di pubblicità e non costitutivi, offre soltanto un titolo di prevalenza per l'ipotesi di alienazione del medesimo bene da parte del medesimo alienante; c) i terzi eventualmente “pregiudicati” dal negozio giuridico *inter partes* (...) possono esperire i rimedi offerti dall'ordinamento per eliminarne le conseguenze pregiudizievoli; d) l'idoneità dell'usucapione a travolgere i diritti acquistati dai terzi dal precedente proprietario, nel periodo anteriore al suo compimento (cfr. VANZ, *Usucapione e tutela del credito: il difficile connubio tra problemi sostanziali e diritto di difesa*, in *Riv. esec. forzata*, 2010, p. 558 e ss.), costituisce una conseguenza della peculiarità del titolo dell'acquisto, che è originario, non certamente della retroattività dell'accertamento (cfr. LUISO, *Irretroattività degli effetti riflessi*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, Milano 1989, p. 374 e ss.) (sia esso contenuto nell'accordo negoziale ovvero nella sentenza di accertamento)».

Stante la lettera dell'art. 5, comma 1.bis, d.lgs. 28/2010 («chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di (...) diritti reali (...) è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione»), ogni forma di diritto di proprietà risulterebbe assoggettabile alla disciplina della mediazione obbligatoria, con la conseguenza che anche in caso di controversie vertenti in tema di proprietà industriale⁶¹³ la domanda giudiziale dovrebbe essere preceduta, pena l'improcedibilità della stessa, dal tentativo di mediazione.

È il Codice della Proprietà Industriale a parlare espressamente di “proprietà” industriale, definendola come l'insieme dei «marchi ed altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori segreti commerciali e nuove varietà vegetali⁶¹⁴». Poiché la proprietà è pacificamente il diritto reale per eccellenza, si può pensare che anche la proprietà industriale (in quanto “proprietà”) rientri nella categoria dei diritti reali.

In realtà, sull'applicabilità della disciplina della mediazione obbligatoria in caso di controversie vertenti in materia di proprietà industriale sono sorti alcuni dubbi.

Innanzitutto, si osserva come, probabilmente, i redattori del d.lgs. 28/2010 nel parlare di controversie “in materia di diritti reali” non avessero in mente di ricomprendervi la proprietà industriale⁶¹⁵. Questa conclusione si ricava dal dettato della Relazione Illustrativa al d.lgs. in esame, la quale spiega che nell'individuare le materie rispetto alle quali la mediazione è condizione di procedibilità «si sono prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo» e, in particolare, quelle relative «ai rapporti in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale (diritti reali,

⁶¹³ MFSD (acronimo del cognome dei 4 originari fondatori, dei quali oggi 2, Stefano Monguzzi e Pierfrancesco C. Fasano, sono gli attuali soci) è l'organismo che si occupa della risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di proprietà industriale. Come si legge nel sito ufficiale (www.mfsd.it), MFSD è il primo organismo, italiano, privato e indipendente, di risoluzione extragiudiziale delle controversie specializzato in materia di proprietà intellettuale e industriale, col fine anche di formare, informare e divulgare i metodi e le relative tecniche. Nel 2012 MFSD ha ottenuto dal Ministero della Giustizia l'autorizzazione ad operare come Organismo di Mediazione, auto-limitando la propria competenza alle controversie in materia di proprietà industriale e intellettuale, anche afferenti ai beni artistici e culturali. Nel 2013 MFSD è stato abilitato dal Ministero della Giustizia come Ente di Formazione di Mediatori di controversie.

⁶¹⁴ Art. 1 del Codice della proprietà industriale (D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 3).

⁶¹⁵ In questi termini VANZETTI, *Diritti reali e “proprietà” industriale e mediazione obbligatoria*, Riv. dir. ind., parte I, 2018, p. 202 e ss.

divisione, successioni ereditarie, condominio, patti di famiglia)». A ben vedere, la definizione di proprietà industriale data dal c.p.i. non sembra riferirsi a suddette tipologie di rapporti, poiché essa, di fatto, designa l'insieme dei diritti esclusivi riconosciuti sulle “creazioni intellettuali”.

Un'ulteriore considerazione va fatta sull'espressione “proprietà industriale” utilizzata nel c.p.i. L'attribuzione del carattere reale alla tutela dei diritti considerati dal Codice della Proprietà Industriale deriva dal fatto che nello stesso viene utilizzata la parola “proprietà” (diritto reale) sebbene, ad onor del vero, nel Codice non compaia mai l'aggettivo “reale”. È altresì vero che la proprietà nel nostro ordinamento è intesa come il diritto più pieno su una *res* ed è, perciò, il diritto reale per eccellenza. Il fatto, dunque, che il legislatore nel c.p.i. abbia usato il termine “proprietà” dovrebbe essere sufficiente per togliere qualsiasi dubbio sul fatto che tutti i beni elencati nell'art. 1 c.p.i. siano assoggettati ad una tutela reale, e dunque le eventuali controversie ad essi relative soggette alla disciplina della mediazione obbligatoria a norma dell'art. 5, comma 1. *bis*, d.lgs. 28/2010.

Senonché, sul punto, va fatta un'ulteriore constatazione: «la parola “proprietà” significa diritto assoluto e pieno su un bene e se per “bene” si intende ogni cosa che può costituire oggetto di diritti (art. 810 c.c.), “cosa” è nella tradizione e nel codice civile (...), oggetto di modi d'acquisto che sono l'invenzione, l'unione, la commistione, l'accessione ecc. (...). Tutte vicende che possono concernere solo entità materiali, cioè appunto “*res*”⁶¹⁶». Si deve concludere, dunque, che il Codice civile riconosce come oggetto di proprietà e di diritti reali solo le cose materiali. Il problema si pone in quanto - come si vedrà a breve - i marchi e i brevetti sono beni immateriali.

Potrebbe essere avanzata un'obiezione: tale ricostruzione «ignora l'interpretazione evolutiva che consente di estendere una disciplina concepita per una certa realtà, a realtà nuove, quando queste corrispondono, ontologicamente, per il tipo di interessi coinvolti, per la struttura dei diritti che su di esse la legge riconosce, alle realtà originariamente prese in considerazione⁶¹⁷». Conseguentemente, si potrebbe ritenere, essendo i marchi e i brevetti oggetto di diritti assoluti di esclusiva, che essi possano considerarsi oggetto di proprietà in senso tradizionale. Seguendo tale strada, però, si incontra inevitabilmente

⁶¹⁶ *Ibidem.*

⁶¹⁷ *Ibidem.*

un ostacolo. I marchi e i brevetti sono beni immateriali ed è «difficile negare che questi “beni” siano assai diversi da quelli considerati nel libro III del codice civile, tutto orientato alla considerazione delle cose materiali e contenente una disciplina nella più parte applicabile solo a queste ultime⁶¹⁸». Pertanto, è più logico pensare che il diritto su questi beni immateriali abbia delle caratteristiche differenti rispetto alla proprietà come considerata e disciplinata dal Codice civile. Sembra opportuno concludere, pertanto, che l'uso della parola “proprietà” all'interno del c.p.i. non renda automaticamente i beni immateriali definibili come *res* e «ad essi inerente tutto quanto è evocato dall'aggettivo “reale”⁶¹⁹».

Quanto illustrato porta ad escludere l'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria in caso di controversie vertenti in materia di proprietà industriale, in quanto la proprietà industriale, di cui il c.p.i., riguarda diritti immateriali, mentre la proprietà descritta e disciplinata dal cod. civ. - diritto reale per eccellenza, e come tale soggetta alla disciplina della mediazione obbligatoria - ha ad oggetto beni materiali. Va precisato che, in ogni caso, l'applicabilità in via analogica della mediazione obbligatoria ai diritti di proprietà industriale dovrebbe essere esclusa poiché - come illustrato nei capitoli precedenti - l'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010 è una norma di carattere eccezionale ed in quanto tale insuscettibile di interpretazione estensiva.

Va considerata, infine, un'ultima questione a sostegno della tesi dell'inapplicabilità della disciplina della mediazione obbligatoria in caso di controversie in materia di proprietà industriale.

È alquanto dubbio «che l'intera Commissione ministeriale che ha redatto il testo del c.p.i., nell'adottare il termine di “proprietà industriale” intendesse richiamarsi alla proprietà (...) del libro III del codice civile, o comunque a una tutela che possa definirsi reale⁶²⁰». Tale riflessione nasce da un dato oggettivo: la riforma della materia

⁶¹⁸ *Ibidem*.

⁶¹⁹ Cfr. VANZETTI, *Op. cit.* L'autore precisa che i diritti sui beni immateriali vengono prevalentemente ricondotti alla categoria dei diritti assoluti, ma nell'ambito di questi sono contrapposti ai diritti reali. In questo senso anche PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 751 e GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 59. Più di cento anni fa già KOHLER, in *Lehrbuch des Patentrechts, Mannheim und Leipzig*, 1908, pp. 13-14, aveva affermato che «l'invenzione è una creazione di idee, perciò qualcosa di incorporarle, e il diritto dell'inventore è dunque il diritto su qualcosa di incorporarle. Esso viene chiamato diritto su beni immateriali (...). Non vi sarebbe nulla di più sbagliato che voler trasferire ai diritti immateriali le disposizioni del BGB sulla proprietà, magari sulla proprietà sui beni mobili».

⁶²⁰ Cfr. VANZETTI, *Op. cit.*

rappresentata dal Codice della Proprietà Industriale viene collegata - sia dalla relazione ministeriale⁶²¹, sia dal parere del Consiglio di Stato⁶²² - alla volontà di dare attuazione nel nostro Paese alle disposizioni del TRIPs⁶²³, nel quale si parla espressamente di “proprietà intellettuale” con riferimento a quasi tutta la materia disciplinata nel c.p.i. Ecco, allora, che nel c.p.i. viene utilizzata l'espressione “proprietà” proprio al fine di uniformarsi a quanto disposto nel TRIPs. A questo punto, però, è doveroso attribuire alla parola “proprietà” un significato coerente a quello che la stessa ha nel TRIPs. Quest'ultimo ha avuto la propria genesi nei Paesi di tradizione anglosassone, nei quali la parola “*property*” - vale a dire il termine utilizzato nel TRIPs - ha una pluralità di significati. Nello specifico, vengono individuate quattro diverse definizioni del concetto di “*property*”: secondo la definizione più ampia esso ricomprende tutti i diritti di un soggetto, mentre secondo la definizione più specifica - coincidente in sostanza con il concetto di proprietà elaborato dalla nostra tradizione giuridica - per “*property*” si intendono proprio i «*rights of ownership in a material object*⁶²⁴».

Alla luce di quanto esposto si deve giungere alla seguente conclusione. I diritti di proprietà industriale non sono assimilabili ai diritti reali (assoggettati alla disciplina della mediazione obbligatoria), poiché, in *primis*, al concetto di “proprietà industriale” va attribuito un significato *sui generis*, distante dalla nozione di proprietà di cui il codice civile e più vicino, invece, a quello elaborato dagli ordinamenti anglosassoni e nel TRIPs. Nei paesi anglosassoni il concetto di proprietà non richiama la categoria romanistica del *dominium*, bensì quella della *property*, che è un concetto più elastico, ricomprendente anche, ad esempio, i diritti di credito. In *secundis*, i diritti di proprietà industriale «pur essendo caratterizzati dall'assolutezza *erga omnes*, non sono dotati della

⁶²¹ Decreto del Ministro delle attività produttive in data 17 ottobre 2002, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 253 del 28 ottobre 2002.

⁶²² Il d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 Il d.lgs. è stato emanato udito il parere del Consiglio di Stato, espresso nell'adunanza generale del 25 ottobre 2004.

⁶²³ Il TRIPs (*The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) è un trattato internazionale promosso dall'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) al fine di fissare lo standard per la tutela della proprietà intellettuale. L'Accordo è stato ufficializzato dal GATT alla fine dell'incontro avvenuto a Marrakech nel 1994, al termine del negoziato *Uruguay Round*.

⁶²⁴ Il *Black's Law Dictionary*, ed. 2004, alla voce “*property*” richiama un passo di SALMOND, *Jurisprudence or the Theory of the Law*, il quale individua quattro diverse definizioni del concetto di “*property*”.

materialità dell'oggetto, ossia della *res* che caratterizza invece i diritti reali⁶²⁵». Per queste ragioni alle controversie in materia di diritti di proprietà industriale non è applicabile la condizione di procedibilità del previo ricorso al procedimento di mediazione di cui l'art. 5 del d.lgs.28/2010⁶²⁶.

Sarebbe corretto, allora, attribuire alla parola “proprietà” usata nel c.p.i. «il significato di “diritto assoluto”, “di esclusiva”⁶²⁷», sottolineando che «ad essa è estraneo qualsiasi elemento di “realità”⁶²⁸».

Al di là delle considerazioni strettamente giuridiche, deve osservarsi anche che, sul piano pratico, potrebbe risultare inopportuno estendere l'obbligatorietà della mediazione alle controversie in materia di brevetti, marchi, concorrenza sleale, diritto d'autore ecc., in ragione della complessità della materia, materia «che il nostro ordinamento opportunamente affida a giudici specializzati proprio perché si discute di controversie ad altissimo contenuto tecnico, le quali reclamano la prontezza di una tutela immediata (non mediata, appunto) e qualificata⁶²⁹».

2.2.3. Il previo esperimento del tentativo di conciliazione in caso di liti riguardanti la validità e l'efficacia dei contratti di compravendita immobiliare e la recente ordinanza emessa dalla Suprema Corte di Cassazione

La compravendita, secondo la definizione contenuta nel codice civile, è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto (anche un diritto reale) verso il corrispettivo di un prezzo (art. 1470 c.c.). In

⁶²⁵ Cfr. GRECUZZO, *Differenza tra diritti di proprietà intellettuale e diritti reali e applicazione del procedimento di mediazione obbligatorio*, articolo pubblicato il 29 aprile 2015 in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

⁶²⁶ Tale conclusione sembra essere confermata anche da quanto riportato nel sito ufficiale del MFSD (www.mfsd.it), nel quale si legge che nelle controversie in materia di proprietà intellettuale industriale la mediazione è obbligatoria in tre casi: 1) se la procedura è stata stabilita in una clausola contrattuale; 2) se le parti decidono di sottoscrivere un accordo di mediazione; 3) se il giudice ordina le parti di tentare la mediazione. Il sito ha cura di precisare che i diritti di proprietà industriale sono una materia «dove la mediazione (in assenza di una clausola in tal senso) è facoltativa e quindi volontaria (non imposta dalla legge), e cioè una sola parte o entrambi d'intesa possono ricorrere liberamente alla mediazione».

⁶²⁷ Cfr. VANZETTI, *Op. cit.*

⁶²⁸ *Ibidem.*

⁶²⁹ In questi termini PRADO, *Contro i grovigli giudiziari: perché bisogna evitare la mediazione obbligatoria per la proprietà industriale e intellettuale*, articolo pubblicato il 10 luglio 2021 in www.linkiesta.it.

quanto contratto, la compravendita rientra tra i modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo (art. 922 c.c.), dunque comporta la successione nello stesso diritto già appartenente ad un altro soggetto.

Il tema della mediazione obbligatoria è strettamente connesso a quello dei contratti di compravendita poiché tali contratti trasferiscono la proprietà di una cosa o, eventualmente, anche altri diritti reali e l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 include tra le materie per le quali è previsto obbligatoriamente il previo esperimento del tentativo di conciliazione quelle relative alle "controversie in materia di diritti reali". È necessario capire, pertanto, se le controversie riguardanti i contratti di compravendita siano o meno assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria. Per chiarire questo dubbio è necessario passare in rassegna alcune pronunce giurisprudenziali che hanno offerto, sul punto, alcuni indirizzi interpretativi.

Una risposta viene fornita dal Tribunale di Verona nel 2018 il quale, pronunciandosi su una domanda con la quale si chiedeva il recesso dal contratto preliminare di compravendita immobiliare per inadempimento del promittente venditore, con la pretesa al doppio della caparra, alle restituzioni e ai danni per inadempimento (oltre che a pretese risarcitorie varie), ha precisato che tale causa «verte in tema di rapporti obbligatori e non certo in tema di condominio o diritti reali ovvero in ordine a materie per le quali l' art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28 del 2010 impone la mediazione obbligatoria⁶³⁰». Secondo il giudice veronese, dunque, la controversia avente ad oggetto il recesso dal contratto preliminare di compravendita immobiliare è una lite che ha ad oggetto rapporti obbligatori e non diritti reali; conseguentemente, non è soggetta alla disciplina della mediazione obbligatoria, in quanto i rapporti obbligatori non rientrano nell'elenco tassativo di cui l'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010.

Il Tribunale di Teramo⁶³¹, sempre nel 2018, sembra arrivare ad una conclusione differente. Nel caso di specie le parti avevano stipulato un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto due appezzamenti di terreno. La parte promissoria acquirente citava in giudizio la parte promissaria venditrice causa la mancata stipula del rogito, invocando l'applicazione dell'art. 2932 c.c., recante «esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto». La parte convenuta eccepiva in giudizio

⁶³⁰ Tribunale di Verona, sentenza del 30 ottobre 2018, consultabile in medyapro.it.

⁶³¹ Tribunale di Teramo, sentenza del 19 dicembre 2018, n. 912, consultabile in www.concilialex.it.

l'improcedibilità della domanda per mancato esperimento del procedimento di mediazione *ex art. 5, comma 1.bis, d.lgs. 28/2010*, in quanto la materia del contendere era da ritenersi compresa nella categoria delle "controversie in materia di diritti reali". Il giudice rilevava che, sebbene «in generale, l'azione diretta all'esecuzione specifica dell'obbligo di stipulare *ex art. 2932 codice civile* sia diretta a far valere un diritto di obbligazione nascente da un contratto al fine di conseguire una pronuncia che tenga luogo degli effetti del contratto non concluso, assumendo pertanto connotati di azione personale e non propriamente reale», nel caso di specie «atteso il carattere lato dell'espressione "azione relativa a controversia in materia di diritti reali" contenuta nel comma *1.bis* dell'articolo 5 *d.lgs. 28/2010*, è da ritenere che la presente controversia (...) afferisca a diritti reali essendo comunque l'eventuale pronuncia *ex articolo 2932 codice civile* una pronuncia costitutiva atta a tenere luogo degli effetti, (nella specie, reali) del contratto definitivo di compravendita non concluso». Nella controversia in esame - a detta del giudice - «deve rilevarsi come (...) la sentenza costitutiva invocata (sia) destinata a disporre il trasferimento del bene (...) e dunque a tenere luogo di un contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà, con la conseguenza della inevitabile rilevanza del diritto reale anche sul piano dell'oggetto della domanda (o della causa petendi)». Dunque, dal combinato disposto dell'art. 2932 c.c. e dell'art. 5, comma *1.bis, d.lgs. 28/2010*, deve concludersi - secondo il Tribunale di Teramo - che il mancato esperimento del procedimento di mediazione abbia reso la domanda attorea improcedibile. Tale improcedibilità deriva dalla natura reale della materia del contendere: la parte attrice, infatti, invocando l'applicazione dell'art. 2932 c.c. mira ad ottenere una sentenza costitutiva che produca gli effetti del contratto definitivo, ossia il trasferimento del bene tra le parti. Il trasferimento, però, evidenzia il carattere reale della materia del contendere (ossia la proprietà dei terreni), con conseguente necessaria applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria.

Sull'obbligatorietà di esperire il tentativo di mediazione prima di avviare un'azione giudiziale per l'esecuzione in forma specifica di un contratto preliminare, si è pronunciato anche il Tribunale di Brindisi nel 2020⁶³², il quale è giunto ad una conclusione opposta rispetto a quella prospettata dal Tribunale di Teramo. Secondo il

⁶³² Tribunale di Brindisi, sentenza n. 1016 del 1° settembre 2020.

giudice di Brindisi nel caso di specie è da escludersi che la controversia verta in materia di diritti reali - e che, conseguentemente, trovi applicazione la disciplina della mediazione obbligatoria - «poiché l'azione diretta all'esecuzione specifica dell'obbligo di stipulare *ex art. 2932 c.c.* non ha natura reale ma personale». La qualifica di azione avente natura personale e non reale era già stata data dalla Cassazione nel 2012⁶³³: la Corte aveva affermato che l'azione di cui l'art. 2932 c.c. «non ha natura reale, ma personale, siccome diretta a far valere un diritto di obbligazione nascente da un contratto al fine di conseguire una pronuncia che disponga il trasferimento del bene di pertinenza del promittente alienante, onde tale azione deve essere esperita soltanto nei confronti di chi ha assunto una simile obbligazione, e che l'oggetto della domanda giudiziale prevista dall'art. 2932 c.c., diretta all'esecuzione in forma specifica di un contratto preliminare di compravendita, che dà luogo ad una azione di carattere personale, non è costituito dal bene o dai beni compromessi in vendita, bensì da quella particolare obbligazione di "facere", consistente nel trasferimento dei beni o dei diritti che avrebbero dovuto essere trasferiti con il contratto definitivo non concluso».

Il Tribunale di Roma nel 2019⁶³⁴, pronunciato su una controversia avente ad oggetto l'inadempimento alla stipulazione di un contratto di compravendita da parte della Pubblica Amministrazione, ha affermato che «la presente causa non verte in materia di diritti reali (...), ma concerne un preteso inadempimento dell'amministrazione all'obbligazione precedentemente assunta di stipulazione di un contratto di compravendita». Si tratta - a detta del giudice romano - di una lite relativa ad un rapporto obbligatorio e, in quanto tale, estranea all'alveo delle materie assoggettate alla mediazione obbligatoria.

Alla luce di quanto esposto, sembra potersi concludere che secondo una giurisprudenza pressoché unanime le controversie in materia di contratti di compravendita non siano assoggettabili alla disciplina della mediazione obbligatoria, in quanto - per le ragioni sopra esposte - esse non possono essere fatte rientrare nell'ambito delle «controversie in materia di diritti reali» cui l'art. 5, comma 1.bis, d.lgs. 28/2010.

La Suprema Corte si è recentemente pronunciata (ord. n. 22736 dell'11 agosto 2021) proprio sul rapporto tra mediazione e compravendita, nello specifico sull'ipotesi di

⁶³³ Cass. civ, sez. II, 27 gennaio 2012, n. 1233, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, fasc. 6, pp. 463-465.

⁶³⁴ Tribunale di Roma, sez. X, sentenza del 21 febbraio 2019.

risoluzione del contratto di compravendita immobiliare. Gli acquirenti dell'immobile in questione avevano ottenuto la declaratoria di risoluzione del contratto per inadempimento del venditore: quest'ultimo, infatti, aveva dichiarato sussistere l'agibilità e l'abitabilità del bene compravenduto che, invece, erano emerse non sussistere a causa del mancato completamento del procedimento amministrativo. Dopo l'espletamento di due gradi di giudizio, il venditore impugnava la sentenza della Corte innanzi al Giudice di legittimità, assumendo - tra l'altro - la violazione dell'art. 5, comma 1.*bis* e 2 d.lgs. 28/2010, in quanto non era stato esperito il procedimento obbligatorio e preliminare di mediazione. La Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto che la sentenza impugnata fosse esente da vizi. In *primis*, a detta della Corte, nel caso in esame «non si verte in materia di diritti reali ma in materia di risoluzione contrattuale, non compresa nelle materie indicate nell'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010⁶³⁵». In *secundis*, «va data continuità al principio che, in tema di mediazione obbligatoria ex art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda, ma l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza; ove ciò non avvenga, il giudice d'appello può disporre la mediazione, ma non vi è obbligato, neanche nelle materie indicate dallo stesso art. 5, comma 1-*bis*, atteso che in grado d'appello l'esperimento della mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda solo quando è disposta discrezionalmente dal giudice, ai sensi dell'art. 5, comma 2⁶³⁶».

Il Tribunale di Teramo nel 2021, chiamato a decidere su una domanda di risoluzione di un contratto di compravendita immobiliare per vizi e difetti dell'immobile, ha confermato che la mediazione obbligatoria di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 opera con riferimento alle liti in materia di diritti reali, nel cui novero non rientra l'azione di risoluzione del contratto, afferente a rapporti obbligatori ex art. 1490 c.c., come affermato dalla Suprema Corte con l'ordinanza 22736 dell'11 agosto 2021.

Si può concludere, dunque, che la mediazione obbligatoria non è tale neppure in ipotesi di controversia inerente alla risoluzione di un contratto di compravendita immobiliare,

⁶³⁵ Suprema Corte di Cassazione, sez. IV, ordinanza n. 22736 dell'11 agosto 2021, consultabile in avvocato.it.

⁶³⁶ *Ibidem*.

poiché in tal caso la lite non verte in materia di diritti reali (per la quale, invece, è previsto obbligatoriamente il previo esperimento del tentativo di conciliazione).

2.3. Controversie connesse alle liti in materia di diritti reali

2.3.1. Le cause in materia di condominio. A) I poteri dell'amministratore condominiale in sede di mediazione e le controversie relative alle parti comuni dell'edificio, alle delibere assembleari, al regolamento di condominio e alle obbligazioni condominiali

L'art. 5, comma 1.*bis* del citato d.lgs. 28/2010⁶³⁷ inserisce nell'ambito di applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria le cause in materia di condominio. L'art. 71-*quater* disp. att. cc.⁶³⁸ chiarisce cosa debba intendersi per "controversie in materia di condominio" di cui il d.lgs. 28/2010: «per controversie in materia di condominio, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, si intendono quelle derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione delle disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, del codice e degli articoli da 61 a 72 delle presenti disposizioni per l'attuazione del codice». Si tratta, dunque, delle controversie relative agli artt. dal 1117 al 1139 del cod. civ. e di quelle di cui le previsioni in materia di condominio contenute nelle Disposizioni di attuazione del codice stesso.

Innanzitutto, rientrano all'interno delle controversie condominiali le vicende riguardanti le parti comuni dell'edificio. L'art. 1117 c.c. perimetra la disciplina del condominio definendo le parti oggetto di proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari; esse sono: «1) tutte le parti dell'edificio necessarie all'uso comune (...); 2) le aree destinate a parcheggio nonché i locali per i servizi in comune (...); 3) le opere, le installazioni, i manufatti di qualunque genere destinati all'uso comune (...)⁶³⁹».

⁶³⁷ Sebbene sia recentemente entrato in vigore il d.lgs. 149/2022, il quale ha reintrodotto l'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, sino al 30 giugno 2023 continuerà ad applicarsi l'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010.

⁶³⁸ L'art. 71-*quater* è stato inserito nelle Disposizioni di attuazione del cod. civ. dalla Legge n. 220 dell'11 dicembre 2012 (c.d. Riforma del condominio).

⁶³⁹ Art. 1117 c.c.: «sono oggetto di proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari dell'edificio, anche se aventi diritto a godimento periodico e se non risulta il contrario dal titolo: 1) tutte le parti dell'edificio necessarie all'uso comune, come il suolo su cui sorge l'edificio⁽⁴⁾, le fondazioni, i muri maestri, i pilastri e le travi portanti, i tetti e i lastrici solari, le scale, i portoni di ingresso, i vestiboli, gli anditi, i portici, i cortili e le facciate; 2) le aree destinate a parcheggio nonché i locali per i servizi in

Per di più, «in tema di condominio negli edifici, salvo che il titolo contrattuale non disponga diversamente, devono considerarsi beni comuni non solo quelli espressamente indicati nell'art. 1117 c.c., ma anche quelli ad essi assimilabili in relazione alla destinazione al comune godimento o al servizio delle proprietà esclusive⁶⁴⁰».

La disciplina della mediazione obbligatoria si intende estesa anche al condominio minimo, al condominio orizzontale e al supercondominio, «tutte articolazioni previste nelle norme di cui agli artt. 1117 e ss. c.c.⁶⁴¹». Difatti, l'art. 1117.bis c.c.⁶⁴² stabilisce che le disposizioni del Capo II, relative al condominio negli edifici, «si applicano, in quanto compatibili, in tutti i casi in cui più unità immobiliari o più edifici ovvero più condominii di unità immobiliari o di edifici abbiano parti comuni ai sensi dell'articolo 1117».

Pertanto, anche in caso di controversia tra condomini di un edificio composto da solo due unità immobiliari (c.d. condominio minimo⁶⁴³) troverà applicazione la disciplina della mediazione obbligatoria. Sul punto, le Sezioni Unite nel 2006 hanno osservato che «l'esistenza del condominio e l'applicabilità delle norme in materia non dipende dal numero delle persone, che ad esso partecipano (...). La specifica fisionomia giuridica del condominio negli edifici (...) si fonda sulla relazione che, nel fabbricato, lega i beni propri e comuni, riflettendosi sui diritti, dei quali i beni formano oggetto (la proprietà

comune, come la portineria, incluso l'alloggio del portiere, la lavanderia, gli stenditoi e i sottotetti destinati, per le caratteristiche strutturali e funzionali, all'uso comune; 3) le opere, le installazioni, i manufatti di qualunque genere destinati all'uso comune, come gli ascensori, i pozzi, le cisterne, gli impianti idrici e fognari, i sistemi centralizzati di distribuzione e di trasmissione per il gas, per l'energia elettrica, per il riscaldamento ed il condizionamento dell'aria, per la ricezione radiotelevisiva e per l'accesso a qualunque altro genere di flusso informativo, anche da satellite o via cavo, e i relativi collegamenti fino al punto di diramazione ai locali di proprietà individuale dei singoli condomini, ovvero, in caso di impianti unitari, fino al punto di utenza, salvo quanto disposto dalle normative di settore in materia di reti pubbliche».

⁶⁴⁰ Cass. civ., sez. II, sentenza n. 8304 del 26 maggio 2003, consultabile in www.avvocato.it/massimario-2808. La Cassazione prosegue stabilendo che: «correttamente il giudice di merito attribuisce qualità di bene comune – in quanto interessante le fondazioni, e comunque destinato al comune godimento dei condomini, quale sede ispezionabile delle stesse fondazioni e delle fognature – al vano ottenuto da uno dei condomini nell'area sottostante l'appartamento di sua proprietà esclusiva, realizzato abusivamente con svuotamento di volume ed asportazione del terreno, e adibito a cantina».

⁶⁴¹ Cfr. *La mediazione in materia condominiale*, articolo pubblicato il 17 febbraio 2021 in www.studiocataldi.it.

⁶⁴² L'articolo è stato inserito dalla Legge n. 220 dell'11 dicembre 2012 (c.d. Riforma del condominio).

⁶⁴³ Il condominio minimo è un edificio caratterizzato dalla presenza di soli due proprietari, tra i quali sussiste una comunione forzosa, perpetua ed indivisibile sulle parti comuni dell'edificio. Il condominio viene definito "minimo" perché il numero di titolari è il minimo sotto il quale non si potrebbe scendere: se il complesso fosse di proprietà di un solo soggetto non si ricadrebbe in questa definizione, poiché non vi sarebbe alcuna comunione e condivisione di beni.

esclusiva e il condominio). Le norme dettate dagli artt. 1117, 1139 cod. civ. si applicano all'edificio, nel quale più piani o porzioni di piano appartengono in proprietà solitaria a persone diverse e un certo numero di cose, impianti e servizi di uso comune sono legati alle unità abitative dalla relazione di accessorietà⁶⁴⁴».

Trova applicazione la disciplina del condominio anche in caso di c.d. condominio orizzontale: si tratta di un particolare complesso edilizio che si sviluppa orizzontalmente (un esempio tipico è quello delle case a schiera) anziché verticalmente come nel caso del "classico condominio". Nel 2019 la Cassazione ha confermato che «la condominialità non è esclusa per il solo fatto che le costruzioni siano realizzate, anziché come porzioni di piano l'una sull'altra (condominio verticale), quali proprietà singole in sequenza (villette a schiera, condominio in orizzontale), poichè la nozione di condominio è configurabile anche nel caso di immobili adiacenti orizzontalmente in senso proprio, ove dotati delle strutture e degli impianti essenziali indicati dall'art. 1117 c.c.⁶⁴⁵».

La disciplina del condominio e quella della mediazione obbligatoria trovano applicazione anche nel caso del c.d. supercondominio. Secondo la Corte di Cassazione, cui bisogna fare riferimento per avere una definizione di "supercondominio", «occorre, innanzitutto, evidenziare (cfr., ad es., Cass. n. 7286 del 1996 e Cass. n. 2305 del 2008) che i singoli edifici costituiti in altrettanti condomini vengono a formare un "supercondominio" quando talune cose, impianti e servizi comuni (...) contestualmente sono legati, attraverso la relazione di accessorio a principale, con più edifici, appartengono ai proprietari delle unità immobiliari comprese nei diversi fabbricati e sono regolati, se il titolo non dispone altrimenti, in virtù di interpretazione estensiva o analogica, dalle norme dettate per il condominio negli edifici⁶⁴⁶». Per quanto concerne il momento della nascita del supercondominio «secondo la giurisprudenza praticamente

⁶⁴⁴ Cass. civ., sez. unite, 31 gennaio 2006, sentenza n. 2046, consultabile in www.miolegale.it.

⁶⁴⁵ Cass. civ., sentenza n. 11728 del 3 maggio 2019, consultabile in sentenze.laleggepertutti.it. Il tema del condominio orizzontale è stato analizzato anche dal Tribunale di Modena nel 2018 in relazione alla questione dei c.d. "muri di testa" (Trib. Modena, sentenza n. 280 del 16 febbraio 2018, consultabile in www.condominioweb.com) e dalla Cassazione in relazione ad una questione inerente al lastrico solare (Cass. 4 novembre 2010, sentenza n. 22466, consultabile in www.condominioweb.com).

⁶⁴⁶ Cass. civ. sez. II, 21 febbraio 2013, n. 4340, consultabile in *Archivio delle locazioni e del condominio*, 1/2014, pp. 25-28.

consolidata di questa Corte⁶⁴⁷ (...), ai fini della costituzione di un supercondominio, non è necessaria né la manifestazione di volontà dell'originario costruttore né quella di tutti i proprietari delle unità immobiliari di ciascun condominio, essendo sufficiente che i singoli edifici, abbiano, materialmente, in comune alcuni impianti o servizi, ricompresi nell'ambito di applicazione dell'art. 1117 cod. civ. (...)»⁶⁴⁸

Ciò considerato, in conclusione, al fine di identificare se, nel caso concreto, si verta in un'ipotesi di controversia in materia di condominio - con le evidenti conseguenze circa l'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria - è necessario verificare che sussista il c.d. rapporto di accessorietà⁶⁴⁹. Ciò significa che, ai fini dell'applicazione del diritto di condominio (e della conseguente disciplina della mediazione) è necessario il collegamento, «per l'esistenza e per l'uso⁶⁵⁰», tra i beni propri (ossia le singole unità immobiliari individuali) e i beni comuni: tale collegamento prende il nome, appunto, di relazione di accessorietà⁶⁵¹.

In applicazione, poi, del principio in base al quale per comprendere se una controversia verta o meno in materia condominiale è necessario guardare al dato oggettivo della disciplina volta a regolare la specifica richiesta di tutela avanzata, il Tribunale di Genova nel 2011⁶⁵² escluse che l'accertamento di una servitù a favore o a carico di un fondo appartenente al condomino possa essere qualificato come “causa in materia condominiale⁶⁵³”. Secondo il giudice genovese ad un'interpretazione soggettiva, che qualifica come condominiali tutte le cause in cui una delle parti è un condomino, va preferita un'interpretazione oggettiva, fondata sul dato, appunto, oggettivo della materia trattata e non sulla qualità delle parti. Conseguentemente, le cause condominiali sarebbero solo quelle circoscritte a quelle di cui gli artt. 1117 c.c. e ss..

⁶⁴⁷ Vedere Cass. n. 2305 del 2008; Cass. n. 13883 del 2010; Cass. n. 17332 del 2011; Cass. n. 19939 del 2012 (consultabili in www.italgiure.giustizia.it).

⁶⁴⁸ Cass. 21 febbraio 2013, n. 4340, consultabile in www.condominioweb.com.

⁶⁴⁹ Per un approfondimento vedere SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, *Op.cit.*, pp. 259-260 e *Mediazione civile e conflitto condominiale: excursus sul tipo di controversie*, articolo pubblicato 22 febbraio 2014 in altalex.com.

⁶⁵⁰ Cfr. *Mediazione civile e conflitto condominiale: excursus sul tipo di controversie*, *Op.cit.*

⁶⁵¹ Sul rapporto di accessorietà vedere: Cass. civ, sentenza n. 1479 del 3 ottobre 2003; Cass., SS.UU., sentenza n. 2046 del 31 gennaio 2006 (consultabili in www.justlegalservices.it).

⁶⁵² Tribunale di Genova, 18 novembre 2011, n. 4574, consultabile in concilialex.it.

⁶⁵³ Va precisato che, in ogni caso, tale controversia è assoggettata alla disciplina della mediazione obbligatoria in quanto rientrante nell'ambito delle controversie in materia di diritti reali.

Nella materia condominiale - e dunque rilevanti ai fini dell'applicazione della mediazione obbligatoria - rientrano anche le liti in materia di destinazione d'uso delle parti comuni, di cui si occupano rispettivamente gli artt. 1117-*ter* c.c. (relativo alle «modificazioni delle destinazioni d'uso») e 1117-*quater* c.c. (recante «tutela delle destinazioni d'uso»)⁶⁵⁴. Rientrano in tali controversie, ad esempio, quelle relative: 1) all'azione proposta da un condomino al fine di contestare la legittimità dell'individuazione assembleare del posto auto ad esso assegnato senza tenere conto delle difficoltà d'accesso e d'uscita dallo stesso⁶⁵⁵; 2) alla domanda volta all'accertamento dell'uso illegittimo di un'area comune⁶⁵⁶; 3) all'uso della chiave per l'utilizzo dell'ascensore⁶⁵⁷; 4) alla misura del godimento del servizio comune di riscaldamento⁶⁵⁸.

Gli artt. 1118 e 1119 c.c. introducono due principi cardine in materia condominiale. Il primo sancisce il principio secondo cui «il diritto di ciascun condomino sulle parti comuni, salvo che il titolo non disponga altrimenti, è proporzionale al valore dell'unità immobiliare che gli appartiene». L'art. 1119 c.c. reca il principio dell'indivisibilità delle parti comuni del condominio: «le parti comuni dell'edificio non sono soggette a divisione, a meno che la divisione possa farsi senza rendere più incomodo l'uso della cosa a ciascun condomino e con il consenso di tutti i partecipanti al condominio».

Successivamente, gli artt. dal 1120 al 1128 c.c. si occupano della disciplina delle innovazioni (tra cui quelle gravose e voluttuarie), delle opere sulle parti dell'edificio di proprietà comune, della ripartizione delle spese di conservazione, godimento e manutenzione delle parti dell'edificio oggetto del condominio, dei lastrici solari ad uso esclusivo e, infine, del perimento totale o parziale dell'edificio. Tutte le controversie vertenti su tali materie sono assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria in materia condominiale.

⁶⁵⁴ Gli artt. 1117-*ter* e 1117-*quater* c.c. sono stati inseriti nel cod. civ. dalla Legge n. 220 dell'11 dicembre 2012 (c.d. Riforma del condominio).

⁶⁵⁵ Cass. civ., sez. 2, ordinanza n. 11861 del 7 giugno 2005, consultabile in www.foroeuropeo.it.

⁶⁵⁶ Tribunale di Monza, 13 novembre 2006, consultabile in www.tribunale.monza.giustizia.it.

⁶⁵⁷ Cass. civ., sez. 2, ordinanza n. 4256 del 24 febbraio 2006, consultabile in www.foroeuropeo.it.

⁶⁵⁸ Cass. civ. n. 17660 del 2004, la cui massima è consultabile in www.avvocato.it.

Effettivamente, tutte le liti strettamente riguardanti il condominio, «inteso come vicende relative alle parti comuni»⁶⁵⁹, devono essere ricomprese nell'ambito di applicazione della disciplina della mediazione condominiale obbligatoria.

Assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria, in quanto rientranti nella materia condominiale, sono anche le controversie relative all'amministratore condominiale, di cui trattano gli artt. dal 1129 al 1133 c.c. e gli artt. 64 e 65 disp. att. c.c.. Ai fini della presente trattazione rilevano essenzialmente i poteri riconosciuti all'amministratore all'interno del procedimento di mediazione. Al riguardo, l'art. 71-*quater* disp. att., comma 3, stabilisce che «al procedimento è legittimato a partecipare l'amministratore, previa delibera assembleare da assumere con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, del codice». Dunque, l'amministratore è legittimato a rappresentare il condominio in mediazione, ma ciò solo previa deliberazione dell'assemblea approvata con un certo numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell'edificio. La Cassazione è intervenuta recentemente sul punto, confermando che «l'art. 71-*quater* disp. att. c.c., comma 3, lettera, porta (...) a concludere (...) che la condizione di procedibilità della "controversie in materia di condominio" non possa dirsi realizzata allorché (...) all'incontro davanti al mediatore l'amministratore partecipi sprovvisto della previa delibera assembleare (...) non essendo in tal caso "possibile" iniziare la procedura di mediazione e procedere con lo svolgimento della stessa⁶⁶⁰». Secondo la Corte a nulla rileva al fine di escludere la necessità della delibera assembleare - ed è questa la questione più interessante a parere di chi scrive - «il fatto che si tratti (...) di controversia che altrimenti rientra nell'ambito delle attribuzioni dell'amministratore, in forza dell'art. 1130 c.c., e con riguardo alla quale perciò sussiste la legittimazione processuale di quest'ultimo ai sensi dell'art. 1131 c.c., senza necessità di autorizzazione o ratifica dell'assemblea⁶⁶¹. Pur in relazione alle cause inerenti all'ambito della rappresentanza istituzionale dell'amministratore, questi non può partecipare alle attività di mediazione privo della delibera dell'assemblea, in

⁶⁵⁹ Cfr. *Mediazione civile e conflitto condominiale: excursus sul tipo di controversie*, *Op.cit.* Sul punto vedere anche CROCITTO, *La mediazione in condominio dopo il decreto del fare (D.L. n. 69/2013 convertito con modificazioni nella legge n. 98/2013)*, in *La nuova procedura civile*, n. 4/2013, p. 30 e ss.

⁶⁶⁰ Cassazione civile, sez. VI, 8 giugno 2020, n. 10846, consultabile in www.miolegale.it.

⁶⁶¹ Art. 1131, comma 1. c.c.: «nei limiti delle attribuzioni stabilite dall'articolo 1130 o dei maggiori poteri conferitigli dal regolamento di condominio o dall'assemblea, l'amministratore ha la rappresentanza dei partecipanti e può agire in giudizio sia contro i condomini sia contro i terzi».

quanto l'amministratore, senza apposito mandato conferitogli con la maggioranza di cui all'art. 1136 c.c., comma 2, è altrimenti comunque sprovvisto del potere di disporre dei diritti sostanziali che sono rimessi alla mediazione⁶⁶²». Emerge chiaramente dalla pronuncia della Corte il fatto che spetti all'assemblea dei condomini il potere esclusivo di pronunciarsi sulla totalità delle decisioni da prendere in sede conciliativa. Ciò implica che l'amministratore non potrà assumere alcuna determinazione in relazione alla controversia da mediare.

L'orientamento giurisprudenziale sancito dalla Cassazione è stato assolutamente confermato dalla Corte d'Appello di Venezia nel 2022. Quest'ultima ha ribadito che «la partecipazione dell'amministratore alla procedura di mediazione prevista dal terzo comma dell'articolo 71-*quater* disp. att. cod. civ. vale a legittimare l'amministratore in quanto previamente autorizzato da una delibera assembleare, non rientrando fra le sue attribuzioni, in assenza di apposito mandato, il potere di disporre dei diritti sostanziali rimessi alla mediazione⁶⁶³». Il giudice veneziano «rimarca che i titolari dei diritti sostanziali rimessi in mediazione sono soltanto i condomini. Ne viene che, laddove alla mediazione prendano parte (...) tutti i condomini, "*id est*", i mandanti dell'amministratore quali titolari dei diritti sostanziali oggetto di mediazione, non vi è alcun motivo per negare la regolarità della procedura di mediazione, ravvisando il mancato adempimento della condizione di procedibilità⁶⁶⁴».

Quanto, poi, alla regolarità degli accordi eventualmente conclusi dall'amministratore in sede di mediazione, l'art. 71-*quater*, al comma 4, dispone esplicitamente che «la proposta di mediazione deve essere approvata dall'assemblea con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, del codice. Se non si raggiunge la predetta maggioranza, la proposta si deve intendere non accettata». Anche l'accettazione della proposta di mediazione è, dunque, subordinata al volere dell'assemblea, la quale eventualmente potrà pronunciarsi favorevolmente alla proposta, essendo necessario per

⁶⁶² Cassazione civile, sez. VI, 8 giugno 2020, n. 10846.

⁶⁶³ Corte d'Appello di Venezia, Sezione II, sentenza n. 921 del 21 aprile 2022.

⁶⁶⁴ *Ibidem*.

tale delibera un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell'edificio⁶⁶⁵.

Sul tema della legittimazione dell'amministratore condominiale a partecipare al procedimento di mediazione è intervenuto recentemente il d.lgs. 149/2022. Nello specifico, il nuovo art. 5-ter del d.lgs. 28/2010, recante «legittimazione in mediazione dell'amministratore di condominio» (introdotto dal d.lgs. 149/2022 e applicabile dal 30 giugno 2023), riconosce all'amministratore condominiale la legittimazione ad attivare, aderire e partecipare ad un procedimento di mediazione e prevede che il verbale contenente l'accordo o la proposta di conciliazione debba essere approvato dall'assemblea entro il termine fissato nell'accordo o nella proposta con le maggioranze di cui l'art. 1136 c.c., pena l'impossibilità di considerare conclusa la conciliazione. La recente riforma, dunque, ha superato la posizione della Cassazione civile espressa con l'ordinanza del giugno 2020 e confermata, poi, dalla Corte d'Appello di Venezia nel 2022: il nuovo art. 5-ter non richiede una preventiva delibera assembleare di adesione o meno alla mediazione da parte dei condomini essendo l'amministratore legittimato attivamente e passivamente ad intervenire nel procedimento di mediazione in qualità di rappresentante dei condomini stessi.

Il nuovo art. 5-ter, d.lgs. 28/2010 - come illustrato nel Capitolo I - lascia irrisolta una questione: come gestire la partecipazione all'assemblea condominiale del condomino che sia controparte nella procedura di mediazione. La norma non stabilisce se, in caso di divergenza tra condominio e singolo condomino partecipante all'assemblea, sia necessaria l'astensione di quest'ultimo o se vi sia, quantomeno, la possibilità di non conteggiare la sua quota nel computo della maggioranza necessaria per l'adozione della delibera. Sul punto - risolvendo il problema - si è pronunciata la Corte di Cassazione nel 2020, la quale ha stabilito che «in tema di condominio, le maggioranze necessarie per approvare le delibere sono inderogabilmente quelle previste dalla legge in rapporto a tutti i partecipanti ed al valore dell'intero edificio, sia ai fini del "quorum" costitutivo sia di quello deliberativo, compresi i condomini in potenziale conflitto di interesse con il condominio, i quali possono (e non debbono) astenersi dall'esercitare il diritto di voto,

⁶⁶⁵ In SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, *Op.cit.*, pp. 272, l'autore precisa che «sebbene nulla sia detto, appare ragionevole ritenere che anche in caso di proposta di mediazione formulata dall'amministratore, risulti necessaria una previa delibera assembleare il tal senso».

ferma la possibilità per ciascun partecipante di ricorrere all'autorità giudiziaria in caso di mancato raggiungimento della maggioranza necessaria per impossibilità di funzionamento del collegio⁶⁶⁶».

Sempre rimanendo in tema di controversie riguardanti l'amministratore condominiale, va precisato che anche le liti tra quest'ultimo e il condomino sorte in relazione alla gestione di una cosa comune rientrano all'interno della materia condominiale e, conseguentemente, sono assoggettate alla disciplina dell'articolo 5, comma 1.bis, d.lgs. 28/2010⁶⁶⁷.

Gli artt. 1135, 1136 e 1137 del cod. civ. e gli artt. 66 e 67 della disp. att. c.c. si occupano della disciplina dell'assemblea dei condomini. Nello specifico, rientrano tra le controversie assoggettate alla disciplina della mediazione condominiale obbligatoria quelle in tema di impugnazione delle delibere assembleari. Sul punto è sufficiente ricordare che l'impugnazione può essere proposta indifferentemente con ricorso o con atto di citazione⁶⁶⁸ nel termine perentorio di trenta giorni (che decorre dalla data della deliberazione per i dissenzienti o assenti e dalla data di comunicazione della deliberazione per gli assenti)⁶⁶⁹. Tuttavia, la Cassazione ha più volte manifestato una netta preferenza verso la forma dell'atto di citazione, in applicazione della regola generale della domanda sancita dall'art. 163 c.p.c.⁶⁷⁰. Per le delibere annullabili⁶⁷¹ il termine decadenziale di trenta giorni per l'impugnazione rimane sospeso (per una sola volta) per tutto il periodo necessario per il compimento del tentativo di mediazione⁶⁷².

⁶⁶⁶ Cassazione civile, sez. VI-2, sentenza n. 25680 del 13 novembre 2020 (in *Giurisprudenza italiana*, 1/2021, pp. 1-14).

⁶⁶⁷ Vedere al riguardo Cass. n. 2172/2004 e Cass. n. 12274/2002, consultabili in www.italgiure.giustizia.it.

⁶⁶⁸ L'art. 1137, prima di essere modificato dalla Legge 11 dicembre 2012, n. 220 disponeva che «contro le deliberazioni contrarie alla legge o al regolamento di condominio, ogni condomino dissenziente può fare ricorso all'autorità giudiziaria (...)». La Legge del 2012 ha eliminato il riferimento esplicito al ricorso, con la conseguenza che l'impugnazione può essere proposta anche con atto di citazione (cfr. *Mediazione civile e conflitto condominiale: excursus sul tipo di controversie*, *Op.cit.*).

⁶⁶⁹ Art. 1137, comma 2, c.c.: «contro le deliberazioni contrarie alla legge o al regolamento di condominio ogni condomino assente, dissenziente o astenuto può adire l'autorità giudiziaria chiedendone l'annullamento nel termine perentorio di trenta giorni, che decorre dalla data della deliberazione per i dissenzienti o astenuti e dalla data di comunicazione della deliberazione per gli assenti».

⁶⁷⁰ Vedere, al riguardo, Cass. n. 18117 del 2013 (consultabile in www.studiocataldi.it) e Cass. n. 14661 del 2013 (consultabile in altalex.com).

⁶⁷¹ Le delibere invalide possono essere: 1) delibere inesistenti e nulle, aggredibili in ogni tempo da chiunque ne abbia interesse; 2) delibere impugnabili (o annullabili) che possono essere portate dinanzi al giudice entro 30 giorni.

⁶⁷² NUZZO, *L'impugnazione delle delibere condominiali tra legge di riforma e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *La Nuova Procedura Civile*, n. 4/2013.

A tal proposito, in più occasioni, la giurisprudenza ha sottolineato che «la sospensione non coincide con la presentazione della domanda di mediazione, ma con il giorno in cui la stessa è comunicata alle parti⁶⁷³».

Anche alle controversie in tema di regolamento condominiale (art. 1138 c.c. e artt. 70 e 72 disp. att. c.c.) si applica la disciplina della mediazione obbligatoria. Tali liti, difatti, rientrano all'interno della materia condominiale e, dunque, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

A norma dell'art. 1138 c.c. «quando in un edificio il numero dei condomini è superiore a dieci, deve essere formato un regolamento». Quest'ultimo contiene le norme relative all'uso delle cose comuni, alla ripartizione delle spese, alla tutela del decoro dell'edificio, nonché quelle relative all'amministrazione⁶⁷⁴.

È indispensabile capire quale disciplina trovi applicazione nel caso in cui il regolamento condominiale abbia natura contrattuale. Per stabilire se in caso di controversia relativa ad un regolamento condominiale contrattuale trovi applicazione la disciplina del condominio (e conseguentemente quella della mediazione obbligatoria) oppure la disciplina generale dei contratti, è necessario capire, prima di tutto, cosa si intende per regolamento condominiale di natura contrattuale. Nel passato, si identificava il regolamento condominiale contrattuale come quel regolamento che veniva predisposto dall'unico soggetto proprietario dell'intero edificio e che veniva, poi, accettato progressivamente da parte di tutti i partecipanti al condominio in sede di stipula degli atti di trasferimento delle unità immobiliari. Si riteneva avesse natura contrattuale in quanto la sua origine si fondava sulla sua accettazione da parte dei condomini, e non seguiva *l'iter* di formazione tipico del regolamento condominiale di natura assembleare.

⁶⁷³ In questi termini ZEPPILLI, *Impugnazione delibera condominiale con la mediazione*, articolo consultabile in www.mondoadr.it. Sul punto vedere, ad esempio, Trib. Palermo sentenza n. 4951 del 18 settembre 2015 (consultabile in www.adrintesa.it) e Trib. Roma n. 13981/2019 (consultabile in lesentenze.it).

⁶⁷⁴ L'art. 1138 c.c. prosegue nella disciplina del regolamento di condominio stabilendo che «ciascun condomino può prendere l'iniziativa per la formazione del regolamento di condominio o per la revisione di quello esistente. Il regolamento deve essere approvato dall'assemblea con la maggioranza stabilita dal secondo comma dell'articolo 1136 ed allegato al registro indicato dal numero 7) dell'articolo 1130. Esso può essere impugnato a norma dell'articolo 1107. Le norme del regolamento non possono in alcun modo menomare i diritti di ciascun condomino, quali risultano dagli atti di acquisto e dalle convenzioni, e in nessun caso possono derogare alle disposizioni degli articoli 1118, secondo comma, 1119, 1120, 1129, 1131, 1132, 1136 e 1137 (72, 155). Le norme del regolamento non possono vietare di possedere o detenere animali domestici».

La giurisprudenza ha, successivamente, iniziato a qualificare il regolamento condominiale come avente natura contrattuale o assembleare non in base alla sua origine, bensì in ragione del suo contenuto⁶⁷⁵. Si avrà, allora, un regolamento condominiale contrattuale nell'ipotesi in cui esso contenga delle clausole aventi ad oggetto limitazioni dei diritti dei condomini o inerenti alle singole proprietà esclusive. Al contrario (ossia, nell'ipotesi in cui tali clausole non ci siano) si parlerà di regolamento condominiale di natura assembleare. La diversa natura del regolamento implica naturalmente l'applicazione di una diversa disciplina: quella condominiale oppure quella sulle norme generali dei contratti⁶⁷⁶.

Una volta accertata la natura contrattuale del regolamento, è necessario capire - come sopra accennato - se le controversie ad esso connesse appartengono alla materia del condominio e, dunque, siano assoggettabili alla disciplina della mediazione obbligatoria. Sul punto vanno fatte alcune considerazioni. Avendo il regolamento natura contrattuale ad esso non si applicano le disposizioni in tema di condominio (trovando, invece, applicazione le norme generali sui contratti). Logica vorrebbe, allora, che le controversie ad esso relative non vengano fatte rientrare nella materia del condominio e, pertanto, non siano assoggettabili alla disciplina della mediazione obbligatoria. È anche vero, però, che le clausole di natura contrattuale, contenute in tale regolamento condominiale, hanno ad oggetto diritti comunque connessi con la materia condominiale. Inoltre, data la difficoltà di definire se oggetto della controversia sia una clausola di natura contrattuale o assembleare, parrebbe più semplice, da un punto di vista pratico, non distinguere tra la disciplina delle controversie vertenti su clausole di natura contrattuale e quella relativa alle clausole di natura assembleare. In ragione di tali osservazioni, «anche le controversie aventi ad oggetto regolamenti o clausole regolamentari di natura contrattuale potrebbero rientrare nella disciplina della mediazione obbligatoria⁶⁷⁷».

⁶⁷⁵ Vedere Cass. 30 dicembre 1999, n. 943, in *Archivio delle locazioni e del condominio*, 4/2002, pp. 389-391.

⁶⁷⁶ Osserva sul punto SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, *Op.cit.*, pp. 262, che «per la modifica delle clausole di natura contrattuale sarà richiesta l'unanimità di tutti i condomini, proprio in ragione della natura pattizia dell'accordo che si realizza, secondo i principi generali in tema di contratto, con l'accordo tra le parti, mentre per la modifica delle clausole di natura regolamentare troverà applicazione alla disciplina dettata in tema di condominio (...)».

⁶⁷⁷ L'iter logico illustrato è stato sviluppato da SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, *Op.cit.*, p. 265. L'autore precisa che contro questa ricostruzione potrebbe essere mossa un'obiezione: questa interpretazione, difatti, si fonda su un'interpretazione estensiva dell'art. 5 del d.lgs. 28/02/2010, sebbene però la norma - come più volte illustrato - dovrebbe essere interpretata restrittivamente, in quanto le

La disciplina della mediazione condominiale obbligatoria trova applicazione anche in caso di controversie concernenti le obbligazioni condominiali. A parere di chi scrive, sul punto, è interessante analizzare brevemente la questione relativa alle obbligazioni *propter rem* in ambito condominiale. Tali obbligazioni si atteggiavano come dei veri e propri obblighi gravanti su uno specifico soggetto che entra in relazione con la *res*, soggetto che è tenuto a sopportarli in virtù del proprio *status* di proprietario del bene medesimo⁶⁷⁸. In ipotesi di obbligazione *propter rem* «ovvero quando sussiste un'obbligazione accessoria al diritto di proprietà o ad altro diritto reale che inerisce alla *res* seguendola in tutte le sue vicende, si ritiene che l'art. 5, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 non sia applicabile; difatti, si tratta pur sempre di un'obbligazione e non di un diritto reale, essendo l'obbligato *propter rem* tenuto ad adempiere la sua prestazione nei confronti di un altro soggetto, che, però, non ha un potere immediato sul fondo, ma, in qualità di creditore, può soltanto pretendere l'adempimento della prestazione⁶⁷⁹». Va precisato per completezza che, sebbene sia esclusa la “natura reale” di tali obbligazioni, comunque alle controversie ad esse relative si applica la disciplina della mediazione obbligatoria in quanto rientranti nella materia condominiale.

In conclusione, va ricordato che l'ultimo articolo delle disposizioni dettate dal codice civile in materia di condominio (l'art. 1139 c.c.) stabilisce che per quanto non è espressamente previsto dal Capo II, del Titolo VII, recante la disciplina del condominio negli edifici, si osservano le norme sulla comunione in generale⁶⁸⁰.

2.3.2. B) Aree in cui la mediazione obbligatoria non opera nonostante si verta in ambito condominiale

Vi sono dei casi in cui, nonostante la controversia riguardi l'ambito condominiale, non trova applicazione la disciplina della mediazione obbligatoria. Prima di vedere

condizioni di procedibilità della domanda da essa previste costituiscono una deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio costituzionalmente garantito.

⁶⁷⁸ Un esempio di obbligazione *propter rem* sono le spese condominiali che ogni condomino deve sostenere (a norma dell'art. 1123 c.c.). Il condomino è tenuto a sostenere dette spese proprio in quanto proprietario della singola unità abitativa.

⁶⁷⁹ Così SPINA, in *Mediazione civile e conflitto condominiale: excursus sul tipo di controversie*, *Op.cit.*, riprendendo la sentenza della Cass. civ. n. 21907 del 21 ottobre 2011, consultabile in *ilsole24ore.com*.

⁶⁸⁰ Il riferimento è, in particolare, agli artt. dal 1110 al 1116 del cod. civ. e agli artt. 61 e 62 delle disp. att. cc.

brevemente alcune di tali ipotesi, appare opportuno soffermarsi quanto meno su due casi particolari.

Il primo è quello relativo alla revoca dell'amministratore per gravi irregolarità. Si è discusso, nello specifico, sul se sia necessario o meno ricorrere in tal caso all'applicazione della disciplina di cui il d.lgs. 28/2010. Il tema ha destato delle perplessità, anche in giurisprudenza, per le seguenti ragioni. Da un lato, si potrebbe ritenere che in caso di revoca dell'amministratore il ricorso alla mediazione obbligatoria non sia necessario, poiché la legge (art. 5, comma 4, lett. f), d.lgs. 28/2010) espressamente esclude l'applicazione della disciplina di cui il d.lgs. in esame in caso di procedimenti in camera di consiglio, tra i quali rientra anche il giudizio di revoca dell'amministratore di condominio (si tratta, nello specifico, di procedimento camerale plurilaterale tipico)⁶⁸¹. Dall'altro lato, però, l'art. 71-*quater*, disp. att. c.c. precisa che per "controversie in materia di condominio", ai sensi dell'art 5, d.lgs. 28/2010, devono intendersi, tra le altre, quelle contemplate negli artt. da 61 a 72 delle medesime disp. att. c.c.. Fra queste si collocano anche le ipotesi di cui l'art. 64 disp. att. cc., relativo proprio alla revoca dell'amministratore. Seguendo questa seconda ricostruzione la revoca dell'amministratore, in quanto rientrante tra le controversie condominiali, dovrebbe essere obbligatoriamente preceduta dal tentativo di mediazione⁶⁸².

La seconda questione inerisce alla riscossione dei contributi condominiali. Come illustrato, tra le controversie in materia di mediazione l'art. 71-*quater* disp. att. cc. ricomprende quelle derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione degli artt. da 61 a 72 delle disposizioni per l'attuazione del codice. L'art. 63 disp. att. c.c. disciplina proprio la riscossione dei contributi, stabilendo, al comma 1, che «per la riscossione dei contributi in base allo stato di ripartizione approvato dall'assemblea, l'amministratore, senza bisogno di autorizzazione di questa, può ottenere un decreto di ingiunzione

⁶⁸¹ In tal senso, Corte di Cassazione, Sezione VI Civile, ord. 23 giugno 2017, n. 15706, consultabile in www.francocrisafi.it. Anche il Tribunale di Massa, con la sentenza del 20 maggio 2019 (consultabile in lesentenze.it), ha affermato la non applicabilità del procedimento di mediazione obbligatoria quanto alla domanda di revoca dell'amministratore. L'art. 64 disp. att. cc., in tema di revoca dell'amministratore condominiale, stabilisce che «sulla revoca dell'amministratore, nei casi indicati dall'undicesimo comma dell'art. 1129 e dal quarto comma dell'art. 1131 del codice, il tribunale provvede in camera di consiglio, con decreto motivato, sentito l'amministratore medesimo. Contro il provvedimento del tribunale può essere proposto reclamo alla corte d'appello nel termine di dieci giorni dalla notificazione».

⁶⁸² In tal senso il Tribunale di Macerata, sentenza del 10 gennaio 2018 (consultabile in ilcaso.it), e il Tribunale di Vasto, sentenza del 4 maggio 2017 (consultabile in lesentenze.it).

immediatamente esecutivo, nonostante opposizione, ed è tenuto a comunicare ai creditori non ancora soddisfatti che lo interpellino i dati dei condomini morosi⁶⁸³».

Se da un lato, dunque, le controversie in tema di riscossione dei contributi condominiali rientrano nella disciplina della mediazione obbligatoria condominiale, dall'altro lato va precisato che l'art. 5, comma 4, lett. a) d.lgs. 28/2010⁶⁸⁴, esclude l'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione⁶⁸⁵. Perciò, anche con riferimento alle controversie in tema di riscossione dei contributi condominiali, la mediazione obbligatoria non trova applicazione nei procedimenti di ingiunzione e in quelli di opposizione al decreto ingiuntivo, sino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione. L'amministratore, allora, nelle cause di recupero credito delle spese condominiali che iniziano con decreto ingiuntivo non deve prima procedere con la mediazione.

Non richiedono, inoltre, l'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria: 1) le controversie tra condominio e soggetti terzi al condominio⁶⁸⁶; 2) le controversie tra condomini per questioni inerenti alle rispettive proprietà⁶⁸⁷; 3) la domanda di risarcimento dei danni proposta dal condomino danneggiato nei confronti del

⁶⁸³ La norma, così come novellata dalla L. n. 220 del 2012, dispone altresì quanto segue: «i creditori non possono agire nei confronti degli obbligati in regola con i pagamenti, se non dopo l'escussione degli altri condomini. In caso di mora nel pagamento dei contributi che si sia protratta per un semestre, l'amministratore può sospendere il condomino moroso dalla fruizione dei servizi comuni suscettibili di godimento separato. Chi subentra nei diritti di un condomino è obbligato solidalmente con questo al pagamento dei contributi relativi all'anno in corso e a quello precedente. Chi cede diritti su unità immobiliari resta obbligato solidalmente con l'avente causa per i contributi maturati fino al momento in cui è trasmessa all'amministratore copia autentica del titolo che determina il trasferimento del diritto».

⁶⁸⁴ A seguito dell'introduzione del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, la norma di riferimento a partire dal 30 giugno 2023 sarà l'art. 5, comma 6, lett. a), d.lgs. 28/2010

⁶⁸⁵ L'art. 5, comma 4, d.lgs. 28/2010 sottrae, inoltre, alla mediazione obbligatoria (anche in ambito condominiale): i procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile; i procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile; i procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile; i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; i procedimenti in camera di consiglio; l'azione civile esercitata nel processo penale.

⁶⁸⁶ Si pensi, ad esempio, all'appaltatore nel quadro di una lite insorta a seguito della stipulazione di un appalto di lavori condominiali.

⁶⁸⁷ Si pensi, ad esempio alla domanda di risarcimento dei danni proposta dal condomino danneggiato nei confronti del condomino proprietario dell'appartamento sovrastante in conseguenza delle infiltrazioni idriche provenienti dall'appartamento medesimo (sul punto vedere Trib. Cosenza, Sezione I civile, sentenza 13 aprile 2021, n. 829, consultabile in lesentenze.it).

condominio e del condomino proprietario del lastrico solare ad uso esclusivo in conseguenza delle infiltrazioni idriche provenienti dal predetto lastrico⁶⁸⁸; 4) l'azione di risarcimento danni per presunte molestie perpetrate da soggetti che solo occasionalmente si trovano a rivestire la qualifica di condomini⁶⁸⁹; 5) l'azione di risarcimento presentata da un condomino nei confronti del condominio per presunte infiltrazioni idriche subite nella propria unità immobiliare e provenienti dalle parti comuni⁶⁹⁰.

2.3.3. L'incombente della mediazione obbligatoria in materia di scioglimento della comunione: il rinvio alle norme sulla divisione ereditaria e la pronuncia del Tribunale di Prato del 2011

Prima di analizzare tecnicamente il rapporto tra mediazione obbligatoria e scioglimento della comunione, pare opportuno, a parere di chi scrive, fare una riflessione di natura generale. Ricorrere allo strumento della mediazione per risolvere questioni inerenti allo scioglimento della comunione è assolutamente preferibile alla via giudiziaria quanto meno per due ragioni. In *primis*, andare in tribunale significherebbe perdere tempo e denaro con il rischio, per di più, di non ottenere il risultato sperato. Le parti potrebbero, inoltre, incorrere in dei rischi derivanti dal decorso del tempo: ad esempio, gli immobili in comunione potrebbero andare all'asta o essere venduti ad un prezzo molto inferiore al loro valore. Ecco, allora, che risulta assolutamente più conveniente provare ad addivenire ad un accordo compositivo della lite in sede di mediazione, con un conseguente risparmio in termini di tempo e denaro. La seconda ragione per la quale è preferibile optare per la mediazione in luogo del processo ha natura prettamente personale ed emotiva. Tale aspetto è alquanto significativo - forse anche più di quello economico - in ipotesi di liti ereditarie, caratterizzate da legami familiari e affettivi. Il mediatore, rispetto al giudice, è in grado di risolvere la questione aprendo un canale di comunicazione tra le parti, ristabilendo così anche i delicati rapporti familiari

⁶⁸⁸ Trib. Milano, Sezione X civile, sentenza 22 dicembre 2020, n. 8616, consultabile in www.tribunale.milano.it.

⁶⁸⁹ Trib. Brindisi, Sezione 2 civile, sentenza 14 maggio 2020, n. 619, consultabile in lesentenze.it.

⁶⁹⁰ Trib. Roma, Sezione VII civile, sentenza 18 febbraio 2020, n. 3523, consultabile in lesentenze.it.

intercorrenti tra le stesse. Il ricorso alla via giudiziaria, al contrario, spesso ha come conseguenza l'inasprimento dei rapporti personali⁶⁹¹.

Lo scioglimento della comunione è disciplinato agli artt. 1111 e ss. del c.c. In particolare, l'art. 1111 al comma 1 riconosce a ciascun comunista la possibilità di domandare sempre⁶⁹² lo scioglimento della comunione. Ogni partecipante, dunque, ha il diritto, imprescindibile e azionabile senza limiti di tempo, di attivarsi per lo scioglimento della comunione ereditaria. In estrema sintesi, il procedimento di scioglimento della comunione ereditaria è finalizzato a far acquisire agli eredi la titolarità esclusiva di una quota dell'asse ereditario. Il provvedimento di scioglimento ha natura dichiarativa e non traslativa; inoltre, ha effetto retroattivo per ciò che attiene alla titolarità dei beni, rimanendo esclusi gli eventuali frutti percepiti dai soggetti partecipanti alla comunione eventualmente incamerati prima dello scioglimento⁶⁹³.

Gli studiosi del diritto si sono interrogati sul se il procedimento di scioglimento della comunione ereditaria debba o meno essere preceduto dal procedimento di mediazione. Per le ragioni illustrate nel capitolo precedente, parrebbe preferibile escludere dal novero delle materie assoggettate alla mediazione obbligatoria quelle in tema di scioglimento della comunione. Ad onor del vero, però, l'art. 1116 c.c. rinvia alle norme sulla divisione ereditaria: esso stabilisce che «alla divisione delle cose comuni si applicano le norme sulla divisione dell'eredità, in quanto non siano in contrasto con quelle sopra stabilite». Questo potrebbe portare a concludere, a parere della scrivente, che, per effetto di quanto stabilito dall'art. 1116 c.c., anche la disciplina della mediazione obbligatoria - applicabile in materia di divisione - troverebbe applicazione in caso di scioglimento della comunione.

Ogni dubbio al riguardo è stato risolto dalla prima giurisprudenza di merito: decisiva al riguardo fu la pronuncia del 9 maggio 2011 del Tribunale di Prato. Il giudice rilevò che il legislatore delegato del 2010 nel prevedere quale condizione di procedibilità della

⁶⁹¹ Cfr. TANTALO, *La mediazione nelle divisioni ereditarie e nello scioglimento delle comunioni. L'esperienza di un mediatore esperto*, consultabile in www.mondoadr.it.

⁶⁹² Nonostante la locuzione "sempre" inserita nella disposizione sembrerebbe conferire a questa carattere di assolutezza, il legislatore ha espressamente introdotto una limitazione: «l'autorità giudiziaria può stabilire una congrua dilazione, in ogni caso non superiore a cinque anni, se l'immediato scioglimento può pregiudicare gli interessi degli altri». Vi sono, inoltre, dei casi al ricorrere dei quali il diritto di divisione dell'asse ereditario può essere momentaneamente sospeso.

⁶⁹³ La principale norma ritenuta applicabile a tutte le divisioni è quella dettata dall'art. 757 c.c., relativa all'efficacia retroattiva e dichiarativa della divisione ereditaria.

domanda l'esperimento del procedimento di mediazione per una serie di materie specificatamente indicate abbia inteso includervi «anche i giudizi di scioglimento della comunione (*rectius* «divisione»)⁶⁹⁴».

Il medesimo giudice affrontò, inoltre, la seguente questione: se la mediazione obbligatoria debba applicarsi anche al giudizio di scioglimento della comunione endoesecutivo, di cui gli artt. 599 e ss. del codice di rito, nel testo novellato dalla legge n. 80 del 2005. Il giudice osservò che «sul punto è sufficiente rilevare che condivisa e diffusa, in dottrina e giurisprudenza, è l'attribuzione al giudizio divisorio incidentale della natura di procedimento di cognizione ordinario, pur inserendosi come una parentesi all'interno del procedimento esecutivo, nonostante la riforma del 2005 ne abbia accentuato il legame con l'esecuzione forzata». Ciò premesso, «deve quindi concludersi che risponde ad una precisa scelta legislativa che i procedimenti incidentali di cognizione, tra i quali debbono essere ad ogni buon diritto annoverati i giudizi di divisione endoesecutivi, siano sottratti alla nuova procedura in tema di mediazione civile» in ragione dell'esclusione prevista sin dalla prima formulazione dell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010. Del resto, anche a norma dell'attuale art. 5, comma 6, lett. e), del d.lgs. 28/2010 (applicabile dal 30 giugno 2023) – il quale stabilisce che la disciplina di cui al comma 1 non si applica ai procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, tra i quali devono essere ricompresi i giudizi di divisione endoesecutivi –, deve ritenersi che i giudizi di scioglimento della comunione endoesecutivi siano sottratti alla procedura di mediazione. D'altronde – come già rilevava il Tribunale di Prato nella cit. pronuncia - «la mediazione in sede esecutiva, ove ritenuta applicabile all'esecuzione forzata, finirebbe con lo scontrarsi con un processo esecutivo, come ridisegnato dalle riforme degli ultimi anni, che, pur conoscendo «parentesi» di cognizione, le delinea e configura come essenzialmente “strumentali” all'esecuzione stessa, onde consentire, nel caso di specie, l'individuazione definitiva dell'oggetto dell'espropriazione forzata».

2.4. La Legge n. 17/2001 della Provincia autonoma di Bolzano e le problematiche sull'assegnazione e sulla prelazione del maso chiuso: il combinato disposto del

⁶⁹⁴ Tribunale di Prato, ordinanza del 9 maggio 2011, consultabile in www.concilialex.it.

D.lgs. n. 28/2010 e del tentativo di conciliazione presso la Ripartizione provinciale Agricoltura previsto dall'art. 21 della L.P. n. 17/2001

Con il termine “maso chiuso”⁶⁹⁵ si intende quel particolare istituto giuridico tale per cui il podere, alla morte del proprietario, non viene suddiviso fra gli eredi, ma passa ad una sola persona, di norma uno dei coeredi (detto “erede assunto”), avendo diritto gli altri coeredi semplicemente ad un compenso. Quello del maso chiuso è un fenomeno molto diffuso in Trentino-Alto-Adige: si tratta, infatti, di un istituto che trova le proprie origini nel diritto barbarico delle popolazioni germaniche. La disciplina del maso chiuso si fonda sull'idea, elaborata nel tempo dal sistema giuridico germanico, che per il miglior sfruttamento del terreno e per un aumento della redditività dello stesso sia necessario che l'unità agraria non venga frammentata ogni volta che il capo famiglia deceda. La conservazione dell'integrità del podere, dunque, si ritiene prevalga sui diritti degli eredi. L'istituto del maso chiuso, per lunghi secoli disciplinato dalla consuetudine, venne ufficialmente regolato dalla *Tiroler Landesordnung* del 1526, successivamente dalle “Patenti Imperiali” emanate fra il 1770 e il 1795 e, infine, dalla Legge provinciale tirolese del 12 giugno 1900, n. 47, rimasta in vigore, nei territori trasferiti all'Italia, fino al 1929. Accanto alla Legge tirolese del 1900 rimasero e si formarono delle ulteriori consuetudini, volte a temperare alcune norme troppo rigide: ad esempio, venne previsto il diritto dei familiari abitanti nel maso di vivere in famiglia fino alla maggiore età e la possibilità per il proprietario del maso di stipulare contratti di cessione dello stesso con un suo futuro erede (aggirando così, in parte, la disciplina della successione). Quando lo Stato italiano con i Regi Decreti 4 novembre 1928 n. 2325 e 28 marzo 1929 n. 499 estese alle “nuove province” la legislazione civile del Regno d'Italia (con efficacia dal 31 luglio 1929), il maso chiuso sparì dal codice. Non furono molti, negli anni immediatamente successivi, i contenziosi relativi all'istituto. Significativa, però, fu la sentenza della Cassazione n. 1698 del 25 giugno 1952, la quale riconobbe il diritto alla indivisibilità del maso in quanto caratteristica giuridica consolidata, ma negò valore al metodo di

⁶⁹⁵ Il termine *Hof*, in tedesco, indica genericamente la corte, ma nel tempo ha assunto il significato più ampio di podere; in italiano è stato tradotto con “maso”, dal latino *mansio* (indicante sia la casa che la famiglia). Con l'aggettivo “chiuso”, secondo la tesi più accreditata, si intende richiamare l'indivisibilità del maso.

stime delle quote dei coeredi, ritenute contrarie “all’ordine pubblico”. Dopo la Seconda Guerra mondiale, forte fu la spinta per la reintroduzione della normativa del maso chiuso. Difatti, già lo Statuto di autonomia del 1948 all’art. 11 prevedeva la competenza primaria della Provincia di Bolzano di legiferare in materia di «ordinamento delle minime unità culturali, anche agli effetti dell’art. 847 del codice civile; ordinamento dei masi chiusi e delle comunità familiari rette da antichi statuti o consuetudini». Nei primi anni ’50 iniziarono le trattative con il governo italiano per la reintroduzione della disciplina ed, effettivamente, pochi anni dopo venne approvata la Legge 29 marzo 1954, n. 1 (in vigore dal 1° aprile 1954), relativa all’ordinamento dei masi chiusi nella Provincia di Bolzano. Le Leggi Provinciali n. 2/1954 e n. 10/1959 apportarono, poi, alcuni correttivi, significati per l’adozione del Testo Unico approvato con decreto 7 febbraio 1962, n. 8. La Legge Provinciale n. 33/1978 armonizzò la disciplina del maso chiuso con la riforma del diritto di famiglia, a cui seguì il Testo Unificato definitivo del decreto 28 dicembre 1978 n. 32. Nel 1982 venne, poi, emanata la Legge Provinciale n. 10 del 26 marzo 1982, recante «modifica del testo unificato delle leggi provinciali sull’ordinamento dei masi chiusi, della legge provinciale sull’assistenza creditizia per assuntori di masi chiusi e della legge provinciale sull’amministrazione dei beni di uso civico».

La Legge Provinciale 28 novembre 2001, n. 17⁶⁹⁶ ha successivamente rivisto e sostituito tutta la normativa precedente, tenendo in considerazione alcune delle decisioni della Corte Costituzionale intervenute nel frattempo. Nel 2007 le Leggi provinciali n. 3/2007 e n. 3/2007 hanno, rispettivamente, regolato il rapporto tra maso chiuso e norme urbanistiche e introdotto modifiche sull’aggregazione e sui cambiamenti di estensione di masi chiusi.

Le tematiche relative al maso chiuso sono di particolare interesse ai fini della presente trattazione in quanto le cause sull’assegnazione e sulla prelazione dei masi chiusi sembrerebbero rientrare nel novero delle liti per le quali è obbligatoria la mediazione ai sensi del d.lgs. 28/2010 poiché, rispettivamente, cause ereditarie e cause su diritti reali.

⁶⁹⁶ La Legge Provinciale 28 novembre 2001 n. 17 è stata modificata dalla L.P. 22 gennaio 2010, n. 21, dalla L.P. 12 dicembre 2011, n. 14, dalla L.P. 23 ottobre 2014, n. 10 e dalla L.P. 19 aprile 2018, n. 5.

In realtà, però, il legislatore ha previsto per i masi chiusi una specifica disciplina circa l'obbligo di esperire previamente un tentativo di mediazione in caso di lite in materia; normativa che, solo in parte, richiama quella del d.lgs. 28/2010.

Nello specifico, la Legge sui masi chiusi (l. provinciale n. 17/2001) all'art. 21, come modificato dall'art. 3, comma 1, della L.P. 23 ottobre 2014, n. 10, stabilisce che «chi intende proporre in giudizio una domanda relativa al diritto vita natural durante a un adeguato mantenimento secondo le condizioni di vita locali e la capacità produttiva del maso chiuso, alla successione suppletoria, all'integrazione della quota riservata ai legittimari o alla divisione ereditaria, nei casi in cui il maso chiuso costituisca parte dell'asse ereditario, oppure propone in giudizio una domanda di usucapione del diritto di proprietà di un maso chiuso o parte di esso, è tenuto a esperire il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, presso la Ripartizione provinciale Agricoltura⁶⁹⁷»

È opportuno precisare sin da subito che è stata considerata assolutamente conforme a Costituzione una legislazione statale (non solo provinciale) che preveda come necessario l'esperimento del tentativo di conciliazione prima di proporre una domanda giudiziale relativa ai masi chiusi. La questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale nel 2010, la quale ha sottolineato che una normativa statale di questo tipo «non opera alcuna, sia pur marginale, trasformazione della disciplina sostanziale dell'istituto stesso rispetto ai suoi contenuti fissati nella tradizione giuridica. Essa si limita ad introdurre (...) una misura di carattere processuale con chiari intenti di deflazione del contenzioso (...)»⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷ Art. 21, l. provinciale n. 17/2001, come sostituito dall'art. 3, comma 1, della L.P. 23 ottobre 2014, n. 10 (recante «modifiche di leggi provinciali in materia di urbanistica, tutela del paesaggio, foreste, acque pubbliche, energia, aria, protezione civile e agricoltura»).

⁶⁹⁸ In questi termini la Corte costituzionale, sentenza del 10 maggio 2010, n. 173 (consultabile nel sito ufficiale della Provincia Autonoma di Bolzano Alto Adige: lexbrowser.provinz.bz.it) La Corte, nello specifico, si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 35, comma 2, della legge 24 novembre 2000, n. 340 (Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1999), come sostituito dall'art. 22, comma 1, della legge 29 luglio 2003, n. 229 (Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001), il quale prevedeva che «chi intende proporre in giudizio una domanda relativa all'ordinamento dei masi chiusi è tenuto ad esperire il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203».

Dunque, in caso di controversie in materia di maso chiuso, a norma dell'art. 21, L.P. n. 17/2001, è previsto l'obbligo⁶⁹⁹ di esperire previamente un tentativo di conciliazione. In base a quanto previsto dall'art. 21, L.P. 17/2001, tale tentativo deve essere svolto a norma dell'art. 11 del d.lgs. n. 150/2011⁷⁰⁰, il quale stabilisce che chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ad una controversia in materia di contratti agrari o conseguenti alla conversione dei contratti associativi in affitto deve preventivamente comunicarlo, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, all'altra parte e all'ispettorato provinciale dell'agricoltura competente per territorio (art. 11, comma 3). Il capo dell'ispettorato, entro venti giorni dalla comunicazione, è tenuto a convocare le parti e i rappresentanti delle associazioni di categoria da esse indicati per esperire il tentativo di conciliazione (art. 11, comma 4)⁷⁰¹. Va osservato che mentre il d.lgs. 150/2011 individua come organismo competente alla gestione della procedura di conciliazione l'ispettorato provinciale dell'agricoltura, la L.P. n. 17/2001 - pur richiamando la procedura di cui l'art. 11, d.lgs. 150/2011 - individua come organismo competente non l'ispettorato provinciale dell'agricoltura, bensì la Ripartizione provinciale agricoltura.

Va precisato, sul punto, che la Legge Provinciale n. 17/2001, prima della modifica ad essa apportata dalla L.P. 10/2014, all'art. 21 prevedeva che «chi intende proporre in giudizio una domanda relativa all'ordinamento dei masi chiusi è tenuto/a ad esperire il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203, in cui la ripartizione agricoltura della provincia autonoma di Bolzano-Alto Adige sostituisce l'ispettorato provinciale dell'agricoltura». Dunque, *ante* 2014, l'art. 21, L.P. n. 17/2001 in caso di controversie in materia di masi chiusi stabiliva il dovere di procedere a norma

⁶⁹⁹ A parere della scrivente è chiaro che si tratti di un obbligo e non di una mera facoltà in quanto l'art. 21, l. provinciale n. 17/2001, utilizza l'espressione "è tenuto" in riferimento al soggetto che deve esperire il tentativo di conciliazione in caso di lite in materia di maso chiuso.

⁷⁰⁰ D.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, recente «disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69».

⁷⁰¹ La conciliazione potrebbe avere esito positivo, e in tal caso «viene redatto processo verbale sottoscritto dalle parti, dai rappresentanti delle associazioni di categoria e dal funzionario dell'ispettorato» (art. 11, comma 5, d.lgs. 150/2011), ovvero negativo, con conseguente formazione del processo verbale, nel quale vengono indicate le posizioni delle parti (art. 11, comma 6, d.lgs. 150/2011). Inoltre, «nel caso in cui il tentativo di conciliazione non si definisca entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui al comma 3, ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria competente» (art. 11, comma 7, d.lgs. 150/2011).

dell'art. 46, l. n. 203/1982, recante «norme sui contratti agrari». L'art. 46 prevedeva per chi intendesse proporre in giudizio una domanda relativa a una controversia in materia di contratti agrari l'obbligo di darne preventiva comunicazione a controparte e all'ispettorato provinciale dell'agricoltura competente per territorio. Quest'ultimo avrebbe dovuto convocare le parti ed i rappresentanti delle associazioni professionali di categoria da esse indicati per esperire il tentativo di conciliazione della vertenza. Pertanto, anche l'art. 46 (come l'art. 11, d.lgs. 150/2011) indicava l'ispettorato provinciale dell'agricoltura quale organismo competente per la gestione della procedura di mediazione.

L'art. 21, l. 17/2001, già prima della novella del 2014 aveva, in realtà, previsto la sostituzione dell'ispettorato provinciale dell'agricoltura (cui l'art. 46, l. 203/1982) con la Ripartizione agricoltura della provincia autonoma di Bolzano-Alto Adige, individuata come l'ente presso il quale è necessario azionare la procedura di conciliazione.

L'art. 46, l. 203/1982, è stato poi abrogato dal d.lgs. 150/2011 e tacitamente sostituito dall'art. 11 del medesimo decreto, il quale prevede (analogamente) la competenza in capo all'ispettorato provinciale dell'agricoltura. Tuttavia - come detto sopra - l'art. 21 della l. 17/2001, come sostituito dall'art. 3 della l. 10/2014, pur richiamando la disciplina di cui l'art. 11 d.lgs. 150/2011 (che prevede la competenza dell'Ispektorato) indica espressamente la Ripartizione agricoltura come l'organismo dinanzi al quale avviare la procedura di conciliazione (esattamente come prima della riforma del 2014).

In sintesi, quindi, - ad oggi - in caso di controversia in materia di maso chiuso il previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione deve essere esperito secondo quanto disposto dall'art. 11 del d.lgs. n. 150/2011 in materia di controversie agrarie presso la Ripartizione provinciale agricoltura.

È necessario ora capire il rapporto tra l'art. 21, L.P. n. 17/2001 - e il procedimento conciliativo ivi previsto - e la disciplina della mediazione di cui il d.lgs. 28/2010. La questione viene risolta dallo stesso legislatore: difatti, l'art. 21, comma 7, L.P. n. 17/2001 espressamente prevede che «ai sensi dell'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, nelle materie di cui al comma 1 del presente articolo il tentativo di conciliazione qui disciplinato viene esperito in luogo del procedimento di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali». In altri termini, in caso di controversie sull'assegnazione e sulla prelazione dei masi chiusi

non trova applicazione la disciplina della mediazione obbligatoria di cui il d.lgs. 28/2010 (astrattamente applicabile in quanto liti rispettivamente in materia ereditaria e diritti reali) dovendosi esperire - in luogo del procedimento di mediazione di cui il d.lgs. 28/2010 - il tentativo obbligatorio di conciliazione come disciplinato dalla L.P. n. 17/2001.

In conclusione, a mio avviso, è interessante sottolineare una significativa differenza tra la procedura di mediazione obbligatoria come disciplinata al d.lgs. 28/2010 e quella di cui la Legge Provinciale n. 17/2001. Mentre, da un lato, l'art. 8 del d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022 (in vigore dal 30 giugno 2023) stabilisce che «le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione», e che, per di più, solo in presenza di giustificati motivi «possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia » (c.d. procura speciale), dall'altro lato, la L.P. n. 17/2001 sembra dare un'importanza marginale alla presenza personale delle parti. L'art. 21, comma 5, L.P. 17/2001, stabilisce, infatti, che «non è necessario che le parti siano presenti personalmente, purché siano rappresentate da persone a tal fine delegate. A tale scopo basta soltanto una procura semplice sottoscritta dalla persona rappresentata, che contempili anche il diritto di conciliare». È evidente, anche alla luce dell'ampia giurisprudenza pronunciata in tema di partecipazione effettiva e personale delle parti durante il procedimento di mediazione di cui il d.lgs. 28/2010, come l'esigenza a che le parti partecipino personalmente alla mediazione sia molto più "sentita" in caso di mediazione *ex art.* d.lgs. 28/2010, piuttosto che nell'ipotesi di conciliazione a norma della L.P. 17/2001.

2.5. Controversie in materia di diritti reali di godimento e di garanzia

2.5.1. Le servitù irregolari e il tema della sentenza che accerta l'inesistenza della servitù alla luce di una recente pronuncia della Cassazione

Tra le controversie assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria l'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010 annovera, come illustrato, anche quelle in materia di diritti reali. Nell'ambito dei diritti reali si è soliti distinguere tra proprietà e diritti reali *in re aliena*. Quest'ultimi, a loro volta, si distinguono in diritti reali di godimento e diritti reali

di garanzia. Le servitù prediali, in particolare, rientrano (insieme a superficie, enfiteusi, usufrutto, uso e abitazione) nella categoria dei diritti reali di godimento. La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario (art. 1027 c.c.). Essenziale, pertanto, è il c.d. rapporto di servizio tra i due fondi, per cui il fondo dominante si avvantaggia della limitazione che subisce il fondo servente⁷⁰².

Fatte tali brevi premesse, è intenzione della scrivente dedicare questa parte della trattazione a due questioni particolari inerenti al tema della servitù in connessione con quello della mediazione obbligatoria.

La prima questione inerisce alle c.d. servitù irregolari o personali. È necessario partire da una considerazione di carattere generale: i diritti reali su cosa altrui sono tipici e a “numero chiuso”, questo per impedire ai privati di creare ulteriori figure di diritti reali su beni altrui rispetto a quelle previste dalla legge⁷⁰³. Nonostante ciò, in materia di servitù è riconosciuta alle parti la possibilità di determinare il contenuto della stessa, purchè venga rispettata la struttura prevista dal cod. civ. Difatti, il nostro ordinamento ammette le c.d. servitù atipiche, le quali, pur non appartenendo ad alcuno dei modelli legali, possono essere liberamente costituite, purchè finalizzate all'utilità del fondo dominante. In altri termini, le servitù atipiche sono legittime se viene rispettato il principio della predialità di cui l'art. 1027 c.c. (ossia deve sussistere un rapporto di servizio tra i due fondi) e se viene garantito il soddisfacimento dell'utilità del fondo dominante a norma dell'art. 1028 c.c.

Discorso differente va fatto per le servitù irregolari, le quali non possono neppure essere definite come servitù atipiche. Esse rientrano negli accordi o convenzioni che hanno ad oggetto una limitazione del diritto di proprietà del fondo altrui a beneficio di un soggetto (per questo vengono definite servitù personali). Nel caso delle servitù irregolari, dunque, il servizio è prestato a favore di una persona e, proprio per tale ragione, esse non

⁷⁰² Sul tema delle servitù prediali, tra i tanti: BURDESE, *Le servitù prediali*, Padova, 2007; MARMOCCHI, *Le servitù prediali fra tradizione e attualità*, Milano, 2011; CARUSO-SPANO', *Le servitù prediali*, Milano, 2013; MUSOLINO, *L'uso parziale delle servitù prediali: l'imprescindibilità del modus*, in *Riv. not.*, 2014, p. 1191.

⁷⁰³ In tal senso, si è espressa recentemente anche la Cassazione a Sezioni Unite (Cassazione Civile, SS.UU., 17 dicembre 2020, n. 28972, in *il Corriere giuridico*, 10/2021, pp. 1211-1217), la quale ha negato che le parti possano convenzionalmente dar vita ad un diritto di uso esclusivo perpetuo di una porzione condominiale.

costituiscono servitù prediali, le quali - come si è detto - instaurano una relazione tra fondi. In altri termini, esse difettano di uno dei connotati caratteristici della servitù: la predialità. Indubbiamente nulla vieta al proprietario di obbligarsi a consentire ad un'altra persona di trarre un beneficio dal proprio fondo; tuttavia, il negozio darà luogo ad un'obbligazione con effetti limitati al concedente e i suoi aventi causa, e non ad un diritto reale⁷⁰⁴. Le servitù irregolari, difatti, sono frutto di rapporto obbligatori atipici, con esclusione di ogni connotato di realtà. Per questo, esse non rientrano nel novero dei diritti reali.

Si sono registrati essenzialmente due orientamenti giurisprudenziali in materia di servitù irregolari: 1) secondo un primo indirizzo le convenzioni costitutive delle servitù irregolari sono disconosciute dal nostro codice, poiché esse sono dirette a perseguire un interesse non meritevole di tutela, concretizzandosi infatti in un beneficio di natura personale e non in un'utilità oggettiva del fondo dominante⁷⁰⁵; 2) un secondo orientamento sostiene, invece, che i privati possano discostarsi dalla tipicità dei diritti reali su cosa altrui mediante la costituzione di rapporti obbligatori, in virtù del principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c.⁷⁰⁶.

Nel 2021 la Suprema Corte⁷⁰⁷, pronunciatisi in tema di ammissibilità delle servitù irregolari, ha dato continuità al secondo orientamento giurisprudenziale di cui sopra: le servitù irregolari sono ammissibili purchè siano espressione di un rapporto meramente obbligatorio⁷⁰⁸. Esse, allora, si sostanziano in un accordo in base al quale si costituisce un diritto personale a contenuto obbligatorio e si attribuisce ad un determinato soggetto la facoltà di trarre una certa utilità dal fondo altrui, esclusivamente, però, per il perseguimento di un vantaggio personale, senza che vi sia il conseguimento di un'utilità fondiaria in senso tecnico.

⁷⁰⁴ Così TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Op. cit. p. 322.

⁷⁰⁵ In questo senso: Cass. 2233/1951; Cass. 16342/2002; Cass. 23708/2014; Cass. 5603/2019.

⁷⁰⁶ In questo senso: Cass. 1387/1981; Cass. 2651/2010, Cass. 8363/2011; Cass. 3091/2014.

⁷⁰⁷ Cass. civ., sez. II, 17 settembre 2021, n. 25195 (in *Il Foro italiano*, 12/2021, 1, pp. 3883-3885).

⁷⁰⁸ La Corte di Cassazione (sent. n. 25195/2021) precisa che le servitù irregolari rientrano nei rapporti obbligatori atipici ed è proprio la loro natura obbligatoria ad implicare il loro necessario carattere temporaneo. Questo in ragione del fatto che è estranea al nostro ordinamento un'obbligazione personale di natura perpetua. Una simile convenzione sarebbe affetta da nullità, poiché «"disintegrebbe" in modo temporalmente indefinito il diritto di proprietà dal suo contenuto economico (in tali termini si era pronunciata già la risalente Cass. n. 1056/1950, seguita, successivamente, da Cass. n. 4530/1984 e, più recentemente, da Cass. n. 193/2020), eliminandone la facoltà essenziale di poter godere pienamente del bene che ne costituisce oggetto».

In conclusione, poiché le servitù irregolari non possono essere considerate delle servitù prediali in senso proprio e fuoriescono dall'ambito dei diritti reali (in quanto rientrano nella categoria dei rapporti obbligatori atipici), le eventuali controversie ad esse relative, a mio avviso, non possono essere fatte rientrare nella categoria delle liti "in materia di diritti reali" di cui l'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010. Di conseguenza, esse non sono assoggettabili alla disciplina della mediazione obbligatoria.

Ad una conclusione differente si giunge se si ritiene che la convenzione negoziale costitutiva della servitù irregolare «del tutto inidonea alla costituzione del diritto reale di servitù, (possa essere) inquadrata nell'ambito del diritto d'uso ovvero nello schema dei contratti di locazione o dei diritti affini quali l'affitto o il comodato⁷⁰⁹». Dunque, nell'ipotesi in cui sussista un collegamento concreto tra la convenzione e detti schemi negoziali, si potrebbe ritenere che le controversie relative alle servitù irregolari siano comunque assoggettabili alla disciplina della mediazione obbligatoria, in quanto l'art. 5, comma 1.*bis*, d.lgs. 28/2010 inserisce nell'elenco delle liti per le quali è previsto obbligatoriamente il previo esperimento del tentativo di mediazione anche quelle "in materia di locazione e comodato". Alla luce di questa ricostruzione, pertanto, le controversie inerenti alle servitù irregolari necessiterebbero del previo esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria, nonostante non rientrino all'interno della disciplina delle servitù e, quindi, dei diritti reali.

La seconda questione in materia di servitù nasce a seguito di una recente pronuncia della Cassazione⁷¹⁰, nella quale si è stabilito che la sentenza che accerta l'inesistenza di una servitù non è titolo esecutivo.

Alla base della lite presentata dinanzi alla Corte vi è una sentenza di accertamento negativo di una servitù di passaggio. Nello specifico, i signori Alfa ricorrevano *ex art.* 612 c.p.c. nei confronti dell'Hotel Beta, chiedendo l'esecuzione forzata di una sentenza del Tribunale di Belluno che accertava l'inesistenza della servitù di passaggio vantata dall'albergo per raggiungere un garage. Il giudice dell'esecuzione, a seguito della richiesta dei ricorrenti di ordinare l'installazione di una sbarra inamovibile lungo la rampa di accesso, disponeva con ordinanza l'apposizione di tale sbarra. L'Hotel Beta

⁷⁰⁹ In questi termini SPINA, *Singole mediazioni obbligatorie*, Op.cit., pp. 279-280.

⁷¹⁰ Corte Suprema di Cassazione, sez. VI, ordinanza 26 maggio 2020, n. 9637, consultabile in www.studiolegalecirulli.com.

reagiva proponendo opposizione agli atti esecutivi contro l'ordinanza e il giudice dell'esecuzione disponeva la sospensione della procedura esecutiva, assegnando alle parti un termine per riassumere il giudizio nel merito. I signori Alfa provvedevano a chiedere il rigetto dell'opposizione, ma il Tribunale di Belluno accoglieva l'opposizione e annullava l'ordinanza resa *ex art. 612 c.p.c.*

Il problema ruota intorno al rapporto tra accertamento negativo di un diritto e azione volta a far cessare turbative o molestie del diritto di proprietà. Il Tribunale di Belluno (giudice di primo grado) con la sentenza utilizzata poi dai signori Alfa come titolo esecutivo aveva semplicemente accertato l'insussistenza della servitù di passaggio e tale sentenza, avente contenuto di mero accertamento negativo, non conteneva alcuna condanna suscettibile di esecuzione forzata *ex art. 612 c.p.c.* Il principio di diritto affermato dalla Cassazione è il seguente: «la sentenza che, accogliendo un'azione *negatoria servitutis*, si limita ad accertare l'inesistenza della servitù non è utilizzabile come titolo esecutivo per richiedere al giudice dell'esecuzione *ex art. 612 c.p.c.*, l'individuazione delle misure atte a garantire la protezione da turbative o molestie, ove sul punto non si sia pronunciato, con statuizione di condanna, il giudice del merito ai sensi dell'art. 949 c.c., comma 2. Allo stesso modo, nel caso di accertamento della servitù ai sensi dell'art. 1079 c.c., non è possibile rivolgersi al giudice dell'esecuzione per far cessare eventuali impedimenti o turbative se l'adozione dei provvedimenti occorrenti non sia stata disposta dal giudice del merito». Di fatto, gli attori non avrebbero dovuto adire il giudice dell'esecuzione, poiché sprovvisti di un titolo esecutivo; al contrario, avrebbero dovuto chiedere al giudice del merito, ai sensi dell'art. 949, comma 2, c.p.c., l'ordine di cessazione delle turbative o molestie.

Tale sentenza, a mio avviso, consente di fare alcune considerazioni interessanti sul rapporto tra servitù, mediazione obbligatoria e titolo esecutivo. La controversia tra i signori Alfa e l'Hotel Beta aveva ad oggetto una servitù di passaggio. La servitù - come illustrato - è un diritto reale di godimento su cosa altrui, con la conseguenza che le eventuali liti ad essa inerenti sono assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria. Nel caso di specie (nella causa che ha portato all'emanazione della sentenza di accertamento negativo), dunque, le parti avrebbero dovuto esperire previamente il tentativo obbligatorio di mediazione. Tuttavia, a parere della scrivente, non è questo l'aspetto più significativo della questione: il *focus* non è tanto sul dovere

delle parti di esperire la mediazione obbligatoria, quanto sulla “convenienza” che quantomeno i signori Alfa avrebbero avuto nel procedere in tal modo e nel trovare un accordo conciliativo in tale sede. La convenienza cui faccio riferimento è legata all'efficacia esecutiva dell'accordo di mediazione, di cui l'art. 12, d.lgs. 28/2010. Difatti, per espressa previsione di legge, «ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale⁷¹¹». I signori Alfa, nel caso di specie, hanno ottenuto una sentenza che, accogliendo un'azione *negatoria servitutis*, si limita ad accertare l'inesistenza della servitù e, in quanto tale, non è utilizzabile come titolo esecutivo per richiedere al giudice dell'esecuzione. Se, invece, i Signori Alfa in sede di mediazione fossero riusciti a trovare un accordo con l'Hotel Beta, quell'accordo conciliativo, sottoscritto e opportunamente omologato a norma dell'art. 12 d.lgs. 28/2010⁷¹², sarebbe stato titolo esecutivo. Sebbene, probabilmente, l'accordo eventualmente trovato in sede di mediazione tra le parti non avrebbe soddisfatto a pieno le esigenze dei Signori Alfa, in considerazione del fatto che generalmente l'accordo conciliativo rappresenta l'incontro delle volontà di entrambe le parti, comunque esso sarebbe stato più conveniente rispetto all'aver ottenuto una sentenza inutilizzabile come titolo esecutivo.

Quanto esposto è frutto di una considerazione personale che permette di cogliere, nel caso di specie, l'utilità pratica della mediazione rispetto al procedere per vie giurisdizionali. L'accordo conciliativo, infatti, avrebbe “risolto” la questione, la quale

⁷¹¹ Art. 12, comma 1, d.lgs. 28/2010. La disposizione è confermata anche dal nuovo art. 12 del d.lgs. 28/2010 (in vigore dal 30 giugno 2023, a seguito dell'emanazione del d.lgs. 149/2022), in base al quale «ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite dagli avvocati, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati, anche con le modalità di cui all'articolo 8-bis, costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

⁷¹² Art. 12 d.lgs. 28/2010: «ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. L'accordo di cui al periodo precedente deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, del codice di procedura civile. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico».

invece ora richiederà ai Signori Alfa un ulteriore dispendio di tempo e denaro nell'ipotesi in cui decidano di rivolgersi al giudice di merito.

2.5.2. Il verbale di mediazione omologato quale valido titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale

L'ipoteca è un diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore il potere di espropriare il bene sul quale è costituita l'ipoteca e di essere soddisfatto con preferenza sul ricavato dell'espropriazione (art. 2808, comma 1, c.c.). L'ipoteca può essere iscritta in forza di una norma di legge (c.d. ipoteca legale), di una sentenza (c.d. ipoteca giudiziale) o di un atto di volontà del debitore (c.d. ipoteca volontaria) o di un terzo che la costituisce a garanzia del debito altrui (c.d. terzo datore di ipoteca).

Ai fini della presente trattazione rileva, in particolare, l'ipoteca giudiziale. Di regola, il creditore non ha diritto di chiedere unilateralmente l'iscrizione di un'ipoteca a carico di beni del debitore a garanzia del suo credito. Il legislatore, però, concede tale diritto quando egli abbia ottenuto una sentenza che condanni il debitore a pagargli una somma di denaro, ovvero all'adempimento di altra obbligazione, ovvero al risarcimento di danni da liquidarsi successivamente (art. 2818 c.c.). In questo caso il creditore, dopo aver presentato al responsabile del competente Ufficio dell'Agenzia delle Entrate copia autentica della sentenza, ha diritto di ottenere l'iscrizione dell'ipoteca su un qualsiasi bene immobile appartenente al debitore, senza che sia necessario il consenso di quest'ultimo ed, anzi, anche nel caso in cui questi vi si opponga.

Il creditore ha diritto all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale anche se la condanna del debitore risulti da un provvedimento giudiziale diverso da una sentenza. Nello specifico, costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale anche il verbale omologato di conciliazione intervenuta in esito ad un procedimento di mediazione di una controversia civile o commerciale. Difatti, l'art. 12 del d.lgs. 28/2010 prevede che «ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. L'accordo di cui al periodo precedente deve essere integralmente trascritto nel precetto

ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, del codice di procedura civile. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico».

Dunque, l'accordo di mediazione è titolo esecutivo, tra l'altro, per l'iscrizione di ipoteca giudiziale a condizione: 1) che esso sia stato sottoscritto dalle parti e dai loro avvocati, i quali dovranno attestare e certificare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico; 2) oppure, in alternativa, che stia stato omologato su istanza di parte con decreto del Presidente del Tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico.

L'art. 475 c.p.c. stabilisce che l'apposizione della formula esecutiva munisce di efficacia esecutiva le sentenze, nonché i provvedimenti dell'autorità giudiziaria o dei pubblici ufficiali, «salvo che la legge disponga altrimenti». Ed effettivamente, l'art. 12, d.lgs. 28/2010 riconosce all'accordo conciliativo efficacia esecutiva *ex lege*, senza che sia necessario apporvi la formula esecutiva. Tale formula è, invece, necessaria quando l'accordo conciliativo viene omologato dal Presidente del Tribunale, se i legali delle parti non lo avessero sottoscritto a norma dell'art. 12.

Il d.lgs. 28/2010 (art. 12) prevede, inoltre, l'integrale trascrizione nel precetto dell'accordo conciliativo, in base a quanto disposto dall'art. 480, comma 2, c.p.c. Dunque, l'avvocato della parte interessata trascrive il testo dell'accordo nel precetto e l'ufficio giudiziario ne attesta la conformità all'originale, esibitagli dall'avvocato e allegata in copia.

Il Tribunale di Varese nel 2012 ha confermato che il verbale di accordo, debitamente omologato, costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, senza necessità di ulteriori requisiti. Il giudice veronese ha precisato che, in tal caso, è stato «il Legislatore stesso ad avere effettuato una specifica scelta discrezionale prevedendo che l'ipoteca iscritta con l'accordo di mediazione sia “giudiziale”. Deve, dunque, prendersi atto di una norma speciale integrativa della disciplina di diritto comune che vincola l'interpretazione nel senso di ritenere l'iscrizione, per l'appunto, giudiziale, fermo restando che i dati di iscrizione devono essere riferiti all'accordo e non al decreto⁷¹³».

⁷¹³ Tribunale di Varese, sez. I, decreto 12 luglio 2012, consultabile in ilcaso.it.

Indubbiamente - sottolinea il giudice - «questa interpretazione presenta delle aporie: la base è volontaria ma la garanzia è giudiziale; d'altro canto, trattasi di scelta del legislatore favor mediatonis per evitare che l'accesso all'ipoteca dipenda o meno dalla volontà dei litiganti di prevedere espressamente la garanzia nell'accordo, invece, oggi, assistito ope legis dal favore dell'ipoteca di tipo giudiziale».

Che l'accordo di mediazione costituisca titolo esecutivo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale sembrava, almeno fino al 2017, assolutamente pacifico dato il chiaro dettato normativo dell'art. 12 del d.lgs. 28/2010. Di diverso avviso si è però mostrato il Conservatore dei Registri Immobiliari di Ascoli Piceno, il quale, nel 2017, accettò con riserva un'iscrizione di ipoteca avente come titolo un accordo di mediazione omologato, rilevando che il relativo verbale « pur essendo astrattamente titolo idoneo per l'iscrizione di ipoteca, conteneva unicamente un riconoscimento di debito, senza prevedere l'adempimento di obbligazioni; poiché l'iscrizione resa sulla base del verbale di conciliazione omologato ha natura giudiziale, il relativo titolo deve presentare i requisiti di cui all'art. 2818 c.c. e quindi contenere la condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altre obbligazione, elementi tutti che nel caso di specie mancavano e che quindi giustificavano l'accettazione con riserva della formalità⁷¹⁴». Sul punto, si è pronunciato il Tribunale di Ascoli Piceno nel 2017, censurando in toto la ricostruzione del Conservatore. I giudici marchigiani - dando continuità all'interpretazione avallata dal Tribunale di Varese - hanno sottolineato come sia «quantomeno dubitale⁷¹⁵» che il verbale di conciliazione possa dar luogo ad iscrizione di ipoteca solo nell'ipotesi in cui abbia i requisiti di cui all'art. 2818 c.c.. Questo in considerazione del fatto che l'articolo del cod. civ in esame deve essere integrato «con la previsione di cui all'art. 12 d.lgs. n. 28/2010, la quale prevede un'autonoma ipotesi di ipoteca giudiziale, speciale rispetto alla disciplina comune codicistica⁷¹⁶». In altri termini, l'art. 2818 c.c. viene “superato” da quanto disposto dall'art. 12 del d.lgs. 28/2010, il quale disciplina una fattispecie autonoma rispetto a quella di cui l'art. 2818 c.c. e, soprattutto, speciale rispetto alla comune disciplina civilistica. Un'interpretazione differente, come quella proposta dal

⁷¹⁴ Così si legge nell'ordinanza dell'11 ottobre 2017 del Tribunale di Ascoli Piceno.

⁷¹⁵ Tribunale di Ascoli Piceno, ordinanza dell'11 ottobre 2017 (in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, fasc. 3, pt. 1, pp. 324-330).

⁷¹⁶ *Ibidem*.

Conservatore, «vanificherebbe e depotenzierebbe lo strumento della mediazione, sul quale si sono invece concentrati gli sforzi del legislatore volti alla deflazione del contenzioso ed in ultimo alla degiurisdizionalizzazione⁷¹⁷». Il Tribunale fa, inoltre, una precisazione importante: il contenuto del verbale di accordo stipulato in mediazione non può essere sindacato dal Conservatore, in quanto «su tale contenuto (...) ha signoria esclusiva la volontà negoziale espressa delle parti, all'uopo opportunamente assistite dai rispettivi difensori, mentre l'efficacia che ne consegue è ricollegata *ope legis* alle modalità attraverso le quali l'accordo si è raggiunto. Non residua quindi alcuno spazio per la valutazione della ricevibilità dell'atto ai fini dell'iscrizione di ipoteca, pena la scongiurabile disincentivazione del ricorso agli strumenti non contenziosi di definizione delle liti⁷¹⁸.

In conclusione, è errato richiedere che il verbale di mediazione abbia i requisiti di cui l'art. 2818 c.c., poiché tale norma deve essere integrata con quanto disposto dall'art. 12, d.lgs. 28/2010, il quale è estremamente chiaro nell'individuare il verbale di mediazione omologato come titolo idoneo a giustificare l'iscrizione dell'ipoteca, trattandosi, nello specifico, di un'autonoma ipotesi di ipoteca giudiziale speciale rispetto alla disciplina codicistica.

3. LE PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA TRASCRIZIONE

3.1. La trascrizione dell'accordo raggiunto in mediazione e la necessaria autenticazione del notaio in caso di trascrizione nei pubblici registri immobiliari

Il procedimento di mediazione può concludersi con esito positivo o negativo. Nel primo caso, essendo stato raggiunto un accordo amichevole tra le parti, «il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo» (art. 11, comma 1, d.lgs. 28/2010). Nell'ipotesi in cui un accordo non sia stato raggiunto, il mediatore ne dà atto nel verbale (art. 11, comma 1, come modificato da d.lgs. 149/2022, in vigore dal 30 giugno 2023) e può formulare una proposta di mediazione che verrà comunicata per

⁷¹⁷ *Ibidem*.

⁷¹⁸ *Ibidem*. Sul tema FABIANI, *Iscrizione di ipoteca giudiziale e conciliazione della controversia*, in *Il Foro italiano*, 1/2015, 5, pp. 39-44.

iscritto alle parti, le quali - sempre per iscritto ed entro sette giorni («o nel maggior termine indicato dal mediatore»), come precisa l'art. 11, comma 2, come modificato dal d.lgs. 149/2022) - gli faranno pervenire l'accettazione o il rifiuto della proposta (art. 11, commi 1 e 2, d.lgs. 28/2010)⁷¹⁹. Nell'ipotesi in cui l'accordo amichevole sia stato raggiunto (a norma dell'art. 11, comma 1) ovvero se tutte le parti hanno aderito alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti (e dai loro avvocati, secondo il nuovo art. 11, comma 4) e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere⁷²⁰.

Potrebbe, però, anche accadere che il procedimento conciliativo si concluda con esito negativo. In tal caso, «il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere⁷²¹. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione» (art. 11, comma 4).

Esistono, quindi, due distinti documenti conclusivi della mediazione. Il primo è il verbale, che è atto del mediatore e fa fede dello svolgimento della procedura; esso viene redatto sia in caso di esito positivo che negativo della mediazione e viene «depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso è rilasciata copia alle parti che lo richiedono» (art. 11, comma 5). Il secondo è l'accordo di mediazione, ossia l'accordo di

⁷¹⁹ Nello specifico, l'art. 11 d.lgs. 28/2010 stabilisce, al comma 1, che «quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13». Al comma 2 la norma ha cura di precisare che «la proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento».

⁷²⁰ L'art. 11, comma 4, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022, prevede che il mediatore, oltre a certificare l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere, deve curare, senza indugio, il deposito presso la segreteria dell'organismo. Inoltre, «nel verbale il mediatore dà atto della presenza di coloro che hanno partecipato agli incontri e delle parti che, pur regolarmente invitate, sono rimaste assenti».

⁷²¹ In calce al verbale il mediatore provvede a certificare l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Si tratta di una c.d. "autentica minore o vera di firma", la quale ha la funzione di attestare la riferibilità della sottoscrizione alla parte presente davanti al mediatore. La sottoscrizione del mediatore, inoltre, è necessaria ai fini processuali perché consente di provare l'avvenuto esperimento del tentativo di mediazione e, quindi, il corretto avveramento della condizione di procedibilità di cui l'art. 5, comma 1.bis, d.lgs. 28/2010.

composizione della lite redatto solo in caso di esito positivo della procedura di mediazione.

Proprio sull'accordo di mediazione merita di essere fatta qualche precisazione. L'art. 11, comma 3, stabilisce che «se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato⁷²²».

Quanto all'individuazione del "pubblico ufficiale a ciò autorizzato" deve ritenersi che costui sia certamente il notaio (sebbene non espressamente menzionato, come nel caso dell'art. 2703 c.c.⁷²³), ma anche ogni altro soggetto dotato per legge di tali funzioni pubblicistiche⁷²⁴. Quanto, invece, agli atti soggetti a trascrizione, la norma menziona solo gli "atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile"; tuttavia, deve ritenersi che la medesima disciplina vada estesa a tutti gli atti soggetti a trascrizione (come, ad esempio, gli atti di cui gli artt. artt. 2645, 2645 bis, 2645 ter, 2647, 2648, 2649 c.c.⁷²⁵).

Il legislatore nel prevedere la trascrivibilità del verbale di accordo ha voluto equiparare (quanto a trascrivibilità, appunto) l'accordo conciliativo alla sentenza: difatti, viene contemplata la possibilità di trascrivere il primo così come è trascrivibile la seconda⁷²⁶. In questo modo viene riconosciuta una «importante garanzia al risultato conciliativo (ai

⁷²² Sul punto FABIANO-LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"* di cui al d.lgs. n. 28/2010, in *Riv. not.*, 2010, p. 893 e ss..

⁷²³ Come sottolineato in BRUNELLI, *Commento all'art. 11*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BANDINI-SOLDATI, Milano, 2010, p. 201 e ss.

⁷²⁴ In TISCINI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in www.judicium.it, p. 8, viene affrontato un problema interessante: l'ipotesi in cui il mediatore sia un notaio. In questo caso «ci si può chiedere se l'eventuale autenticazione ad opera del pubblico ufficiale possa essere effettuata dallo stesso mediatore-notaio una volta spogliatosi delle vesti di mediatore (*rectius*, una volta redatto e sottoscritto il verbale) ed assunte quelle di notaio. Seppure la soluzione positiva sarebbe la più celere ed informale (nella prospettiva di una procedura a tali principi ispirata) (cfr. BRUNELLI, *Commento all'art. 11, Op. cit.*, p. 217), essa contrasta con altri principi parimenti importanti nelle dinamiche conciliative. Primo tra tutti il divieto del mediatore "di assumere diritti o obblighi connessi con gli affari trattati" (art. 14 cit.), ma poi anche il più generale dovere di imparzialità che informa di sé l'intera procedura (art. 14 d.lgs. cit., art. 4, comma 2, lett. e) DM 180 cit.). Si tratta peraltro di regole che trovano conferma in più puntuali previsioni di natura negoziale, nei codici etici dei singoli organismi, i quali non esitano a porre divieti stringenti a che il mediatore possa instaurare rapporti professionali di alcun tipo con le parti».

⁷²⁵ Secondo LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, Milano, 2011, «si devono intendere richiamati, insieme all'art. 2643 c.c., non solo gli artt. 2645, 2648, 2655 c.c., ma anche gli artt. 2684 e ss. c.c. in materia di beni mobili registrati, nonché, ad es., l'art. 2470 c.c. in materia di trasferimento delle quote di s.r.l., e così via».

⁷²⁶ Cfr. RINALDI, *Disciplina sostanziale degli atti della mediazione e rapporto col processo civile*, in *La nuova mediazione, Op.cit.*, p. 562.

fini della sua opponibilità ai terzi), avvicinandolo non poco alle corrispondenti garanzie della sentenza⁷²⁷». Va precisato che, naturalmente, gli effetti della sentenza e dell'accordo conciliativo (*rectius*, verbale di accordo) non sono esattamente corrispondenti: difatti, solo alla prima - come verrà illustrato a breve - viene riconosciuto l'effetto prenotativo dato dalla trascrizione della domanda giudiziale, mentre «una analoga regola non trova diritto di cittadinanza nella mediazione⁷²⁸».

L'accordo conciliativo è trascrivibile, se con esso sia stato concluso uno degli atti di cui all'art. 2643 c.c., previa, però, autentica della sottoscrizione del processo verbale ad opera di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'accordo di mediazione, dunque, non è di per sé titolo idoneo alla pubblicità legale ed, in particolare, alla trascrizione nei Registri Immobiliari, essendo «un negozio giuridico privato e, quanto alla forma, una semplice scrittura privata non autenticata⁷²⁹». Per tale ragione, l'art. 11, comma 3, d.lgs. 28/2010 richiede ai fini della trascrizione l'intervento notarile. L'art. 11, comma 3, in realtà, altro non è che una specificazione del principio codicistico sancito dall'art. 2657, comma 1, c.c.: «la trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente». Delle considerazioni di carattere generale sulla natura del “contratto di mediazione” sono state formulate dal Tribunale di Roma nel 2015⁷³⁰. Il giudice capitolino ha effettuato delle valutazioni in riferimento ad un reclamo proposto da un notaio contro la decisione del Conservatore del Registro Immobiliare di trascrivere con riserva *ex art. 2674.bis* c.c. un atto di divisione immobiliare stipulato tra le parti in sede di mediazione e autenticato da un pubblico ufficiale. Il Conservatore riteneva di dover trascrivere con riserva in quanto l'accordo amichevole non poteva essere ricompreso tra gli accordi suscettibili di trascrizione ed, in particolare, non poteva essere ricondotto alla categoria degli atti di cui l'art. 2643 c.c., in quanto non qualificabile come transazione. Il ricorrente faceva valere l'illegittimità della riserva in questione e la scorrettezza del ragionamento del Conservatore, richiamando proprio l'art. 11, comma 3, d.lgs. 28/2010. Tale previsione normativa, infatti, ammette proprio la trascrivibilità di tutti gli accordi

⁷²⁷ Così TISCINI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, *Op.cit.*, p. 8.

⁷²⁸ *Ibidem*.

⁷²⁹ Cfr. Notaio FORTI, *L'accordo di mediazione*, consultabile in biblioteca.fondazione-notariato.it.

⁷³⁰ Tribunale di Roma, decr. 17 novembre 2015, n. 7948, in *Vita not.*, 1, 2016, pp. 135-138.

amichevoli riconducibili agli atti dell'art. 2643 c.c., a condizione che il verbale sia autenticato da un pubblico ufficiale. Il giudice romano si è pronunciato - accogliendo il reclamo proposto dal ricorrente - riconoscendo la trascrivibilità di tutti gli accordi amichevoli aventi ad oggetto atti o negozi giuridici suscettibili di trascrizione a norma del cod. civ. o di leggi speciali. Difatti, in virtù del principio di specialità, la disciplina della trascrizione dell'accordo stipulato tra le parti in mediazione deve essere ricercata non nelle disposizioni in materia di trascrivibilità degli atti poste dal cod. civ., bensì nelle disposizioni di cui il d.lgs. 28/2010. Per di più - a detta del giudice - l'elenco di cui l'art. 2643 c.c. non deve essere inteso come esaustivo, dovendo essere ricompresi, ad esempio, anche i contratti di divisione di beni immobili caduti in comunione (art. 1646 c.c.), peraltro inclusi tra le materia per le quali è prevista la mediazione obbligatoria. Il Tribunale capitolino ha precisato, in conclusione, che «l'accordo di mediazione non è un tipo contrattuale a sé stante, ma solo l'involucro esterno, l'occasione in cui viene concluso il contratto il quale conserva perciò la tipologia che gli è propria e non si trasforma, solo perché stipulato in sede di mediazione, in qualcos'altro, con la sola particolarità che, ai fini della sua trascrizione, è espressamente richiesta l'autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un notaio, ai fini della verifica delle conformità del contenuto dell'atto alle prescrizioni di legge⁷³¹».

A norma dell'art. 11, comma 3, d.lgs. 28/2010, dunque, è trascrivibile - nei casi e al ricorrere dei requisiti richiesti dalla legge - l'accordo conciliativo (*rectius*, il verbale di accordo). Pertanto, quanto a trascrivibilità - come detto poc'anzi - il legislatore ha equiparato la sentenza all'accordo conciliativo; lo stesso non può dirsi per la domanda di mediazione, la quale non è soggetta a trascrizione. Da un punto di vista teorico nulla avrebbe impedito al legislatore di prevedere la trascrivibilità della domanda di mediazione (come ha fatto, per altro, per la domanda di arbitrato); tuttavia, da una tale previsione sarebbero scaturiti alcuni problemi. In *primis*, «la trascrizione avrebbe imposto un più elevato rigore tecnico nella predisposizione della domanda, il che sarebbe stato *ictu oculi* poco coerente con un procedimento contraddistinto dall'informalità e dall'assenza dell'onere di patrocinio⁷³²»; in *secundis*, «non può non

⁷³¹ *Ibidem*.

⁷³² Così IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in www.judicium.it, p. 10.

tenersi conto che la trascrizione della domanda, mettendo sostanzialmente fuori mercato il bene, produce per la parte contro cui è diretta un grave pregiudizio⁷³³». Va considerato, infine, che «la trascrizione di una domanda di mediazione avrebbe comunque una portata molto limitata, in quanto evidentemente essa potrebbe “prenotare” solo la trascrizione di un accordo il cui contenuto corrisponda alla domanda stessa: ogni ulteriore pattuizione che diverga dalla domanda evidentemente non potrebbe acquisire efficacia verso i terzi a far data dalla trascrizione della domanda». Per queste ragioni molto probabilmente il legislatore ha deciso di escludere la trascrivibilità della domanda di mediazione e di prevederla, invece, con riferimento all'accordo conciliativo (*rectius*, verbale di accordo)⁷³⁴.

Va osservato, in conclusione, come le recenti novità introdotte dal d.lgs. 149/2022 in materia di accordo e verbale di mediazione sembrino creare dei problemi. Una prima “contraddizione” è rinvenibile nel nuovo art. 11, d.lgs. 28/2010: infatti, mentre al comma 1 si legge che l'accordo di conciliazione va allegato al verbale, nei successivi commi 5 e 6 sembra darsi per presupposto che l'accordo sia contenuto nel verbale stesso⁷³⁵.

Inoltre, ai sensi dell'inserito art. 8-*bis*, comma 3, d.lgs. 28/2010, quando la mediazione è telematica, il verbale e l'accordo costituiscono un unico documento nativo digitale.

Ecco, allora, che non è chiaro se con la riforma il legislatore abbia voluto imporre o meno l'obbligo di formare un solo documento (contenente il verbale e l'accordo conciliativo), né se tale prescrizione valga, eventualmente, per tutte le tipologie di mediazione o solo per quella a distanza. Se effettivamente tale onere fosse imposto, non se ne comprenderebbe la giustificazione a fondamento e sfuggirebbe anche la ragione dell'eventuale differenziazione tra mediazione in presenza e mediazione telematica.

Si deve comunque tener conto che l'art. 12, comma 1, d.lgs. 28/2010, come novellato, sembra riconoscere all'accordo di conciliazione natura di atto a sé stante, che con la

⁷³³ *Ibidem*. L'autore sottolinea come tale pregiudizio sia ancora più evidente nel processo civili in considerazione del fatto che la cancellazione della trascrizione delle domande si esegue quando è debitamente consentita dalle parti interessate ovvero è ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato (art. 2668 c.c.).

⁷³⁴ Sul punto v. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in G.C., 2010, p. 489 e ss.

⁷³⁵ Il nuovo art. 11, comma 5, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022, esordisce con l'espressione «Il verbale contenente l'eventuale accordo di conciliazione (...); anche il successivo comma, nella misura in cui stabilisce «del verbale contenente l'eventuale accordo (...))», sembra dare per presupposto che l'accordo di conciliazione sia contenuto nel verbale.

sottoscrizione delle parti e degli avvocati (anche secondo le modalità prescritte per la mediazione telematica) è idoneo a diventare titolo esecutivo. Ciò trova conferma nel successivo comma 1-*bis*, ove si torna a parlare di accordo come «allegato» del verbale. Alla luce di quanto esposto, sembra doversi concludere che, in realtà, non venga imposta dalla legge la creazione di un unico documento contenente verbale e accordo conciliativo, e ciò dovrebbe valere - per ragioni di eguaglianza - anche per la mediazione telematica, sebbene con riferimento a quest'ultima l'art. 8-*bis*, comma 2, d.lgs. 28/2010 parli espressamente di «unico documento informatico, in formato nativo digitale, contenente il verbale e l'eventuale accordo».

3.2. L'opportunità di trascrivere la domanda giudiziale a norma dell'art. 5, comma 3, d.lgs. 28/2010 per ottenere il c.d. effetto prenotativo

Al fine di assicurare che il ricorso alla mediazione non sia di ostacolo al diritto costituzionalmente garantito di accedere alla giustizia, nel rispetto delle prescrizioni della legge delega n. 69/2009, il d.lgs. 28/2010 all'art. 5, comma 3⁷³⁶, prevede espressamente che «lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso (...) la trascrizione della domanda giudiziale». Il fatto che la mediazione non precluda la trascrizione della domanda giudiziale significa - come si legge nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 28/2010 - che l'attore non è in alcun modo ostacolato nel conseguire «gli effetti sul regime di circolazione dei diritti disciplinati negli articoli 2652 ss. del codice civile; si tratta di quegli effetti di anticipazione della tutela che non a caso la dottrina accomuna alla tutela cautelare e urgente tra gli strumenti per realizzare il fondamentale principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione⁷³⁷».

Per la trascrizione di una domanda giudiziale è necessario presentare al conservatore dei Registri Immobiliari copia autentica del documento che la contiene, munito della relazione di notifica alla controparte (art. 2658, comma 2, c.c.). Inoltre, la causa deve

⁷³⁶ La norma di riferimento dal 30 giugno 2023 sarà l'art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010 (come modificato dal d.lgs. 28/2010) il quale - analogamente all'art. 5, comma 3 - prevede che «lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale».

⁷³⁷ Relazione Illustrativa *sub* art. 5, d.lgs. 28/2010.

essere tempestivamente iscritta al ruolo. Con riferimento alla trascrizione delle domande giudiziali si è soliti parlare di “effetto prenotativo”, per indicare quel particolare effetto della trascrizione consistente in una prenotazione degli effetti della sentenza di accoglimento, la quale, anche se intervenuta dopo l’eventuale acquisto di un terzo, prevale su quest’ultimo se la domanda giudiziale è stata trascritta prima dell’acquisto. In altri termini, la trascrizione della domanda giudiziale fa sì che le conseguenze giuridiche derivanti dalla sentenza di accoglimento possano retroagire alla data in cui si è eseguita la trascrizione. Dunque, se un soggetto in causa rivolge al giudice una domanda e provvede a trascriverla, nel momento in cui l’autorità giudiziaria la accoglierà (si tratta di un’eventualità, in quanto potrebbe anche respingerla) il soggetto potrà opporla ad eventuali terzi.

Ai fini della presente trattazione rileva, in particolare, il caso in cui la controversia sottoposta a mediazione rientri tra quelle per le quali è prevista la trascrizione della domanda (gli artt. 2652 e 2653 c.c. individuano le domande giudiziali che necessitano della trascrizione, a prescindere da quale sia la risultanza della sentenza). Al ricorrere di tale ipotesi sarà necessario procedere alla notificazione della citazione (o al deposito del ricorso in caso di rito speciale) e poi alla trascrizione della stessa; parallelamente si dovrà proporre la domanda di mediazione. La causa potrà essere iscritta normalmente a ruolo, potendo trovare applicazione, eventualmente, l’art. 5, comma 1.*bis*, terz’ultimo periodo, se alla data della prima udienza non fossero ancora trascorsi i tre mesi di cui l’art. 6, d.lgs. 28/2010⁷³⁸. In alternativa, «si potrà attendere l’esito della mediazione, e riassumere la causa nel termine di tre mesi decorrenti dal ventesimo giorno antecedente l’udienza fissata con la citazione (art. 307 c.p.c.)⁷³⁹».

Va precisato che se, da un lato, il d.lgs. 28/2010 consente all’attore di conseguire l’effetto prenotativo della domanda giudiziale anche nel caso in cui sia stato avviato il procedimento di mediazione, dall’altro, tale effetto prenotativo opera solo se il giudizio si svolge e si conclude con una sentenza di accoglimento, non operando - nel silenzio della legge - nell’ipotesi in cui la mediazione si concluda con un accordo. Dunque, l’effetto prenotativo è riferibile solo alla sentenza di accoglimento e «non ha alcun rilievo allorché si trascrive l’accordo di conciliazione, che non ha con la domanda

⁷³⁸ Così LUISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 71.

⁷³⁹ *Ibidem*.

giudiziale alcun rapporto strutturale⁷⁴⁰». Nell'ipotesi in cui si giunga alla conciliazione della controversia - come osservato nel capitolo precedente - si "perde" l'effetto prenotativo connesso alla trascrizione della domanda giudiziale⁷⁴¹.

L'accordo conciliativo non potrà, naturalmente, beneficiare degli effetti derivanti dalla trascrizione della domanda giudiziale (e tanto meno potrà produrre lui stesso l'effetto prenotativo⁷⁴²) in considerazione del fatto che i suoi effetti nei confronti dei terzi si produrranno dalla data della sua trascrizione, e non da quella in cui è stata trascritta la domanda giudiziale⁷⁴³.

Si consideri un caso particolare: Tizio propone nei confronti di Caio una domanda di risoluzione di un contratto traslativo di un diritto reale su un bene immobile e procede alla trascrizione della stessa; in pendenza del processo Caio vende il bene a Sempronio; se Tizio e Caio, poi, trovano un accordo in base al quale il bene rientra nella titolarità di Caio (ad esempio, decidono di risolvere il contratto), tale accordo è inefficace nei confronti di Sempronio. In tal caso, è evidente che o anche il terzo (nell'esempio Sempronio) partecipa all'accordo, oppure le parti devono proseguire il processo per ottenere una sentenza, la quale si è opponibile al successore nel diritto controverso. Si tratta di un esempio che permette di comprendere come, in caso di mediazione, se al momento della stipulazione dell'accordo emerge che c'è stata una successione nel diritto controverso e che il contenuto di quell'accordo inciderebbe sul diritto di un terzo, le alternative prospettabili sono due: il successore partecipa all'accordo in questione, oppure sarà necessario proseguire con il processo.⁷⁴⁴

Si potrebbe concludere, allora, «che per la parte che abbia trascritto la domanda giudiziale il procedimento di mediazione non ha alcuna utilità, tanto più qualora nelle more sia intervenuta l'iscrizione o la trascrizione di un atto pregiudizievole. Se ne può agevolmente dedurre che l'art. 5 del d.lgs. è *in parte qua* irragionevole (...) poiché onera

⁷⁴⁰ In questi termini IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in www.judicium.it, p. 10. Nello stesso senso TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it, (2011).

⁷⁴¹ In RINALDI, *Disciplina sostanziale degli atti della mediazione e rapporto col processo civile*, in *La nuova mediazione*, *Op.cit.*, p. 563, si legge che «l'articolo 5, al comma 3, del decreto legislativo, (...) consente la trascrizione della domanda giudiziale, pur in pendenza di procedimento conciliativo, trascrizione che, come dottrina sul tema afferma, è destinata a restare priva di effetti se non seguita (qualora le parti si accordino in sede conciliativa) dalla trascrizione della sentenza.

⁷⁴² *Ibidem*.

⁷⁴³ Cfr. LUIISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op.cit.*, p. 72.

⁷⁴⁴ Cfr. LUIISO, *La mediazione obbligatoria*, *Op.cit.*, pp. 72-73.

la parte a un'attività paragiurisdizionale (onerosa ma) del tutto inutile, in quanto inidonea a far venir meno l'interesse a promuovere e a coltivare il giudizio⁷⁴⁵».

4. LA DOMANDA DI MEDIAZIONE: GLI EFFETTI

4.1. Gli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 6, d.lgs. 28/2010

4.1.1. L'effetto interruttivo della prescrizione collegato alla comunicazione della domanda di mediazione alla controparte e i dubbi sul prodursi dell'effetto sospensivo

Già l'art. 8, comma 1, della Direttiva 2008/52/CE aveva previsto che «gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza»⁷⁴⁶. Ciò considerato, il legislatore italiano con il d.lgs. 28/2010 ha disciplinato gli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza. Nello specifico egli ha equiparato quanto ad effetti, sebbene non *in toto*, domanda di mediazione e domanda giudiziale. La domanda giudiziale, come noto, non ha effetti solo sulla prescrizione e sulla decadenza, poiché alla stessa sono collegati anche una serie di effetti sostanziali e processuali. È necessario chiarire, stante il silenzio della legge, quali siano gli effetti che la domanda di mediazione produce in maniera equivalente alla domanda giudiziale. Il legislatore ha equiparato, come si vedrà, la domanda di mediazione e la domanda giudiziale quanto ad effetti in tema di prescrizione e decadenza; tuttavia, ci si deve chiedere, ad esempio, se anche in caso di domanda di mediazione (come nel caso della domanda giudiziale) operi la regola per cui dal momento della proposizione della domanda si producono gli interessi anatocistici (art. 1283 c.c.), oppure se valga la disposizione di cui l'art. 1148

⁷⁴⁵ In questi termini IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, *Op.cit.*

⁷⁴⁶ Sul punto v. IMPAGNATIELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it, (2011).

c.c. quanto al maturare dei frutti, ovvero - ancora - se si applichi la disciplina della successione nel diritto controverso⁷⁴⁷ (art. 111 c.p.c.). La soluzione da preferire è quella che nega l'applicazione generalizzata della disciplina tipica della domanda giudiziale a quella di mediazione, in considerazione, innanzitutto, della natura dell'attività del mediatore, la quale è molto diversa da quella del giudice e, in secondo luogo, delle caratteristiche del procedimento di mediazione e della domanda di mediazione, molto lontane da quelle del processo e della domanda giudiziale⁷⁴⁸. Pertanto, «non ha senso equiparare la mediazione al processo, quanto al computo degli interessi sugli interessi, o all'attribuzione dei frutti al possessore di buona fede perché la domanda di mediazione non è una domanda giudiziale; né ha senso invocare la successione nel diritto controverso, perché - non essendovi lite pendente - neppure vi è un "diritto controverso"⁷⁴⁹». A parte quanto si dirà a proposito di prescrizione e decadenza (e quanto già illustrato in tema di trascrivibilità) la domanda di mediazione, dunque, non produce alcun altro effetto sostanziale che il legislatore collega alla proposizione della domanda giudiziale (si pensi, anche, alla restituzione dei frutti da parte del donatario ex l'art. 807 c.c. o del successibile che abbia subito l'azione di riduzione a norma dell'art. 561, comma 2, c.c., all'obbligo del convenuto in rivendica di custodire il bene ai sensi dell'art. 948 c.c. ovvero all'effetto preclusivo della domanda di esecuzione del contratto conseguente alla proposizione della domanda di risoluzione ex art. 1453, comma 2, c.c.). L'art. 5, comma 6, primo periodo, d.lgs. 28/2010⁷⁵⁰ si occupa degli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione, disponendo che «dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale». La norma necessita di alcuni chiarimenti.

⁷⁴⁷ Per un approfondimento su tali effetti v. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2010, p. 135 e ss.

⁷⁴⁸ In questo senso TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it, p. 13.

⁷⁴⁹ *Ibidem*.

⁷⁵⁰ Dal 30 giugno 2023 la norma di riferimento sarà l'art. 8, comma 2, d.lgs. 28/2010 (come modificato dal d.lgs. 149/2022), in base al quale «dal momento in cui la comunicazione di cui al comma 1 perviene a conoscenza delle parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale (...)». Il comma 1 dell'art. 8 prevede che «la domanda di mediazione, la designazione del mediatore, la sede e l'orario dell'incontro, le modalità di svolgimento della procedura, la data del primo incontro e ogni altra informazione utile sono comunicate alle parti, a cura dell'organismo, con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione (...)». La norma riprende quanto stabilito dall'attuale art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010: «la domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante».

Innanzitutto, va preliminarmente ricordato che la prescrizione è un istituto giuridico che, nel diritto civile, consiste nell'estinzione di un diritto soggettivo a causa del suo mancato esercizio per un certo periodo di tempo determinato dalla legge. Più correttamente, il diritto non si estingue ma si “indebolisce”⁷⁵¹, nel senso che se il titolare dello stesso agisce in giudizio, il terzo potrà eccepire l'avvenuta prescrizione frustrando l'iniziativa del soggetto che è rimasto inerte per il tempo previsto dalla legge. Requisiti della prescrizione sono, dunque, l'esistenza di un diritto che poteva essere esercitato dal soggetto, il mancato esercizio dello stesso e il trascorrere del tempo stabilito *ex lege*. Il termine di prescrizione può essere soggetto a sospensione o ad interruzione. Gli effetti sono sostanzialmente diversi: la sospensione della prescrizione, determinata da particolari rapporti tra le parti o dalla condizione del titolare del diritto, può essere definita come una sorta di parentesi all'interno del decorso del termine prescrizionale, poiché, cessata la causa di sospensione, la prescrizione ricomincia a decorrere e il tempo trascorso in precedenza si somma con il periodo successivo; in caso di interruzione della prescrizione, che ha luogo nel momento in cui il titolare pone in essere un atto attraverso il quale esercita il diritto oppure quando il medesimo diritto viene riconosciuto dal debitore, il termine prescrizionale (a differenza di quanto accade in caso di sospensione) ricomincia il suo decorso *ex novo* al termine dell'interruzione e il tempo già trascorso non si conteggia ai fini dell'istituto.

Va, poi, precisato che, sebbene la norma relativa agli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione (e sulla decadenza) sia stata collocata all'interno dell'art. 5, d.lgs. 28/2010, il quale regola i casi di mediazione obbligatoria e demandata dal giudice, la disciplina opera non solo in queste tipologie di mediazione ma anche in caso di mediazione facoltativa. Infatti, considerando che gli effetti sulla prescrizione (e sulla decadenza) si producono in modo oggettivo, non vi è ragione per differenziare il trattamento della mediazione obbligatoria o demandata rispetto a quella facoltativa⁷⁵².

⁷⁵¹ In RINALDI, *Disciplina sostanziale degli atti della mediazione e rapporto col processo civile*, in *La nuova mediazione*, *Op. cit.*, p. 560, si legge: «si ritiene prevalentemente che la norma parli impropriamente di estinzione: se la prescrizione determinasse effettivamente l'estinzione del diritto non avrebbe senso la disposizione di cui all'art. 2940 c.c., a tenore della quale non è possibile chiedere la restituzione di quanto pagato in adempimento di un debito prescritto (infatti se il debito fosse estinto il pagamento non sarebbe dovuto e se effettuato dovrebbe essere restituito: pagamento dell'indebito)».

⁷⁵² In questo senso BOGGIO, in AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2010, p. 235.

A norma dell'art. 5, comma 6, d.lgs. 28/2010, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale. A voler essere precisi, l'effetto sulla prescrizione della domanda di mediazione «è corrispondente, ma non sovrapponibile a quello della domanda giudiziale: non potendo sostituire gli effetti sulla prescrizione della domanda giudiziale con quelli che produce la domanda di mediazione, una volta instaurato il processo, sulla prescrizione del diritto si produrranno nuovi effetti a decorrere dalla proposizione della domanda giudiziale⁷⁵³».

Tralasciando per un momento il termine a decorrere dal quale si producono gli effetti sulla prescrizione, è importante sottolineare che se, da un lato, non ci sono dubbi sul fatto che la domanda di mediazione comporti l'interruzione della prescrizione (a norma dell'art. 2943 c.c.), dall'altro lato, non è così chiaro il prodursi dell'effetto sospensivo. Quest'ultimo effetto nel processo civile dura fino al passaggio in giudicato della sentenza definitiva (art. 2945 c.c.) e nell'arbitrato fino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione (art. 2945, comma 4, c.c.). È evidente, dunque, che la sospensione debba essere posta in relazione non con la notificazione della domanda giudiziale o arbitrale, bensì con la pendenza del processo⁷⁵⁴. A ciò si aggiunga che, anche a voler ritenere che la domanda di mediazione sospenda la prescrizione, «manca una disposizione che, alla stessa stregua dei citati 2° e 4° comma dell'art. 2945 c.c., specifichi fino a quale momento la sospensione perdura. Dire che si può applicare in via analogica quanto lo stesso art. 5, 6° comma, prescrive con riguardo alla decadenza non pare sufficiente, poiché il riferimento al deposito del verbale di mancata conciliazione ha una logica in relazione alla decadenza, ma non alla prescrizione. Infatti, posto che all'accordo conciliativo è del tutto estranea la previsione dell'art. 2953 c.c., a norma del quale la sentenza di condanna passata in giudicato sostituisce all'eventuale prescrizione più breve quella decennale, si dovrebbe concludere, in via “doppiamente” analogica, che l'effetto sospensivo dura fino al deposito del verbale di mancata conciliazione o del verbale che recepisce l'accordo conciliativo, a norma dell'art. 11, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010⁷⁵⁵».

⁷⁵³ TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it (2011), p. 12.

⁷⁵⁴ Sul punto BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2010, p. 23 e ss.

⁷⁵⁵ Così IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in www.judicium.it, p. 8.

Quanto al momento a partire dal quale la domanda di mediazione produce i propri effetti sulla prescrizione (e sulla decadenza), esso è rappresentato dalla «comunicazione alle altre parti». La *ratio* della norma è quella di collegare gli effetti dell'istanza di mediazione non alla semplice introduzione dell'istanza stessa presso l'organismo di conciliazione, bensì al suo inoltro alle parti⁷⁵⁶. In caso di mediazione, dunque, il termine di prescrizione si interrompe dal momento della comunicazione della domanda di mediazione alle altre parti, coerentemente con quanto previsto dall'art. 2943 c.c. Ciò permette di qualificare la domanda di mediazione come atto recettizio⁷⁵⁷, ossia un atto che produce i suoi effetti naturali e tipici in quanto portato a conoscenza del destinatario⁷⁵⁸. Va precisato che il momento della “comunicazione alle altre parti” è successivo rispetto al deposito della domanda di mediazione presso l'organismo di mediazione competente, coincidendo esso, infatti, esattamente con l'invio della comunicazione. Tale conclusione è avvalorata, in *primis*, dal dato normativo, in quanto il d.lgs. 28/2010 quando ha voluto fare riferimento ad altri momenti lo ha espressamente dichiarato⁷⁵⁹; in *secundis*, dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ha più volte ribadito che il tempo necessario per il perfezionamento della comunicazione non può andare a danno della parte che vi provvede⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ In questo senso NELA, *Il procedimento*, in *La mediazione civile e commerciale*, *Op. cit.*, p. 272.

⁷⁵⁷ In questo senso BOGNANDI, *L'incidenza della mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza*, articolo pubblicato il 4 settembre 2020 in concordiamediazioni.it.

⁷⁵⁸ Il Consiglio Nazionale Forense (parere del 30 ottobre 2009) ha osservato che in tal modo si fa dipendere la produzione degli effetti dall'attività di un terzo, se ben intendiamo l'organismo di conciliazione che ha il compito di effettuare la comunicazione. In NELA, *Il procedimento*, in *La mediazione civile e commerciale*, *Op. cit.*, p. 272, si osserva come sia necessario tener presente che «per quanto attiene alla prescrizione, (...) l'inconveniente non è altrimenti eludibile, tant'è che l'art. 2943, 1° comma, c.c. ricollega l'effetto interruttivo della prescrizione alla notificazione dell'atto con cui si inizia il giudizio, prescindendo dal deposito di quell'atto presso il giudice adito. E che non sarebbe stato lecito esonerare da decadenza chi si limiti a depositare presso un giudice quel particolare atto introduttivo da cui rischi di decadere, ove detto atto non sia altresì portato a conoscenza della controparte».

⁷⁵⁹ Ad esempio, nell'art. 4, comma 1, d.lgs. 28/2010, come osserva IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, *Op.cit.*

⁷⁶⁰ Corte cost. 23 gennaio 2004, n. 28, in *Foro it.*, 2004, I, c. 646, con nota di CAPONI, *Sul perfezionamento della notificazione nel processo civile (e su qualche disattenzione della Corte costituzionale)*; Corte cost. 26 novembre 2002, n. 477, *ivi*, 2003, I, c. 13, con nota di CAPONI, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*; Corte cost. 27 luglio 2001, n. 322, *ivi*, 2001, I, c. 3021, con nota di CAPONI, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nelle notificazioni postali*.

4.1.2. L'impedimento della decadenza una sola volta e la proposizione della domanda giudiziale entro il termine di decadenza in caso di mancata conciliazione

L'art. 5, comma 6, d.lgs. 28/2010, dopo aver disciplinato gli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione, prosegue disciplinando gli effetti della medesima domanda sulla decadenza⁷⁶¹. Più precisamente, dalla data di comunicazione alle altre parti «la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo» (art. 5, comma 6, secondo periodo, d.lgs. 28/2010).

Mentre a fondamento della prescrizione vi è l'inerzia del titolare, alla base della decadenza vi è la fissazione, da parte del legislatore o in forza di una clausola contrattuale, di un termine perentorio entro il quale il titolare del diritto deve compiere una determinata attività, in difetto della quale l'esercizio del diritto è definitivamente precluso. La decadenza, dunque, produce l'estinzione del diritto in virtù del fatto oggettivo del decorso del tempo; per questo, il titolare del diritto ha l'onere di esercitarlo entro il tempo prescritto dalla legge. Quanto alla disciplina della decadenza, ad essa non si applicano le norme relative all'interruzione e, salvo che sia disposto diversamente, neppure le regole relative alla sospensione (art. 2964 c.c.).

Nel caso della mediazione, il richiamato art. 5, comma 6, d.lgs. 28/2010 dispone che la domanda di mediazione impedisce la decadenza dalla stessa data in cui essa determina l'effetto interruttivo della prescrizione, ossia quella in cui viene comunicata alle altre parti. Si tratta, quindi, di un momento successivo rispetto al deposito della domanda di mediazione presso l'organismo e, nello specifico, coincidente esattamente con l'invio della comunicazione. Il Tribunale di Savona nel 2017, pronunciandosi sull'impugnazione di una delibera condominiale, ha proprio precisato che «il dettato della legge è (...) chiaro nel collegare gli effetti impeditivi della decadenza, alla comunicazione della

⁷⁶¹ Dal 30 giugno 2023 la norma di riferimento sarà l'art. 8, comma 2, d.lgs. 28/2010 (come modificato dal d.lgs. 149/2022), in base al quale «dal momento in cui la comunicazione di cui al comma 1 perviene a conoscenza delle parti, la domanda di mediazione (...) impedisce la decadenza per una sola volta. La parte può a tal fine comunicare all'altra parte la domanda di mediazione già presentata all'organismo di mediazione, fermo l'obbligo dell'organismo di procedere ai sensi del comma 1».

domanda di mediazione alle parti, e non già al mero deposito della domanda di mediazione presso l'organismo prescelto. Ciò tanto è vero che, attese le conseguenze così pregnanti per la parte proponente la procedura di conciliazione, l'art. 5 comma 6 del d.lgs.28/2010, prevede che la domanda di mediazione possa essere comunicata direttamente alla controparte “anche a cura della parte istante”, onde evitare che lo stesso possa essere pregiudicato da tempistiche proprie dell'ente di mediazione⁷⁶²».

Per espressa previsione di legge, poi, la domanda di mediazione impedisce la decadenza «per una sola volta». La *ratio* della norma è quella di impedire la reiterazione delle domande di mediazione⁷⁶³: il rischio, infatti, sarebbe quello della presentazione di più domande di mediazione tutte volte a precludere all'infinito il prodursi della decadenza attraverso il differimento del termine⁷⁶⁴. Tuttavia, «considerato il carattere oneroso del procedimento, simili condotte opportunistiche dovrebbero essere piuttosto improbabili⁷⁶⁵». La regola dell'impedimento della decadenza “una sola volta” presenta un difetto, «dal momento che se la mediazione non prosegue a causa dell'inattività dell'organismo, la decadenza andrebbe a colpire una parte incolpevole. Si potrebbe allora ipotizzare il prodursi di un nuovo impedimento della decadenza, fondato su una sorta di “rimessione in termini” a favore della parte che vi sia incorsa per causa non imputabile⁷⁶⁶».

È necessario tenere presente che la decadenza è impedita «per una sola volta» ma se «il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo» (art. 5, comma 6, secondo periodo, d.lgs. 28/2010). Sul termine di decadenza dopo il fallimento della mediazione sono sorti alcuni dubbi interpretativi. Gli interpreti si sono chiesti quale termine inizi a decorrere dal deposito del verbale negativo di mediazione: il termine originario, che riprende a decorrere da

⁷⁶² Tribunale di Savona, sentenza del 2 marzo 2017, consultabile in www.metakoine.it.

⁷⁶³ Sul punto, v. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 622; TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it, (2011).

⁷⁶⁴ Sul punto LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1257 e ss.; CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 616 e ss.

⁷⁶⁵ Così IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, *Op.cit.*, p. 9.

⁷⁶⁶ Cfr. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it (2011), p. 12. Sul tema anche NELA, *Il procedimento*, in *La mediazione civile e commerciale*, *Op.cit.*, p. 273.

dove si era interrotto alla data in cui la domanda di mediazione era stata comunicata alle parti, oppure si tratta di un termine che inizia a decorrere *ex novo*?

Una parte della giurisprudenza di merito riteneva che il termine decorrente dal deposito del verbale negativo di mediazione fosse il termine originario, dunque che si fosse verificata una sospensione del termine decadenziale con consequenziale, poi, ripresa del suo decorso, tenendo in considerazione il periodo già trascorso prima della comunicazione alle altre parti della domanda di mediazione⁷⁶⁷.

La Suprema Corte di Cassazione, invece, ha dato un'interpretazione diversa alla disposizione in esame, ritenendo che a seguito dell'esperimento della mediazione con esito negativo il termine decadenziale per la proposizione della domanda giudiziale debba farsi decorrere «*ex novo* dal deposito del verbale negativo presso la segreteria dell'organismo di mediazione⁷⁶⁸».

Ogni dubbio interpretativo, però, si risolve analizzando attentamente il dettato normativo: l'art. 5, comma 6, d.lgs. 28/2010, infatti, stabilisce che la comunicazione della domanda di mediazione “impedisce” la decadenza⁷⁶⁹. Dunque, fallita la mediazione, la domanda giudiziale deve essere proposta entro un nuovo termine di decadenza, della stessa durata di quello originario, il quale decorre dal deposito del verbale di cui all'art. 11, d.lgs. 28/2010 presso la segreteria dell'organismo⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ In tal senso il Tribunale di Palermo (sent. n. 4951 del 18 settembre 2015), il quale aveva affermato che una volta proposta la domanda di mediazione entro il termine di trenta giorni dalla delibera, nel caso in cui la mediazione avesse avuto esito negativo, l'impugnante una delibera assembleare non avrebbe avuto un nuovo termine di trenta giorni a sua disposizione per proporre la domanda giudiziaria, ma tanti giorni quanti ne erano rimasti dell'originario termine. In questo senso anche il Giudice di pace di Giarre, sentenza del 28 agosto 2018.

⁷⁶⁸ In questo senso sia la Cass. civ., sez. unite, n. 17781 del 22 luglio 2013, sia la Corte di Cassazione, sez. II Civile, ordinanza n. 27251 del 26 ottobre 2018.

⁷⁶⁹ Sul punto, tra i tanti, il Tribunale di Milano (Trib. Milano, sez. XIII, sentenza n. 9599 del 31 dicembre 2021, consultabile in www.101mediatori.it), il quale ha espressamente sottolineato che «la giurisprudenza di legittimità (...) ha, da tempo, chiarito la natura degli effetti che la domanda di mediazione produce, che sono di tipo interruttivo e non sospensivo, in deroga al disposto dell'art. 2964 c. c.». Il Tribunale di Busto Arsizio (Trib. di Busto Arsizio, sez. II, sentenza n. 244 del 18 febbraio 2022, consultabile in www.101mediatori.it) ha confermato che «a seguito della domanda di mediazione, in base al disposto normativo (art. 5, comma 6, del D.lgs. 28/2010) (...) si deve ritenere che si determini un effetto di tipo interruttivo e non sospensivo per cui il termine per impugnare, dopo il deposito del verbale negativo della mediazione, è, di nuovo e per intero, quello di trenta giorni previsto dall'art. 1137 comma 2 c.c. (Tribunale Roma sez. V, 12/03/2019, n.5382; Corte appello Palermo sez. II, 27/06/2017, n.1245; Corte appello Salerno sez. II, 27/07/2020, n.942)».

⁷⁷⁰ In questo senso, tra i tanti: Tribunale di Monza, sentenza n. 65 del 12.01.2016; Tribunale di Milano, sentenza n. 13360/16 del 02.12.2016; Corte di Appello di Palermo, sentenza n. 1245 del 2017; Tribunale Torre Annunziata, sentenza n. 1703 del 03.07.2019.

È evidente che la norma in esame introduca un'ipotesi di interruzione del termine decadenziale⁷⁷¹, la quale costituisce una vera e propria eccezione alla regola sancita dall'art. 2964, comma 1, c.c., il quale stabilisce che al termine previsto a pena di decadenza non si applicano le disposizioni relative all'interruzione della prescrizione. Tuttavia, l'eccezione è «coerente con l'intento del legislatore che (...) equipara la domanda di mediazione (*rectius*: la sua comunicazione) nei suoi effetti su prescrizione e decadenza alla domanda giudiziale. Essa, pertanto, "impedisce" la decadenza proprio perché l'interessato esercita il diritto nel termine che gli è stato assegnato, proprio come accade quando viene intrapresa l'azione giudiziaria⁷⁷²».

In conclusione, per ragioni di completezza, va precisato che l'art. 5, comma 6, secondo periodo, d.lgs. 28/2010, è riferibile solo alle decadenze sostanziali di cui all'art. 2964 c.c., dovendosi escludere dall'applicazione della norma le decadenze processuali, le quali possono essere impedito solo attraverso la proposizione di un atto tipico stabilito *ex lege*⁷⁷³.

4.2. Il coordinamento tra la mediazione obbligatoria, i provvedimenti cautelari conservativi *ante causam* e l'instaurazione del successivo giudizio di merito in considerazione della pronuncia del Tribunale di Brindisi del 2012

L'art. 5, comm 3, d.lgs. 28/2010 prescrive che «lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari (...)»⁷⁷⁴.

Il dettato normativo potrebbe creare fin subito un dubbio relativo, nello specifico, al termine "svolgimento". Con tale formula la norma sembrerebbe disciplinare solamente i casi in cui "nel corso" del procedimento di mediazione sorga l'esigenza di rivolgersi al giudice per ottenere la concessione di provvedimenti cautelari. In realtà, è ormai indubbio⁷⁷⁵ che la tutela cautelare sia assolutamente svincolata da qualsiasi condizione

⁷⁷¹ In tal senso la Cassazione civile, sez. II, ordinanza n. 27251/2018, *Op. cit.* e il Tribunale di Roma, sentenza n. 5382 del 12 marzo 2019, il quale utilizza l'espressione "effetto di tipo interruttivo".

⁷⁷² In questi termini BOGNANDI, *L'incidenza della mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza*, *Op.cit.*

⁷⁷³ Cfr. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, *Op.cit.*, p. 9.

⁷⁷⁴ Tale disposizione è confermata dal nuovo art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.lgs. 149/2022, in vigore dal prossimo 30 giugno 2023.

⁷⁷⁵ Soprattutto alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 190 del 1985, in *Giur. It.*, 1985, p. 1297.

di procedibilità, pena l'illegittimità della disciplina che ciò prevedesse⁷⁷⁶. Pertanto, è indiscussa la possibilità di richiedere la tutela cautelare *ante causam* a prescindere dall'instaurazione del procedimento di mediazione, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia previsto quale condizione di procedibilità.

Ciò premesso, l'art. 5, comma 3, d.lgs. 28/2010 ha generato alcuni problemi di raccordo tra la disciplina della mediazione obbligatoria e le norme sulla concessione dei provvedimenti cautelari *ante causam*. In caso di materia assoggetta alla disciplina della mediazione obbligatoria *ex art. 5, comma 1.bis*, d.lgs. 28/2010, ci si è chiesti quale coordinamento sia possibile operare tra la necessaria instaurazione del giudizio di merito a seguito della concessione di un provvedimento cautelare (pena la sua inefficienza) e il previo esperimento del tentativo di mediazione.

Il problema non si pone con riferimento ai provvedimenti cautelari a strumentalità c.d. attenuata⁷⁷⁷ di cui l'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c., (ossia i provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c., gli altri provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito e i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto⁷⁷⁸), poiché in tal caso, non sussistendo l'onere per la parte che abbia

⁷⁷⁶ Così TREVISAN, *La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi ante causam: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative*, in www.judicium.it, p. 4.

⁷⁷⁷ L'espressione "strumentalità attenuata (o allentata)" viene utilizzata per evidenziare la facoltatività (e, dunque, la mera eventualità) dell'avvio della causa di merito a seguito della concessione di un provvedimento cautelare.

⁷⁷⁸ Molto dibattuta tra gli studiosi del diritto è stata la questione dell'inserimento nell'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c. dei provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*. Fermo restando che tali procedimenti possono avere natura conservativa o mista (v. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Procedimenti sommari e speciali, Procedimenti cautelari*, II, a cura di CHIARLONI-CONSOLO, Torino, 2005, p. 1249 e ss.), la dottrina si è interrogata sulla possibilità di applicare il regime della strumentalità c.d. attenuata a tutti i provvedimenti d'urgenza oppure, tra questi, soltanto a quelli aventi carattere propriamente anticipatorio della decisione di merito. Secondo un primo orientamento, il riferimento operato dall'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c. ai provvedimenti d'urgenza ed agli altri provvedimenti che anticipano gli effetti della decisione di merito dovrebbe portare a concludere che solo le misure d'urgenza aventi contenuto anticipatorio possano restare efficaci nonostante la mancata instaurazione o la successiva estinzione del giudizio di merito (v. BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare "uniforme"*, in BALENA-BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006). Una diversa interpretazione dovrebbe indurre a considerare il riferimento normativo alla distinzione tra provvedimenti cautelari anticipatori e conservativi un mero capriccio del legislatore, privo di qualsivoglia razionalità (così LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Padova, 2007). Altri autori hanno sostenuto, invece, la tesi contraria. In *primis*, si è sottolineato che, considerata la difficoltà in determinate situazioni di distinguere tra provvedimenti anticipatori e conservativi, la predetta soluzione appare opportuna se non altro per esigenze di chiarezza e nella misura in cui è idonea ad evitare il probabile eccesso di cautela delle parti beneficiarie di provvedimenti d'urgenza, spinte, nell'incertezza circa la natura degli stessi, ad instaurare il giudizio di merito nel termine di 60 giorni stabilito dall'art. 669-*octies* c.p.c.. In tal modo, invero, anche la concreta portata deflattiva del contenzioso propria della riforma potrebbe essere almeno in parte compromessa (tra i tanti, OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare*

beneficiario del provvedimento di instaurare il giudizio di merito in un termine perentorio, questa può presentare l'istanza di mediazione obbligatoria e, all'esito della procedura conciliativa, agire (eventualmente) in giudizio, senza subire alcun pregiudizio per la perdurante efficacia della cautela.

Allo stesso modo non sorgono problemi rispetto ai procedimenti di istruzione preventiva di cui gli artt. 692 e ss. c.p.c., i quali, «pur avendo natura cautelare, sono da sempre “sganciati” da un rigido collegamento temporale con il giudizio di merito⁷⁷⁹».

Più problematico, invece, è il caso dei provvedimenti cautelari conservativi *ante causam*, in quanto la loro concessione impone alla parte che lo abbia ottenuto, ai sensi dell'art. 669-*octies* c.p.c., di instaurare il relativo giudizio di merito nel termine perentorio di sessanta giorni, a pena di inefficacia. La questione è più complessa perché il provvedimento cautelare conservativo *ante causam* potrebbe essere relativo ad un diritto compreso fra quelli per i quali la mediazione è obbligatoria; in tal caso, l'obbligatoria attivazione del procedimento di mediazione anteriormente all'instaurazione del giudizio potrebbe determinare la decorrenza del termine di sessanta giorni proprio nelle more della procedura conciliativa, con conseguente vanificazione della tutela ottenuta dalla parte istante. Il problema si pone poiché, tra l'altro, alla proposizione della domanda di mediazione il legislatore non ha collegato alcun effetto sospensivo del termine perentorio per l'instaurazione del giudizio di merito previsto dall'art. 669-*octies* c.p.c.

A seguito dell'ordinanza del Tribunale di Brindisi nel 2012⁷⁸⁰ si sono accesi i riflettori sulle criticità relative all'instaurazione del giudizio di merito successivo alla concessione

uniforme, in www.judicium.it). In *secundis*, anche l'esperienza di altri sistemi giuridici europei, nei quali, a prescindere dalla “natura”, tutti i provvedimenti cautelari possono essere efficaci *ex se* sino all'instaurazione eventuale del giudizio di merito, dimostra che sul piano teorico nulla osta alla percorribilità di una tale soluzione anche per provvedimenti di carattere non anticipatorio (così CAPONI, *-La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l.n. 80 del 2005)*, in *Foro.it*, 2006, p. 71). Infine, anche l'argomentazione tesa ad attribuire concreta consistenza alla distinzione normativa tra provvedimenti cautelari anticipatori e conservativi, è stata contestata da quella parte della dottrina che non ha mancato di sottolineare come anche per i provvedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto sia stato introdotto il regime della strumentalità attenuata, senza aver riguardo al carattere conservativo o anticipatorio degli stessi (cfr. SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006, p. 183 e ss.).

⁷⁷⁹ In questi termini VACCARI, *Questioni controverse in tema di mediazione*, in *Questione Giustizia*, 1/2015, p. 133.

⁷⁸⁰ Tribunale di Brindisi Sez. Dist. Francavilla Fontana, ordinanza 12 gennaio 2012, in *Guida al Diritto - Dossier*, 7/2012, pp. 85-86.

dei provvedimenti conservativi cautelari *ante causam* - che necessitano dell'attivazione della fase di merito nei sessanti giorni successivi alla pronuncia in udienza o alla comunicazione, pena l'inefficienza del provvedimento stesso - in materia di diritti rientranti nell'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria. Con riferimento al caso specifico deciso dal Tribunale di Brindisi, era stato depositato un ricorso per sequestro giudiziario, il quale era stato accolto con ordinanza. Il sequestrante procedeva tempestivamente (nel termine di sessanta giorni) all'instaurazione del giudizio di merito. Tuttavia, nelle more della concessione del provvedimento di sequestro era entrato in vigore il d.lgs. 28/2010 e, conseguentemente, l'esperimento del tentativo di mediazione era divenuto obbligatorio, tra l'altro, in caso di controversie in materia di diritti reali. Il giudice incaricato del procedimento veniva investito di un'eccezione di improcedibilità sollevata da controparte, la quale sottolineava come la domanda, relativa ad una controversia in materia di diritti reali e, conseguentemente, assoggettata alla disciplina della mediazione obbligatoria, non potesse dar luogo ad un regolare processo di merito in quanto proposta senza previo esperimento del tentativo di mediazione. Al di là del modo in cui il Tribunale risolse il caso *de quo*⁷⁸¹, è importante evidenziare che lo stesso giudice di merito ravvisò una distonia tra il termine perentorio previsto per l'instaurazione del giudizio di merito e la durata del procedimento di mediazione. A detta del Tribunale, ad ogni modo, non si può non rilevare che « nella prospettiva della piena operatività della disciplina della mediazione obbligatoria, la parte che abbia richiesto ed ottenuto un sequestro “*ante causam*” (richiesta sempre possibile poiché l'art. 5 comma 3 d.lgs. n. 28/2010 prevede che “lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari”) per una

⁷⁸¹ Come sottolinea TREVISAN, *La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi ante causam: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative*, *Op.cit.*, p. 2, nel caso di specie il giudice risolse «in maniera piuttosto agevole la *quaestio iuris* sottoposta alla sua attenzione, per una mera circostanza concreta, riconducibile al principio del *tempus regit actum*. Infatti, richiamando l'orientamento emerso in relazione ai procedimenti possessori per come regolati anteriormente alla novella del 2005, che in essi ha ravvisato delle ipotesi di procedimento unitario a struttura bifasica, l'istanza giudicante ha ritenuto di estendere tale qualificazione ai procedimenti cautelari conservativi proposti *ante causam* (con necessità di instaurazione della fase di merito, pena l'inefficacia del provvedimento cautelare concesso, artt. 669-*octies* e *novies* c.p.c.) assumendo, quale riferimento temporale per dirimere la questione dell'applicabilità o meno del decreto delegato al procedimento pendente, in una col già richiamato principio del *tempus regit actum*, la data di deposito del ricorso cautelare. Attesane infatti l'antiorità rispetto alla data di entrata in vigore della mediazione obbligatoria (27 gennaio 2011, contro 20 marzo 2011), il Tribunale ha concluso per il rigetto dell'eccezione di improcedibilità, risultando il giudizio al suo esame instaurato prima dell'operativi».

controversia rientrante in una delle materie di cui al comma 1 del suddetto articolo, pur volendo esperire il procedimento di mediazione non potrà esimersi dall'instaurare il giudizio di merito ex art. 669octies c.p.c. (...). Difatti, la domanda di mediazione - a detta del giudice pugliese - non permetterebbe di evitare il rischio della perdita di efficacia del provvedimento cautelare, potendo avere la procedura conciliativa una durata superiore a sessanta giorni. Il giudice prospettò in tale sede altre due soluzioni, rispetto alle quali ravvisò comunque delle criticità: 1) la parte potrebbe procedere con la parallela attivazione del giudizio di merito e della mediazione, considerando, però, che «specie ove la mediazione stessa si dovesse concludere positivamente, la parte avrebbe sopportato invano anche le spese per introdurre il giudizio, poi non più necessario⁷⁸²»; 2) la parte potrebbe instaurare solo il giudizio di merito, con conseguente, però, pronuncia di improcedibilità alla prima udienza, invito a procedere con la mediazione e necessità di sopportare ulteriori costi relativi. Entrambe le soluzioni, insomma, porterebbero ad un «irragionevole aggravio⁷⁸³» del diritto di difesa della parte.

Il tema ha sollevato non pochi dubbi interpretativi ed applicativi, i quali sono sfociati nell'elaborazione di (quantomeno) tre diversi orientamenti dottrinali, che verranno ora brevemente illustrati.

Un primo orientamento ritiene che in tali ipotesi sia possibile applicare, in via analogica, quanto previsto dall'art. 669-octies, comma 4, c.p.c.: dunque, il termine per l'attivazione del giudizio di merito (sessanta giorni) rimane sospeso e ricomincia a decorrere solo quando la domanda sia divenuta procedibile (ossia a seguito del fallimento del tentativo di mediazione o della decorrenza del termine di tre mesi)⁷⁸⁴. Una parte della dottrina ritiene che, a prescindere dall'esperimento del tentativo di mediazione, vi sia la possibilità di instaurare il giudizio di merito decorsi trenta giorni dalla concessione della misura cautelare⁷⁸⁵.

⁷⁸² *Ibidem*.

⁷⁸³ *Ibidem*.

⁷⁸⁴ Questo orientamento (emerso con riferimento all'ipotesi del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra pubblici dipendenti e Pubblica Amministrazione) è stato elaborato da CONSOLO-RECCHIONI, *sub art. 669-octies*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO-LUISSO, 3° ed., vol. III, Ipsoa, 2007, p. 4782 e ss.

⁷⁸⁵ In questo senso MINELLI, *Commento all'art. 5*, in AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BOVE, Cedam, 2011, p. 187.

Un secondo orientamento, pur ritenendo necessaria la previa attivazione della mediazione (come l'orientamento di cui sopra), ritiene che nel termine perentorio di sessanta giorni non debba procedersi all'instaurazione del giudizio, bensì all'attivazione della procedura di mediazione obbligatoria, la quale - per espressa previsione di legge - sospende la decadenza una sola volta. Nel caso in cui la mediazione non dovesse avere buon esito, il termine per l'attivazione del giudizio di merito, sino a quel momento "congelato", ricomincerebbe a decorrere nella sua integralità dalla data di deposito del verbale negativo di mediazione⁷⁸⁶.

Infine, un terzo orientamento dottrinale ritiene che la parte debba attivare entrambe le vie: più correttamente, la parte non potrebbe evitare di instaurare il giudizio di merito, pur vedendolo sospendere nell'attesa della definizione della mediazione, in quanto la disposizione di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. 28/2010 è riferibile solo alle prescrizioni e decadenze sostanziali e non a quelle processuali⁷⁸⁷.

In tale sede è sufficiente dire - non essendo possibile analizzare approfonditamente le criticità del primo e del terzo orientamento⁷⁸⁸ - che la ricostruzione più lineare risulta essere quella elaborata dal secondo orientamento dottrinale⁷⁸⁹: l'attivazione della mediazione deve avvenire nel termine di sessanta giorni di cui l'art. 669-*octies* c.p.c. (termine che decorre dalla concessione del provvedimento cautelare *ante causam*) ed essa sospende le decadenze per una sola volta ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. 28/2010. Nonostante questa sembri essere la ricostruzione migliore, in quanto «il risultato è tutto sommato accettabile, comportando il rispetto della condizione di procedibilità e, solo nel caso di mancato esito positivo della mediazione, l'attivazione della tutela giurisdizionale di merito⁷⁹⁰», è evidente che la stessa implichi un aggravio degli oneri a carico delle parti per accedere alla tutela giurisdizionale, in quanto non vi

⁷⁸⁶ Così TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, 2011, p. 164.

⁷⁸⁷ Di questa idea UOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Zanichelli, 2011, p. 139.

⁷⁸⁸ Per un approfondimento sul punto v. TREVISAN, *La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi ante causam: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative*, *Op.cit.*, p. 9. Un'ulteriore posizione, intermedia, è quella di DE CRISTOFARO, nella nota di commento all'ordinanza della Corte Costituzionale, 16 aprile 1999, n. 122, *Tutela cautelare ante causam, termine perentorio di instaurazione del giudizio di merito e condizioni di procedibilità (sullo sfondo della questione di compatibilità tra tutela cautelare e compromesso per arbitrato rituale)*, in *Giur. It.*, 2000, p. 249.

⁷⁸⁹ Di questa idea TREVISAN, *La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi ante causam: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative*, *Op.cit.*, p. 9.

⁷⁹⁰ *Ibidem*.

è alcuna certezza che la mediazione abbia esito positivo e il giudizio di merito, appunto, deve essere comunque attivato in caso di esito negativo. Nello specifico, prevedere l'attivazione della procedura di mediazione dopo la concessione di un provvedimento cautelare porta ad appesantire gli oneri della parte che di quella tutela necessita, venendo in qualche modo accantonato il principio secondo il quale il processo non deve andare a danno della parte che ha ragione⁷⁹¹.

Infine, è forse difficile pensare che la mediazione possa avere esito positivo nel momento in cui questa sia stata instaurata successivamente alla concessione di provvedimenti cautelari conservativi: è quantomeno discutibile, infatti, «che il soggetto richiedente l'ausilio di un'istanza imparziale e giudiziale per la risoluzione della crisi di cooperazione - data la nota competenza “funzionale” del solo soggetto incaricato di *ius dicere* alla concessione della tutela cautelare - sia disposto a scendere a compromessi con l'altra parte⁷⁹²».

⁷⁹¹ Così CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist. Napoli, 1960, p. 32.

⁷⁹² TREVISAN, *La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi ante causam: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative*, *Op.cit.*, p. 9.

CONCLUSIONI

La stesura del presente elaborato, a seguito di uno studio approfondito dell'istituto della mediazione obbligatoria, consente alla scrivente di elaborare delle riflessioni conclusive e personali sull'istituto nel suo complesso.

Una delle questioni più dibattute in tema di mediazione obbligatoria è quella inerente all'opportunità di prevedere l'obbligatorietà della mediazione nonostante il carattere tendenzialmente volontaristico dei meccanismi ADR. A mio avviso, l'idea che l'obbligatorietà della mediazione si ponga in contrasto con la natura della conciliazione, la quale necessariamente dovrebbe basarsi su un'adesione volontaria e spontanea delle parti per avere buon esito, è errata. Più precisamente, sarebbe errato partire dal presupposto che la mediazione, solo perché obbligatoria, abbia come diretta conseguenza la non propensione della parte obbligata ad addivenire ad un accordo conciliativo: soprattutto in considerazione dei vantaggi, sotto il profilo economico e temporale, connessi al ricorso alla mediazione, di cui la parte è a conoscenza in virtù di un diritto di informazione di cui gode ai sensi degli artt. 4, comma 3, e 8, comma 1, del d.lgs. 28/2010, non vi è ragione di ritenere che la parte a priori, solo perché obbligata, non sia predisposta a trovare con controparte un accordo che sia un punto di incontro dei rispettivi interessi.

Questa ricostruzione sembra essere confermata dai dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia: dal 2020 al 2021, infatti, vi è stato un aumento del numero dei procedimenti in materia di mediazione obbligatoria definiti con un accordo tra le parti. Ciò significa che il tentativo di conciliazione può avere successo anche se posto in essere per adempiere ad un obbligo sancito dalla legge e non solo nell'ipotesi in cui sia scelto volontariamente dalla parte.

Va considerato, inoltre, che, sebbene da un lato il legislatore imponga alle parti di esperire previamente un tentativo di mediazione in ipotesi di controversie relative ad una delle materie di cui l'art. 5 del d.lgs. 28/2010, dall'altro lato: 1) se la parte obbligata a tentare la conciliazione non intendesse addivenire ad un accordo conciliativo, non si vedrebbe assolutamente precluso il suo diritto, garantito dall'art. 24 della Costituzione, di agire in giudizio; difatti, quello che il legislatore impone alla parte è semplicemente di tentare di risolvere bonariamente la lite prima e al di fuori delle aule giudiziarie, fermo restando, però, il diritto di portare la causa dinnanzi al giudice nell'ipotesi in cui non si

addivenga ad un accordo conciliativo; 2) la giurisprudenza, ad oggi, “tutela” anche quella parte che non intenda “mettersi in gioco” in sede di mediazione, in altri termini, quella parte che non solo non voglia addivenire ad un accordo ma che proprio non intenda porre in essere un'effettiva attività di mediazione. Difatti, la Suprema Corte di Cassazione nel 2022 (ordinanza n. 13029 del 26 aprile 2022) ha confermato che, sebbene nel procedimento di mediazione sia necessaria la comparizione personale delle parti: a) quest'ultime hanno il diritto di farsi sostituire nel procedimento da un loro rappresentante sostanziale, eventualmente anche dal loro avvocato, munito di procura speciale; b) la condizione di procedibilità si ritiene realizzata anche se al primo incontro di mediazione, davanti al mediatore, una o entrambe le parti, dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, dichiarino la loro indisponibilità a procedere oltre.

Pertanto, in considerazione di tali aspetti - e alla luce dei benefici di cui la parte sa di poter godere in ipotesi di ricorso alla mediazione - in nessun caso, a mio avviso, si può ritenere che la disciplina della mediazione obbligatoria incida a tal punto sulla libertà delle parti da potersi concludere che certamente esse, in quanto obbligate, non siano predisposte a concludere positivamente il procedimento conciliativo. Anzi, la normativa in esame, a parere della scrivente, offre un'opportunità alle parti: è proprio in sede di mediazione (sebbene obbligatoria) che le stesse hanno la possibilità di confrontarsi per chiarire velocemente il problema insorto (art. 6, d.lgs. 28/2010), di ottenere un accordo condiviso che acquisirà forza di titolo esecutivo (art. 12, d.lgs. 28/2010), di usufruire dei benefici fiscali connessi al raggiungimento di un accordo in mediazione (artt. 17 e 20, d.lgs. 28/2010) e, contestualmente, non rischieranno di iniziare una causa dalla durata e dagli esiti incerti, di dover sostenere spese giudiziali ingenti e, soprattutto, di non vedere soddisfatte le proprie ragioni.

Ai benefici di cui possono godere le parti in caso di ricorso allo strumento di risoluzione extragiudiziale delle controversie in esame, vanno sommati quelli connessi all'ordinamento giuridico nel suo insieme: la previsione dell'obbligo di esperire previamente la mediazione nel caso in cui insorga una controversia relativa ad una delle materie stabilite dall'art. 5 del d.lgs. 28/2010 deve essere vista come un doveroso tentativo del legislatore di far fronte ad un problema che da anni attanaglia il sistema giuridico italiano, ossia l'eccessivo carico di lavoro pendente dinanzi alle corti. Al

riguardo, i dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia evidenziano proprio l'utilità della mediazione obbligatoria nel perseguire tale obiettivo: difatti, nel 2021 le iscrizioni di mediazioni sono state 166.511, maggiori rispetto a quelle registrate sia nel 2019 che nel 2020, con l'importante precisazione che tale dato numerico comprende sì anche i procedimenti non esplicitamente riportati all'art. 5, comma 1.*bis*, del d.lgs. 28/2010 e quelli a carattere volontario (le c.d. "controversie di altra natura"), ma questi sono nettamente in minoranza rispetto ai procedimenti di mediazione iscritti in quanto relativi ad una materia per quale è previsto l'obbligo di esperire il tentativo di mediazione. I dati permettono di concludere per la bontà dei criteri guida adottati dal legislatore del 2010 per scegliere le materie da assoggettare alla disciplina della mediazione obbligatoria: il fatto che le iscrizioni in materia di mediazione obbligatoria stiano progressivamente aumentando significa che le materie per le quali il legislatore ha previsto il previo esperimento del tentativo di mediazione si caratterizzano per un elevato tasso di conflittualità. Se effettivamente per tali materie, le quali sono altamente fonte di conflitto, non fosse previsto quantomeno l'obbligo di tentare di trovare un accordo conciliativo, le cause ad esse relative giungerebbe direttamente, senza nessun filtro, dinnanzi ai tribunali, con conseguente appesantimento e rallentamento del lavoro giudiziario. Non solo: le rilevazioni statistiche - come visto - hanno segnalato anche un aumento del numero dei procedimenti in materia di mediazione obbligatoria definiti con un accordo tra le parti: in tali casi, dunque, la controversia, definitivamente composta in mediazione, non è proseguita nelle aule giudiziarie. Concretamente, dunque, la mediazione obbligatoria sta permettendo di deflazionare il carico giudiziario.

L'obbligo di procedere previamente mediante mediazione ha un ulteriore beneficio talvolta sottovalutato: permette alle parti di comprendere i vantaggi dell'istituto (tempi ridotti, costi contenuti e prevedibili, possibilità di stabilire il contenuto dell'accordo, attenzione ai rispettivi interessi ed esigenze, garanzie di riservatezza e segreto professionale) ed, eventualmente, di sceglierlo volontariamente anche lì dove esso non sia obbligatorio. Ecco, quindi, che viene perseguito, per di più, il secondo obiettivo cui il legislatore del 2010 mirava mediante l'introduzione dell'istituto della mediazione obbligatoria: la diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie. I dati statistici evidenziano, inoltre, come le controversie in materia di diritti reali siano quelle con riferimento alle quali si registri un maggior numero di iscrizioni di

mediazione e una maggiore percentuale di accordi conciliativi. Durante lo svolgimento dello *stage* formativo previsto dal corso di laurea, ho avuto l'opportunità di partecipare personalmente ad alcuni incontri di mediazione relativi ad una lite insorta proprio in materia di diritti reali e, contemporaneamente, riguardante delle questioni in materia di divisioni e successioni. Tali incontri sono stati l'occasione pratica per comprendere concretamente l'utilità dello strumento conciliativo, soprattutto nei casi in cui - come avviene nelle controversie in materia di diritti reali, successioni e divisioni - il rapporto tra le parti sia destinato a durare nel tempo, anche oltre la definizione della lite, e talvolta sia caratterizzato da legami di tipo familiare o affettivo. Gli incontri di mediazione hanno fatto emergere un aspetto significativo della procedura conciliativa: il ruolo fondamentale del mediatore e degli avvocati nel far comprendere alle parti che la risoluzione della lite in sede di mediazione sia assolutamente più conveniente, in termini di tempo e denaro, rispetto al proseguire la causa dinanzi al giudice. Ciò che è emerso in tali incontri è come siano proprio le questioni legate ai vantaggi economici della mediazione, nonché quelle inerenti alle più ridotte tempistiche della stessa rispetto al processo, a risultare decisive nella scelta finale delle parti di addivenire ad un accordo conciliativo e di non proseguire dinnanzi al giudice. A mio avviso, inoltre, i benefici della mediazione, nel caso di specie, hanno riguardato non solo l'aspetto economico e temporale, ma anche quello personale e familiare: l'opportunità di comporre la lite in sede di mediazione ha permesso di non inasprire ulteriormente il rapporto familiare già molto delicato e instabile tra le parti.

In conclusione, la notevole attenzione recentemente data alla mediazione sia a livello nazionale (mediante la Riforma Cartabia e il d.lgs. 149/2022) che internazionale (attraverso l'“*UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation*” del 2018, la Convenzione di Singapore del 2020 e le recentissime “*UNCITRAL Mediation Rules*”) è, secondo la scrivente, la conseguenza di una sempre maggiore importanza che il legislatore intende dare ad ideali di comprensione e dialogo.

Confliggerebbe con la generale tendenza in ambito europeo e mondiale l'assumere posizioni pregiudizievolemente sfavorevoli all'istituto, che pure senz'altro dovrà conoscere ulteriori e più appropriati correttivi. È necessario incentivare l'utilizzo di percorsi alternativi alla tradizionale giurisdizione, tra cui la mediazione, poiché essi

conducono alla composizione della lite in considerazione delle reali esigenze delle parti, rapidamente e con un minor dispendio economico, apportando così - come si legge nella Relazione Illustrativa dello Schema di decreto legislativo recante attuazione della Legge 206/2021 - un «vantaggio diretto e immediato ai consociati e l'ulteriore indiretto apprezzabile effetto di alleggerimento del ricorso alla giustizia ordinaria».

BIBLIOGRAFIA

ARBINI, *La normativa Argentina in tema di mediazione familiare: una riflessione alla luce dell'esperienza*, in *Le Ragioni Degli Altri. Mediazione E Famiglia Tra Conflitto E Dialogo: Una Prospettiva Comparatistica E Interdisciplinare*, a cura di URSO, Firenze, 2013.

AVESANI-LUPANO, *Il rapporto con il processo*, in *La mediazione civile commerciale*, a cura di BESSO, Torino, 2010.

BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2010.

BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare "uniforme"*, in BALENA-BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006.

BENTHAM, *De l'organisation judiciaire et de la législation*, in *Oeuvres*, III, Bruxelles, 1830.

BESSO, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie*, in *La mediazione civile commerciale*, a cura di BESSO, Torino, 2010.

BIANCO-GIACOMELLI-GIORGIANTONIO-PALUMBO-SZEGO, *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?*, in *Rivista di politica economica*, settembre-ottobre, 2007.

BOGGIO, in AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2010.

BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2010.

BOVE, *Luci ed ombre nella legge-quadro sulla mediazione (d.lgs. n. 28 del 2010)*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BOVE, Padova, 2011.

BRUNELLI, *Commento all'art. 11, in La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BANDINI-SOLDATI, Milano, 2010.

BUONGRANDE-LEOFRATE, *La giustizia alternativa in Italia tra di ADR e conciliazione*, in *Riv. arb.*, 2/1999.

BURDESE, *Le servitù prediali*, Padova, 2007.

BUSH-FOLGER, *La promessa della mediazione*, Firenze, 2009.

CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010.

CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza la conciliazione*, in *Guida al diritto*, n. 29, 2009.

CAPPELLETTI, *Access tu Justice*, Milano, 1978.

CARDILLO, *Recenti sviluppi della mediazione in Cina*, in *Giustizia consensuale*, 2-2021.

CARNACINI, *Controriforma della riforma processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948.

CARUSO-SPANO', *Le servitù prediali*, Milano, 2013.

CHIARLONI, *Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo)*, in *Giur. it.*, 2000.

CHIARLONI, *Prime riflessioni sulla riforma del pubblico impiego e processo*, in *Corr. giur.*, 1998.

CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, in *AA.VV., Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010.

CHIARLONI, *Quattro progetti per un nuovo giudice onorario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960.

CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009.

CONSOLO-RECCHIONI, *Sub art. 669-octies*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO-LUIISO, III ed., vol. III, Ipsoa, 2007.

CROCITTO, *La mediazione in condominio dopo il decreto del fare (D.L. n. 69/2013 convertito con modificazioni nella legge n. 98/2013)*, in *La nuova procedura civile*, n. 4/2013.

CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008.

CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Zanichelli, 2011.

CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, Roma, 2022.

DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012.

DALLA BONTA', *Una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori*, in *Giustizia consensuale*, I-2021.

DE CRISTOFARO, nella nota di commento all'ordinanza della Corte Costituzionale, 16 aprile 1999, n. 122, *Tutela cautelare ante causam, termine perentorio di instaurazione del giudizio di merito e condizioni di procedibilità (sullo sfondo della questione di compatibilità tra tutela cautelare e compromesso per arbitrato rituale)*, in *Giur. It.*, 2000.

DELLA NOCE, *Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference*, in *17 Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2002.

DIOZZI, *I trabocchetti della mediazione e della negoziazione assistita*, Milano, 2021.

FABIANI, *Iscrizione di ipoteca giudiziale e conciliazione della controversia*, in *Il Foro italiano*, 1/2015.

FABIANO-LEO, *Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. not.*, 2010.

GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano, 2010.

GARULLO, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, I, Napoli, 1876.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007.

GUCCIONE-C.A. RUSSO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010.

LANCELOTI, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.

LUIO, *Commento all'art. 36 d.lgs. 80/98*, in DELL'OLIO-SASSANI, *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000.

LUIO, *Diritto processuale civile*, vol. V, Milano, 2011.

LUIO, *Irretroattività degli effetti riflessi*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, Milano 1989.

LUIO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009.

LUIO, *La mediazione obbligatoria*, in *Diritto processuale civile, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, ed. 7, Milano, 2013.

LUIO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Padova, 2007.

MANDRIOLI-CARRATTA, *I procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, Giappichelli, ed. 25, Torino, 2016.

MANZO, *Il giudice di pace nei quattro progetti all'esame del Parlamento*, in *Doc. giust.* 1989.

MARMOCCHI, *Le servitù prediali fra tradizione e attualità*, Milano, 2011.

MASSA, *La conciliazione nel processo civile riformato*, in *Questione giustizia*, 1991.

MINELLI, *Commento all'art. 5*, in AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BOVE, Cedam, 2011.

MINERVINI, *Le camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 4/2001.

MOCELLA, *Gli strumenti deflattivi del processo del lavoro e il nuovo tentativo di conciliazione ex art. 410 c.p.c.*, in *Dir. lav.*, 2000.

MONTANARI-BARONCINI, *La negoziazione assistita: Art. 2-11*, Zanichelli, Bologna, 2018.

MORANO CINQUE, *I sistemi ADR e la media conciliazione*, in *La nuova mediazione, Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, a cura di FALCOSPINA, Milano, 2014.

MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, volume III, ed. 3, Milano.

MUSOLINO, *L'uso parziale delle servitù prediali: l'imprescindibilità del modus*, in *Riv. not.*, 2014.

NELA, *Il procedimento*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di BESSO, Torino, 2010.

NUZZO, *L'impugnazione delle delibere condominiali tra legge di riforma e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *La Nuova Procedura Civile*, n. 4/2013.

PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

PISANELLI, *I motivi del codice di procedura civile del Regno d'Italia e delle disposizioni transitorie di esso*, in FOSCHINI, Torino-Firenze, 1870.

POGGESCHI, *Primi appunti sui processi dell'equa locazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979.

PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968.

RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, in *Politica del diritto*, 4/1999.

RINALDI, *Disciplina sostanziale degli atti della mediazione e rapporto col processo civile*, in *La nuova mediazione*, a cura di BESSO, Torino, 2010.

RISTORI, *La mediazione delle controversie civili*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di BESSO, Torino, 2010.

RIVA, *Il regolamento attuativo di cui al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180*, in *La mediazione civile, novità normative e contesto operativo*, a cura di ASTORINA-MEZZABOTTA, Milano, 2011.

RONDOT, *Problem solving (Le tecniche di mediazione)*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di BESSO, Torino, 2010.

RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2010.

SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006.

SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008.

SANTAGADA, *La mediazione*, Torino, 2012.

SARACENO, *Procedimento davanti al pretore e al conciliatore*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1942.

SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2010.

SCIALOJA-MANCINI-PISANELLI, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, I, Torino, 1855.

SERGES, *La mediazione civile e la Costituzione, appunti a margine dell'Ordinanza Tar Lazio, Sez. I, n. 3202 del 2011*, in D'AMICO-RANDAZZO, *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011.

SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, in *La nuova mediazione, Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, a cura di FALCO-SPINA, Milano, 2014.

TISCINI, *Brevi note su un dubbio di incostituzionalità del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2000.

TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011.

TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *G.C.*, 2010.

TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, ventitreesima edizione, a cura di ANELLI-GRANELLI, Milano, 2017.

TREU, *Conciliazione e arbitrato in Italia: modelli culturali e riforme legislative*, in LOY, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Padova, 2000.

TRISORIO LIUZZI, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001.

TROCKER, *La direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, a cura di TROCKER-DE LUCA, Firenze, 2011.

VACCARI, *Questioni controverse in tema di mediazione*, in *Questione Giustizia*, 1/2015.

VANZ, *Usucapione e tutela del credito: il difficile connubio tra problemi sostanziali e diritto di difesa*, in *Riv. esec. forzata*, 2010.

VANZETTI, *Diritti reali e “proprietà” industriale e mediazione obbligatoria*, in *Riv. dir. ind.*, parte I, 2018.

VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria, La nuova mediazione, Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal “Decreto del fare”*, a cura di FALCO-SPINA, Milano, 2014.

VERDE, *Unicità e pluralità di riti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984.

VULLO, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Procedimenti sommari e speciali, Procedimenti cautelari*, II, a cura di CHIARLONI-CONSOLO, Torino, 2005.

ZUCKERMAN, *Civil Procedure. Principles of Practice*, Londra, 2006.

SITOGRAFIA

APPIANO, *Brevi note al modello di legge uniforme UNCITRAL sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali*, in www.appiano.info.

ARMONE-PORRECA, *La mediazione tra processo e conflitto*, 2010, in foro.it.

AVV. MARI, *Giurisprudenza recente in materia di mediazione*, in www.101mediatori.it.

BATTISTELLA-TROMMACCO, *Mediazione ed usucapione: il punto sulla trascrizione dell'accordo conciliativo*, 9 luglio 2014, in altalex.com.

BOGNANDI, *L'incidenza della mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza*, 4 settembre 2020, in concordiamediazioni.it.

BREGGIA, *La mediazione dopo C. cost. n. 272/2010*, in treccani.it/enciclopedia/.

CALCAGNO, *ADR nel Nord degli Stati Uniti ed adempimenti degli avvocati neutri e degli accompagnatori alle procedure*, in mediare senzaconfini.org.

CALCAGNO, *ADR obbligatorio in Italia e all'estero*, 2012, in mediare senzaconfini.files.wordpress.com.

CALCAGNO, *La mediazione in Antartide e nella Terra del Fuoco*, in mediare senzaconfini.org.

CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in www.judicium.it.

CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l.n. 80 del 2005)*, 2006, in foro.it.

CARBONE, *Mediazione e democrazia in Cina*, in medialogos.eu.

CARBONE, *Sulla condizione di procedibilità della domanda giudiziale in caso di mediazione ex lege ovvero ex officio iudicis*, 2014, in www.deconflict.eu.

CARPI, *Brevi riflessioni sulla mediazione in Cina*, 2014, in amsacta.unibo.it.

CECHELLA, *Contributo ad una giustizia civile. Una prima lettura della legge delega Cartabia sul processo civile*, Il Mulino, fascicolo 4/2021, in *Rivista web*.

CHAHINE-LOMBARDI-LUTRAN-PEULVE', *L'impatto della Convenzione di Singapore sulla mediazione commerciale internazionale*, 4/2020, in *Giustizia civile.com*.

CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 Legge n. 69/2009*, 2009, in ilcaso.it.

Compulsory ADR, in *Civil Justice Council*, 2021, in Civil-Justice-Council-Compulsory-ADR-report-1.pdf (judiciary.uk).

D'ELIA, *Profili di legittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria "purchessia"*, n. 23/2011, in Federalismi.it.

D'URSO, *Il contributo della mediazione nella deflazione delle sopravvenienze e delle pendenze*, in mondoadr.it.

FORTI, *L'accordo di mediazione*, in biblioteca.fondazione-notariato.it.

GALLETTO, *Orientamenti (e disorientamenti) in tema di procedimento di mediazione usucapione*, in gallettoeassociati.it.

GIOVAGNOLI, *Corso ordinario per la preparazione al concorso in magistratura, I diritti reali, Schemi e sintesi*, in www.jusforyou.it.

GRECUZZO, *Differenza tra diritti di proprietà intellettuale e diritti reali e applicazione del procedimento di mediazione obbligatorio*, 29 aprile 2015, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

IMPAGNATIELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, 2011, in www.judicium.it.

IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in www.judicium.it.

NANNIPIERI, *Profili di legittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale*, in *Consulta online*.

OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in www.judicium.it.

PRADO, *Contro i grovigli giudiziari: perché bisogna evitare la mediazione obbligatoria per la proprietà industriale e intellettuale*, 10 luglio 2021, in www.linkiesta.it.

ROSSI, *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità della domanda giudiziale*, 30 giugno 2021, in altalex.com.

SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/10*, 2011, in foro.it.

SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it.

SHUAI HUANG, *Respond to China's Litigation Explosion: 2021 Amendment to Civil Procedure Law*, in www.chinajusticeobserver.com-to-china-s-litigation-explosion-2021-amendment-to-civil-procedure-law.

SIMONE, *Le procedure ADR nelle Autorità Indipendenti*, Roma, dicembre 2016, in www.osservatorioair.it.

SPINA, *Mediazione obbligatoria*, 2021, in altalex.com.

TANTALO, *La mediazione nelle divisioni ereditarie e nello scioglimento delle comunioni. L'esperienza di un mediatore esperto*, in www.mondoadr.it.

TICOZZI, *Mediazione obbligatoria*, 2 maggio 2022, in www.avvocatoticozzi.it.

TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, 2011, in www.judicium.it.

TISCINI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in www.judicium.it

TREVISAN, *La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi ante causam: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative*, in www.judicium.it.

VACCA', *ADR: recenti prospettive per la mediazione dei conflitti*, 2013, in www.consumatoridirittiemercato.

VITA, *Le modifiche al D.M. 180/2010 apportate dal nuovo decreto del 6 luglio 2011 n. 145, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 197 del 25 agosto 2011*, 2011, in diritto.it.

XIANGYU DING, *SPC Issues Report (2019-21) on One-stop Diversified Dispute Resolution and Litigation Service System*, in it.chinajusticeobserver.com/a/spc-issues-report-2019-21-on-one-stop-diversified-dispute-resolution-and-litigation-service-system.

ZANELLO, *La mancata partecipazione al primo incontro: gli incentivi e le utilità della "presenza" in sé. Procura sì? Procura no? Procura quale*, in www.mondoadr.it.

ZEPPILLI, *Impugnazione delibera condominiale con la mediazione*, in www.mondoadr.it

FONTI NORMATIVE

Circolare 20 dicembre 2011 - Interpretazione misure correttive Decreto interministeriale n. 145/2011.

Circolare 27 novembre 2013 - Entrata in vigore dell'art. 84 del D.L. 69/2013 come convertito dalla L. 98/2013 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, che modifica il D.lgs. 28/2010. Primi chiarimenti.

Circolare 4 aprile 2011 - Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti.

Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180 - Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (G.U. n. 258 del 4 novembre 2010).

Decreto del Ministero della Giustizia 6 luglio 2011, n. 145 - Regolamento recante modifica al Decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del Decreto legislativo n. 28 del 2010 (G.U. n. 197 del 25 agosto 2011).

Decreto del Ministero della Giustizia 4 agosto 2014, n. 139 - Regolamento recante modifica al Decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del Decreto legislativo n. 28 del 2010 (G.U. n. 221 del 23 settembre 2014).

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 marzo 2020 - Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di

contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale (G.U. n. 76 del 22 marzo 2020).

Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18 - Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (G.U. n. 70 del 17 marzo 2020).

Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 ("Decreto del fare") - Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia (G.U. n. 144 del 21 giugno 2013 - Suppl. Ordinario n. 50).

Decreto Legge 24 aprile 2017, n. 50 - Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo (G.U. n. 95 del 24 aprile 2017 - Suppl. Ordinario n. 20).

Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 132 - Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile (G.U. n. 212 del 12 settembre 2014) - convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162 (in S.O. n. 84, relativo alla G.U. del 10 novembre 2014, n. 261).

Decreto Legge 23 febbraio 2020, n. 6 - Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (G.U. n. 45 del 23 febbraio 2020) - convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020, n. 13 (G.U. del 09 marzo 2020, n. 61).

Decreto Legge 30 aprile 2020, n. 28 - Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19 (G.U. n. 111 del 30 aprile 2020) - convertito con modificazioni dalla L. 25 giugno 2020, n. 70 (G.U. n. 162 del 29 giugno 2020).

Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23 - Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali

(G.U. n. 94 del 08 aprile 2020) - convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40 (G.U. n. 143 del 06 giugno 2020).

Decreto Legislativo 1° giugno 2011, n. 93 - Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE (G.U. n. 148 del 28 giugno 2011 - Suppl. Ordinario n. 157).

Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385 - Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (G.U. n. 230 del 30 settembre 1993 - Suppl. Ordinario n. 92).

Decreto Legislativo 1° settembre 2011, n. 150 - Disposizioni complementari al Codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della Legge 18 giugno 2009, n. 69 (G.U. n. 220 del 21 settembre 2011).

Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 - Codice della proprietà industriale, a norma dell'articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273. (G.U. n. 52 del 4 marzo 2005 - Suppl. Ordinario n. 28).

Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 - Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della Legge 3 ottobre 2001, n. 366 (G.U. n. 17 del 22 gennaio 2003 - Suppl. Ordinario n. 8).

Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28 - Attuazione dell'articolo 60 della Legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (G.U. n. 53 del 5 marzo 2010).

Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 - Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della Legge 29 luglio 2003, n. 229 (G.U. n. 235 dell'8 ottobre 2005 - Suppl. Ordinario n. 162).

Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - Codice delle assicurazioni private (G.U. n. 239 del 13 ottobre 2005 - Suppl. Ordinario n. 163).

Decreto Legislativo 6 agosto 2015, n. 130 - Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori) (G.U. n. 191 del 19 agosto 2015).

Decreto Legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 - Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata (G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022 - Suppl. Ordinario n. 38).

Decreto Legislativo 21 maggio 2018, n. 68 - Attuazione della direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa (G.U. n. 138 del 16 giugno 2018).

Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 - Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52. (G.U. n. 71 del 26 marzo 1998 - Suppl. Ordinario n. 52).

Decreto del Ministro delle attività produttive 17 ottobre 2002 - Disciplina delle licenze volontarie per l'esportazione di principi attivi coperti da certificati complementari di protezione. (G.U. n. 253 del 28 ottobre 2002).

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, n. 72 (2009/72/CE) relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE (G.U. dell'Unione europea del 14 agosto 2009).

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, n. 73 (2009/73/CE) relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE (G.U. dell'Unione europea del 14 agosto 2009).

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, n. 52 (2008/52/CE) relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (G.U. dell'Unione europea del 24 maggio 2008).

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, n. 11 (2013/11/UE) sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), (G. U. dell'Unione europea del 18 giugno 2013).

Legge 11 agosto 1973, n. 533 - Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie (G.U. n. 237 del 13 settembre 1973).

Legge 11 dicembre 2012, n. 220 - Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici (G.U. n. 293 del 17 dicembre 2012).

Legge 14 novembre 1995, n. 481 - Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (G.U. n. 270 del 18 novembre 1995 - Suppl. Ordinario n. 136).

Legge 2 marzo 1963, n. 320 - Disciplina delle controversie innanzi alle Sezioni specializzate agrarie (G.U. n. 86 del 30 marzo 1963).

Legge 26 novembre 2021, n. 206 - 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 (G.U. n. 292 del 9 dicembre 2021).

Legge 29 dicembre 1993, n. 580 - Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (G.U. n. 7 dell'11 gennaio 1994 - Suppl. Ordinario n. 6).

Legge 3 maggio 1982, n. 203 - Norme sui contratti agrari (G.U. n. 121 del 5 maggio 1982).

Legge 31 luglio 1997, n. 249 - Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo (G.U. n. 177 del 31 luglio 1997 - Suppl. Ordinario n. 154).

Legge 9 agosto 2013, n. 98 - Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia (G.U. n. 194 del 20 agosto 2013 - Suppl. Ordinario n. 63).

Legge Provinciale 12 dicembre 2011, n. 14 - Norme in materia di caccia, pesca, foreste, ambiente, usi civici, agricoltura, patrimonio ed urbanistica (Suppl. n. 1 del B.U. del 20 dicembre 2011, n. 51).

Legge Provinciale 19 aprile 2018, n. 5 - Modifiche della legge provinciale sui masi chiusi e della legge urbanistica provinciale (Suppl. n. 3 del B.U. del 26 aprile 2018, n. 17).

Legge Provinciale 22 gennaio 2010, n. 2 - Norme in materia di agricoltura, usi civici, utilizzazione delle acque pubbliche, energia, urbanistica e tutela dell'ambiente (Suppl. n. 5 del B.U. del 26 gennaio 2010, n. 4).

Legge Provinciale 23 ottobre 2014, n. 10 - Modifiche di leggi provinciali in materia di urbanistica, tutela del paesaggio, foreste, acque pubbliche, energia, aria, protezione civile e agricoltura (B.U. del 28 ottobre 2014, n. 43).

Legge Provinciale 28 novembre 2001, n. 17 - Legge sui masi chiusi (Suppl. n. 1 del B.U. dell'11 dicembre 2001, n. 51).

Legge 18 giugno 2009, n. 69 - Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile (G.U. n. 140 del 19 giugno 2009 - Suppl. Ordinario n. 95).

Legge 21 giugno 2017, n. 96 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo (G.U. n. 144 del 23 giugno 2017 - Suppl. Ordinario n. 31).

Legge 24 aprile 2020, n. 27 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi (G.U. n. 110 del 29 aprile 2020 - Suppl. Ordinario n. 16).

Legge 27 luglio 1978, n. 392 - Disciplina delle locazioni di immobili urbani (G.U. n. 211 del 29 luglio 1978).

Legge 8 marzo 2017, n. 24 - Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie (G.U. n. 64 del 17 marzo 2017).

Libro Verde della Commissione europea del 19 aprile 2002 (196/2002 COM) relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 (98/257/CE) riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (G.U. L. 115 del 17 aprile 1998).

Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 (2001/310/CE) sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (G.U. L. 109/56 del 19 aprile 2001).

Regio Decreto 26 febbraio 1928, n. 471 - Norme per la decisione delle controversie individuali del lavoro (G.U. n. 69 del 22 marzo 1928).

Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione Europea del 21 maggio 2013, n. 524 relativo alla risoluzione delle controversie online dei Elenco delle fonti normative 153 consumatori, modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori) (G.U. dell'Unione europea del 18 giugno 2013).

Relazione Illustrativa al decreto legislativo n. 28/2010, recante attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Relazione Illustrativa dello Schema di decreto legislativo recante attuazione della Legge 26 novembre 2021, n. 206 (recante delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata).

Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 (2011/2026-INI) sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali.

Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI) sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare.

Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.