

The Cardozo Electronic Law Bulletin

Accesso alla giustizia e riforma dei sistemi
ADR nel processo civile tra esternalizzazione
dei costi e complementarità.

Vecchi problemi e “nuovi valori”

Alessandra Pera - Sara Rigazio

Winthrop’s City Upon a Hill:

A proposito di sviluppo sostenibile e
ruolo delle società

Virginia Zambrano

Uncovering Colonial-Apartheid Legal Geography.
Women’s Right to Land, Housing and Property
before the Constitutional Court of South Africa

Anna Parrilli

Comparing Paradigms: “Aequitas” and “Conscience”
at the Birth of Civil Law and Common Law
Traditions

Davide Gianti

The Cardozo Electronic Law Bulletin

EDITOR IN CHIEF

Pier Giuseppe Monateri
(Università degli Studi di Torino; Sciences Po-Parigi)

MANAGING EDITORS

Cristina Costantini (Università degli Studi di Perugia)
Mauro Balestrieri (Università degli Studi di Torino)

SCIENTIFIC COMMITTEE

Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata)
Duncan Fairgrieve (British Institute of International and
Comparative Law)
Maria Rosaria Ferrarese (Università degli Studi di Cagliari)
Günter Frankenberg (Goethe-Universität)
Tommaso Edoardo Frosini (Università Suor Orsola
Benincasa di Napoli)
Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia)
Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia)
Ugo Mattei (Università degli Studi di Torino)
Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo)
Horatia Muir Watt (Sciences Po-Parigi)
Roberto Pardolesi (LUISS Guido Carli)
Giorgio Resta (Università di Roma Tre)
Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno)

REFEREES

Daniela Carpi (Università degli Studi di Verona)
Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno)
Francesco Di Ciommo (LUISS Guido Carli)
Rocco Favale (Università degli Studi di Camerino)
Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova)
Pablo Moreno Cruz (Universidad Externado de Colombia)
Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo)
Federico Pizzetti (Università degli Studi di Milano)
Alessandra Quarta (Università degli Studi di Torino)
Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno)
Giovanni Sciancalepore (Università degli Studi di Salerno)
Giovanni Varanese (Università degli Studi del Molise)
Arianna Vedaschi (Università Bocconi)
Andrea Zoppini (Università di Roma3)

Sito web: <https://www.ojs.unito.it/index.php/cardozo/index>

e-mail: celbulletin@gmail.com

©1995-2023 ISSN 1128-322X

CONTENTS

Vol. XXIX Issue 1 2023

- 1 ALESSANDRA PERA – SARA RIGAZIO
**ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E RIFORMA DEI
SISTEMI DI ADR NEL PROCESSO CIVILE TRA
ESTERNALIZZAZIONE DEI COSTI E
COMPLEMENTARIETÀ. VECCHI PROBLEMI E
“NUOVI VALORI”**
- 33 VIRGINIA ZAMBRANO
***WINTHROP’S CITY UPON A HILL:*
A proposito di sviluppo sostenibile e ruolo delle
società**
- 70 ANNA PARRILLI
**UNCOVERING COLONIAL-APARTHEID LEGAL
GEOGRAPHY.
Women’s Right to Land, Housing and Property
before the Constitutional Court of South Africa**
- 86 DAVIDE GIANTI
**COMPARING PARADIGMS: “AEQUITAS” AND
“CONSCIENCE” AT THE BIRTH OF CIVIL LAW
AND COMMON LAW TRADITIONS**



ALESSANDRA PERA – SARA RIGAZIO*

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E RIFORMA DEI SISTEMI DI ADR NEL PROCESSO CIVILE TRA ESTERNALIZZAZIONE DEI COSTI E COMPLEMENTARIETÀ. VECCHI PROBLEMI E “NUOVI VALORI”**

Abstract La recente riforma del processo civile contiene, tra l’altro, norme che mirano ad incentivare il ricorso agli ADR *systems*, in un’ottica deflattiva del contenzioso giudiziario e con l’evidente intento di ridurre i costi transattivi della giustizia in termini di spesa pubblica e *time consuming*.

L’articolo propone un’analisi critica di alcune delle scelte operate dal legislatore, in materia di mediazione e negoziazione assistita, in parte, in ossequio a modelli peculiari di altre esperienze giuridiche e non facilmente replicabili nel sistema italiano e, in parte, reiterando soluzioni già proposte con precedenti interventi normativi in materia e non pienamente efficaci, che mostrano una propensione ad esternalizzare i costi della giustizia e a spostare fuori dal processo attività fino ad ora svolte al suo interno.

Le autrici offrono, inoltre, una ricostruzione di alcuni recenti progetti pilota e buone prassi, che rappresentano esperimenti di interazione virtuosa tra ADR e processo e che potrebbero essere considerati modelli in fase di attuazione, anche alla luce di alcuni spunti di riflessione proposti nelle conclusioni.

Keywords: ADR, mediazione, negoziazione assistita, *multidoor courthouse*, accesso alla giustizia.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduzione – 2. La mediazione extraprocessuale obbligatoria. Le materie e le parti – 2.1. Il procedimento, gli incentivi fiscali ed il gratuito patrocinio a spese dello Stato – 3. La mediazione endo-processuale giudiziale o delegata dal giudice – 3.1 Buone prassi, modelli organizzativi e rilevazione statistica – 4. La negoziazione assistita – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L'emergenza pandemica e la grave congiuntura economica, che ne è conseguita, hanno spinto l'Unione europea verso un parziale cambio di passo nel processo di integrazione, attraverso il *Next Generation EU* ed altri strumenti collegati, che si sono tradotti in imponenti investimenti, erogati attraverso i Piani Nazionali, ed ampie riforme sempre a livello di Stati membri.

In particolare, per quanto qui di interesse, una delle più rilevanti riforme orizzontali che l'Italia ha attualmente in cantiere è la riforma della giustizia, secondo le linee guida già individuate dalle raccomandazioni Ue che riguardano questo specifico settore. Tra gli obiettivi prioritari da perseguire, la riduzione della durata dei giudizi civili era già stata indicata sia nel 2019 che nel 2020 nelle «Country Specific Recommendations»¹.

La riforma processuale ha come *rationes* ispiratrici la trasparenza e la prevedibilità della durata dei procedimenti e l'efficienza della macchina amministrativa, da realizzarsi mediante “rimedi giurisdizionali effettivi” per la tutela dei diritti, specie dei soggetti più deboli². Si tratta di valori di rilevanza costituzionale e patrimonio comune alla tradizione giuridica europea³. Tuttavia, occorre osservare con prudenza e spirito critico le interconnessioni funzionali tra efficienza del settore giustizia ed accelerazione dell'economia di un Paese. È certamente indiscutibile che i ritardi della macchina giudiziaria rappresentino un vero e proprio scoglio per gli investimenti e la competitività delle imprese⁴, tuttavia occorre valutare

*Il presente saggio è frutto della comune riflessione delle due autrici. Alessandra Pera ha tuttavia curato la stesura dei paragrafi 3.1 e 4; mentre Sara Rigazio dei paragrafi 2, 2.1. e 3. L'introduzione (par.1) e le conclusioni (par.5) sono state redatte da entrambe.

** La presente pubblicazione è stata realizzata tramite il finanziamento del Ministero dell'Università e della Ricerca nell'ambito del bando PRIN 2020 pubblicato con DD n.1628 del 16-10-2020 e si inquadra all'interno del PRIN 2020 RE.S.T.O.R.E. - *Recovering the State Towards a Reformed Economy* - di cui è *Principal Investigator* il Prof. Aldo Sandulli.

¹ Sul ruolo e sulla funzione geopolitica di tali strumenti, il dibattito è interessantissimo e molto vivace, per tutti si rinvia a M. Bussani, *Noi e gli altri. gli squilibri del diritto globale*, in https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/14-B/14-BUSSANI_squilibri-diritto-globale_DEF.pdf; più di recente, in particolare, sul “Bruxelles effect” sempre M. Bussani, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 2022, 67 ss.; A. Somma, *Come l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma, 2021, 103 ss.

² V. Relazione illustrativa Disegno di legge AS 1662, on line su <https://www.giustiziainsieme.it/easyarticles/images/users/367/Relazione-illustrativa-completa-2021.05.11.pdf>.

³ A. Somma, *Come l'Europa tradì sé stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, op.cit., 27 ss., 133 ss. Con un approccio, se possibile, più globale, si veda R. Camoron Blake, *The World Bank's Drafty Comprehensive Development Framework*, in *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2000, 3, 159 ss.; U. Mattei - L. Nader, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010, 611 ss.

⁴ Sui collegamenti tra la riforma della giustizia ed i rapporti “doing business”, si veda R. Caponi, *Doing Business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, cc. 10 ss. Più in generale, per una critica alle politiche ordoliberali e culturalmente orientate di tali strumenti, si veda T. Krever, *The legal turn in late development theory. The rule of law and the world bank's development model*, in *Harvard International Law Journal*, n.52/2017, 311 ss. Per una critica allo stesso approccio, ma di matrice europea, si veda A. Somma, *Il consenso di Bruxelles. Il Recovery plan sulle orme della Troika*, in *Micromega*, 3 maggio 2021, on line su <https://www.micromega.net/il-recovery-plan-sulle-orme-della-troika/>. Sul sistema delle condizionalità, si

attentamente le scelte di *policy* e gli investimenti in termini di risorse finanziarie e di capitale umano che sono possibili⁵.

Se tra gli obiettivi per i progetti e le riforme, ci si propone di diminuire la tempistica della giustizia del 40 per cento, questo non può che tradursi in interventi su molteplici settori, quali l'organizzazione dei singoli uffici, le risorse umane, le infrastrutture, l'edilizia e la digitalizzazione.

Sul piano del reclutamento del personale, grazie alla massiccia opera avviata dal Ministero con l'emanazione di bandi, dovrebbero trovare risposta i bisogni ed essere colmati i vuoti di organico dei giudici, dei cancellieri e, in generale, del personale tecnico-amministrativo.

In particolare, le scelte sulla riforma della giustizia civile, alla luce degli impegni assunti dal Governo con le istituzioni comunitarie, anche attraverso il PNRR, muovono in tre direzioni: il potenziamento dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolution - ADR*); i provvedimenti sul processo civile; i provvedimenti sul processo esecutivo.

Con la legge 26 novembre 2021 n. 206⁶, il Governo è stato delegato ad emanare, entro un anno dall'entrata in vigore della legge delega⁷, uno o più decreti legislativi per la riforma del processo civile verso un modello più celere ed efficiente; ed ancora, entro due anni, ad adottare ulteriori disposizioni integrative e correttive dei primi decreti. Il tutto nel rispetto dei principi generali individuati nella delega⁸.

In particolare, per quanto qui di interesse, il decreto legislativo n. 149 del 10 ottobre 2022 contiene le norme di attuazione che mirano ad incentivare il ricorso alla mediazione, alla negoziazione assistita ed all'arbitrato, in un'ottica deflattiva del contenzioso giudiziario e con l'evidente intento di ridurre i costi transattivi⁹ della giustizia, in termini di spesa pubblica e *time consuming*. Sempre in quest'ottica, ulteriori norme di coordinamento tra la "riforma Cartabia 2022" ed il decreto legislativo n. 28 del 2010, sulla mediazione in materia civile e commerciale, sono

consentito il rinvio a A. Pera, *Comparing the Marshall plan and the European Next Generation Ue. Models and Legal Tools of International and Supernational Cooperation to Promote Economic Development*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, n.28/2022, *passim* ed all'ampia bibliografia *ivi* citata.

⁵ R. Gurrieri – A. Rosa – M. Lorizio, *Giustizia civile, sviluppo economico e competitività del sistema paese. La situazione della giustizia in Italia: analisi e prospettive*, Milano, 2014, 97-117;

⁶ 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 2012.

⁷ *Id est* 24 dicembre 2021.

⁸ Cfr., in particolare, l'art. 1, commi 1-2 e 3, Legge delega 206/21.

⁹ Sul concetto di costo transattivo in analisi economica del diritto, si vedano G. Amato – A. Nicita, *Ronald H. Coase (1910-2013)*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n.2/2013, 1-8; F. Caroccia – R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto: «the Italian job»*, in *Il Foro italiano*, 2014, 193-194; G. Bellantuono, *Costi morali e diritto comparato (Moral Costs and Comparative Law)*, in U. Izzo, *La rivincita del diritto: studi in onore di Guido Calabresi*, Napoli, 2020.

inserite nella legge di bilancio 29 dicembre 2022, n. 197. Alcune di queste norme sono entrate in vigore il 28 febbraio 2023, mentre altre avranno effetto dal 30 giugno 2023¹⁰.

Qui di seguito si propone un'analisi delle norme volte a riorganizzare e potenziare i c.d. *ADR systems* e, in particolare, la mediazione e la negoziazione assistita, accomunate da alcune caratteristiche essenziali, prima tra tutte, lo schema non aggiudicativo della definizione della controversia¹¹. Si guarderà anche all'interazione tra questi strumenti ed il sistema giudiziario ed alla possibilità che tale interazione trovi un momento qualificante e rilevante anche nei metodi di lavoro nelle aule giudiziarie, nei moduli organizzativi degli uffici del processo, nelle buone prassi, nelle innovazioni informatiche e digitali, nonché nelle statistiche utilizzate per monitorare le *performances* degli uffici giudiziari, ma anche nell'ambito della formazione dei magistrati e degli altri addetti ai lavori.

L'arbitrato, dunque, non sarà oggetto di approfondimento in questa sede, ma piuttosto in un momento diverso e successivo.

Il ricorso a strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al processo non rappresenta certo una novità nel panorama giuridico sia europeo che internazionale. All'opposto, va rilevato che in alcuni sistemi giuridici, come ad esempio quello cinese o giapponese, il modello ADR ha rappresentato la via ordinaria per risolvere i conflitti tra privati e il processo l'estrema *ratio* per comporre le liti¹². Anche a livello comunitario le istituzioni hanno mostrato a più riprese un evidente interesse per questi modelli, concretizzatosi in una serie di interventi volti alla diffusione della 'cultura ADR' negli Stati membri, anche alla luce dell'accelerazione digitale impressa dalla pandemia in vaste aree di intervento delle politiche europee¹³. Com'è noto, sebbene abbia radici molto antiche – nelle origini contrattuali del diritto romano per i sistemi che si rifanno alla tradizione giuridica di *civil law*, e nella natura e nella struttura stessa del processo per gli ordinamenti di *common law* – l'espressione ADR è entrata nel linguaggio giuridico in tempi

¹⁰ Per un'agile lettura delle norme in questione, si rinvia la testo coordinato, pubblicato il 10 gennaio 2023 a cura di ADR Center, on line su <https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/D.Lgs.-28-2010-coordinato-alla-riforma-Cartabia-2022.pdf>.

¹¹ Sulla distinzione tra strumenti di ADR aggiudicativi e non aggiudicativi, nella dottrina italiana, si vedano L. Passanante, *Modelli di tutela dei diritti: l'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007; F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008.

¹² Y. Taniguchi – A. Yamada, *I modi alternativi di risoluzione delle controversie in Giappone*, in V. Varano (a cura di), *L'altra Giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, 273 ss. e per il sistema cinese, M. Timoteo, *Le controversie fuori dalle corti il caso cinese*, in *op.ult.cit.*, 301 ss.

¹³ Si vedano le Raccomandazioni della Commissione europea del 30 marzo 1998 e del 4 aprile 2001, la Direttiva 52/2008/CE sulla mediazione, la direttiva 2013/11/EU specificatamente diretta all'applicazione dell'ADR nelle controversie in materia di *consumerism*, il Regolamento 524/2013 relativo alla risoluzione delle controversie on line, nonché le più recenti iniziative intraprese, specie in materia di tutela dei consumatori, con l'istituzione della Tavola rotonda sulla risoluzione alternativa delle controversie a livello transfrontaliero del 2022.

abbastanza recenti e, in particolare, è stata coniata da Frank Sander nel 1976 durante la c.d. *Pound Conference*¹⁴. In quell'occasione Sander propose il paradigma della *multidoor courthouse*, uno strumento innovativo per cui le cause che arrivano in tribunale vengono letteralmente 'smistate' verso il modello di risoluzione ritenuto più appropriato per la natura e il tipo di lite oggetto della controversia. Il fine, evidente, è rendere il sistema più efficiente e meno costoso, sia per le parti, che per le istituzioni, riservando la fase processuale soltanto per gli *hard cases*. Va, peraltro, rilevato che il modello proposto da Sander, pur rappresentando ancora oggi la pietra miliare dell'ADR nell'ordinamento statunitense (e non solo), è stato nel tempo oggetto di una serie di critiche che, principalmente, sottolineavano il contrasto tra questo modello e i valori di equità e giustizia. Si riteneva, infatti, che soltanto attraverso il processo fosse possibile assicurare l'attuazione dei diritti fondamentali degli individui¹⁵.

Pur non potendo addentrarci per ragioni di spazio in un'analisi approfondita delle ragioni storico sociali che spiegano la fortuna del movimento ADR negli USA, si ritiene tuttavia utile richiamare alcuni fattori che hanno contribuito al dibattito e ne hanno influenzato l'evoluzione: l'evidente crisi del processo e, al contempo, una serie di istanze istituzionali, sociali e culturali tipiche del post-modernismo. Questi fattori riscontrabili anche in altri ordinamenti giuridici, secondo una certa ricostruzione sono stati rappresentati in termini di istanze di promozione dell'accesso alla giustizia¹⁶.

Proprio su quest'ultimo punto, come si vedrà anche nel prosieguo, si sono concentrate e si concentrano tuttora le critiche e le perplessità maggiori. La progressiva privatizzazione dei servizi essenziali tra cui anche l'esercizio della funzione giurisdizionale, tipica delle politiche neo-liberali degli anni '80 dei paesi della *western tradition*, ha portato alla nascita di una vera e propria ADR *industry*, fondata non sul concetto di *justice* bensì su quello di *harmony*¹⁷. Questo passaggio ha riguardato, paradossalmente, la trasformazione della questione dell'accesso alla

¹⁴ Frank Sander svolse una relazione dal titolo "Varieties of Dispute Processing" durante la *Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (nota come Pound, in onore di Roscoe Pound), svoltasi nel 1976 a St. Paul, Minnesota.

¹⁵ Emblematica, in tal senso, la critica di Fiss, il quale sottolineava come soltanto il modello processuale, attraverso il rispetto del contraddittorio e del *due process*, potesse garantire tutele adeguate ai soggetti. Si veda, O.M. Fiss, *Against Settlement*, in *Yale Law Journal*, 93/1984, 1073 ss.: Id., *Out of heaven*, in *Yale Law Journal*, 95/1985, 1669 ss.

¹⁶ O. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. Varano (a cura di) *L'altra Giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, op. cit., 129 ss.

¹⁷ Così U. Mattei, *Access to Justice: A Renewed Global Issue?*, in *Electronic Journal of Comparative Law* 1/2007, 3, il quale analizza il percorso di progressiva privatizzazione che, sin dagli anni ottanta, ha caratterizzato i servizi di *welfare* dei paesi occidentali. In particolare, l'A. ritiene che la questione dell'accesso alla giustizia debba essere affrontata dal comparatista tenendo conto di una serie di fattori tra cui l'approccio multidisciplinare alla materia, aprendosi, dunque, ai profili sociologici, economici e antropologici sottesi.

giustizia in limitazione dell'accesso alla giustizia, almeno per determinate categorie di soggetti. Orbene, anche oggi, il rischio permane.

Il ricorso ai modelli ADR, infatti, implica un vero e proprio trasferimento dalla sfera pubblica a quella privata, dal *munus publicum* all'autonomia privata delle parti ed all'attività professionale di avvocati (per l'arbitrato e la negoziazione assistita) ed imprenditoriale degli organismi di mediazione, dei mediatori e di nuovo degli avvocati (per la mediazione).

Se è vero che nella definizione delle controversie tra privati su diritti disponibili il metodo e il merito (tutto, molto o poco) possono dipendere dalla volontà delle parti, è vero anche che legislatore e operatori del diritto sono chiamati a preservare questo valore, senza fondamentalismi efficientisti né spinte autoritarie. Ciò che infatti, non va dimenticato, è che la giustizia civile rappresenta un servizio pubblico e, come tale, va esercitato da *civil servants*, indipendentemente dalla natura - privata o pubblica - del *munus* loro attribuito.

Qui la ripresa e la resilienza dipendono dall'investimento dei cittadini, degli avvocati e dei professionisti del mondo degli ADRs. Più che di un intervento dello stato nell'economia, si tratta di un arretramento dello stato nell'esercizio della giurisdizione. Come si vedrà, le scelte operate in sede di delega e di attuazione di quest'ultima da parte del legislatore delegato mostrano una propensione ad esternalizzare – tranne che per la conciliazione tentata dal giudice - i costi della mediazione e della negoziazione assistita – senza prevedere forme di partenariato pubblico privato, come in altri settori di intervento del PNRR – che, invece, qui gravano sulle parti, sugli organismi e sugli avvocati, salvi gli incentivi fiscali ed il gratuito patrocinio.

In effetti, la riforma vuole promuovere la compresenza e la funzionalità reciproca delle due dimensioni, giudiziale e stragiudiziale, come strategia per offrire ai singoli e alla collettività un ventaglio di risposte nel sistema giustizia sempre più ampio, nel quale i metodi di gestione negoziale delle liti, «per la loro idoneità a contribuire al perseguimento degli obiettivi di efficienza del sistema e di risposta adeguata e tempestiva delle richieste di risoluzione dei conflitti tra privati»¹⁸ rivestono una posizione rilevante. L'autonomia privata diventa la chiave di volta per sorreggere un sistema che persegue «l'obiettivo di indurre un mutamento culturale di approccio alla risoluzione stragiudiziale dei conflitti, incentivando i privati, le imprese e i professionisti a utilizzare tali strumenti avvalendosi dell'assistenza da parte di professionisti dotati di specifiche competenze e adeguatamente formati»¹⁹ e che sposta i costi transattivi da una dimensione all'altra del sistema, facendo degli

¹⁸ V. art. 2 Relazione illustrativa Disegno di legge AS 1662, *cit.*, 2.

¹⁹ *Ibidem*, *cit.*, 3.

strumenti di ADR uno degli elementi cardine del programma di “semplificazione, speditezza e razionalizzazione” del sistema giudiziario.

La vera prova consiste, pertanto, non tanto o, comunque, non soltanto nella semplice riduzione, in termini quantitativi, delle controversie, quanto, piuttosto, in un obiettivo più ambizioso e più ampio, che riguarda l’aggiornamento e l’allineamento ai *benchmarks* comunitari, del modello nazionale di processo. Quest’ultimo, dunque, sembrerebbe dover avere un ruolo ed una funzione residuale e, perciò, rimanere la via percorribile come estrema *ratio*, quando le situazioni giuridiche controverse rientrano nell’ambito dei diritti disponibili, per cui è possibile scegliere vie alternative.

Così la delega sottolinea l’esigenza, per il Governo, di riunire e riordinare la disciplina sulle ADR (ad eccezione dell’arbitrato), attualmente frammentata in una serie di leggi speciali emanate nell’ultimo ventennio, in un «Testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione» (Tusc)²⁰.

2. La mediazione extra processuale obbligatoria. Le materie e le parti

Il modello di mediazione disegnato con il D.lgs. n. 28/2010, che attuava l’art. 60 della l. n. 69/2019, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, viene in parte modificato, per cui il campo di applicazione oggettivo si estende a nuove materie²¹ e, sul piano soggettivo, è maggiormente garantita la partecipazione della P.A.

Pertanto, il tentativo di mediazione extraprocessuale, *ante iudicium*, rappresenta il presupposto per procedere - oltre che nelle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria, da diffamazione a mezzo stampa o tramite altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari – anche per le liti derivanti da rapporti da contratti di associazione in partecipazione, consorzio, *franchising*, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura.

Si tratta, evidentemente di contratti di durata, che per loro natura sono destinati a continuare e persistere nel tempo anche dopo la – auspicabile – risoluzione della controversia²². Il valore della mediazione è superiore a quello del giudizio, giacché

²⁰ Per un’analisi degli interventi normativi riguardanti il primo decennio (2000-2010), sia consentito il rinvio a A. Pera - G.M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato ed internazionale*, Padova, 2011; per una disamina degli interventi normativi successivi, si vedano M. Acagnino - N. Platania (a cura di), *Riforma processo civile: riflessioni a margine sulla legge 206/2021*, Torino, 2022.

²¹ Art. 1, comma, lettera c), Legge delega 206/21.

²² Sui contratti di durata, M. Granieri, *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007. Sulle controversie e sulle più recenti questioni problematiche, F. Piraino, *La normativa*

la soluzione aggiudicativa di quest'ultimo (risoluzione del contratto, rescissione o altro) potrebbe non rappresentare la soluzione migliore nelle ipotesi in cui la relazione tra le parti abbia almeno in potenza un'estensione diacronica. Peraltro, la delega estende la mediazione, come condizione di procedibilità, a schemi contrattuali che nei prossimi 3-5 anni saranno certamente molto utilizzati dai soggetti destinatari, attuatori ed esecutori di progetti riconducibili ai fondi stanziati attraverso le varie missioni e azioni del PNRR. Dunque, l'intento è di evitare o, comunque, ridurre il rischio che le parti di questi contratti ed i rapporti sottesi diventino soggetti ed oggetti di *litigation* in sede giudiziale, aggravando la mole di contenzioso che con la riforma si intenderebbe smaltire e rischiando di compromettere il buon esito dei progetti stessi.

Al fine di valutare l'efficacia dell'ampliamento delle materie, la legge delega ha indicato l'esigenza di una verifica entro cinque anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo, volta a riconsiderare l'opportunità o meno di mantenere il meccanismo della condizione di procedibilità e, dunque, l'obbligatorietà della mediazione. All'esito di tale valutazione, si ipotizza anche una armonizzazione della normativa in materia di ADR *systems*²³.

Più nel dettaglio, come è stato già precisato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità a sezioni unite²⁴, nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, il creditore opposto avrà l'onere di avviare la procedura di mediazione, in quanto attore in senso sostanziale.

Ad ogni modo, il giudice alla prima udienza, accertato il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, fissa l'udienza per il prosieguo del giudizio di opposizione solo dopo la scadenza del termine di durata della mediazione (*id est* tre mesi prorogabili di altri tre, ove ci sia in merito un accordo scritto tra le parti)²⁵.

In materia di condominio, le norme di esecuzione della delega prevedono la legittimazione dell'amministratore a partecipare alla mediazione, ad avviare la procedura o ad aderirvi²⁶. L'eventuale verbale di conciliazione (esito positivo della mediazione), nel rispetto delle norme in materia di condominio e, soprattutto, dei poteri che la legge riconosce all'assemblea condominiale, viene sottoposto

emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti, in *I Contratti*, n.4/2020, 485-513; Id., *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e diritto privato*, n.2/2019, 585-643.

²³ Art. 1, comma 4, Legge delega 206/21.

²⁴ Si veda, Cass., SS.UU., 18 settembre 2020, n. 19596, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3424, con note di D. Dalfino, *La (persuasiva) soluzione delle sezioni unite in tema di mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo*; e A. Zanello, *Sezioni unite 19596/20: la «joint venture» di processo e mediazione*.

²⁵ Art. 1, comma 4, lettera d) Legge delega 206/21; art.5, D.lgs. 28/2010, come riformato dalla l. 197/2022.

²⁶ Si accresce l'autonomia dell'amministratore, il quale nel vigore della disciplina pre-riforma era vincolato al passaggio attraverso l'assemblea per ogni step rilevante della procedura (avvio, esito singoli incontri, partecipazione agli incontri successivi, formulazione dei contenuti della proposta). In tal senso, cfr. Cass. Sez. IV Civ., ord. 8 giugno 2020, n. 10846.

all'approvazione dell'organo collegiale, che delibera nel termine indicato nell'accordo o nella proposta con le differenti maggioranze previste dall'art. 1336 c.c., in funzione della specifica materia oggetto del contendere. In caso di mancata approvazione, la conciliazione deve intendersi non conclusa, la proposta non approvata²⁷ e la condizione di procedibilità, comunque, consumata.

Sia in caso di esito conciliativo, sia in caso di esito negativo della procedura, dunque, il rapporto tra amministratore ed assemblea è più semplice e snello rispetto al passato. Ciò rende, almeno astrattamente, anche più fluida la procedura di mediazione e più agevole il lavoro del mediatore. Si semplifica, infatti, la procedura che era prevista dall'art. 71-*quater* disp. att. c.c., che implicava un preliminare passaggio in assemblea con delibera, con la quale il condominio attribuiva all'amministratore il potere di attivare il procedimento di mediazione o di aderirvi e parteciparvi; una seconda seduta assembleare in cui l'amministratore riferiva circa gli esiti della mediazione ed una conseguente delibera sulla eventuale proposta di conciliazione esito della negoziazione. La delibera dell'assemblea, nel vigore della nuova disciplina, avrà luogo solo nella fase conciliativa.

Per quanto riguarda la partecipazione della P.A., la Legge 206/2021 obbliga il legislatore delegato a prevedere che per i funzionari della Pubblica Amministrazione, di cui all'art.1, comma 2, D.lgs. 30 marzo 2001 n.165²⁸, la conciliazione *ante iudicium* o quella giudiziale non diano luogo a responsabilità contabile, eccetto nelle ipotesi di dolo o colpa grave, dove per colpa grave si intende la negligenza non scusabile che deriva da grave violazione di legge o travisamento dei fatti²⁹.

Questa previsione del legislatore è una risposta alla questione relativa alla responsabilità contabile per i pubblici funzionari, già affrontata dalla giurisprudenza di merito³⁰, soprattutto con riferimento al tema della responsabilità in materia sanitaria degli ospedali pubblici. Ed infatti, per evitare che i funzionari della PA fossero dissuasi dalle conciliazioni, per la preoccupazione di possibili indagini della Procura presso la Corte dei Conti, giustamente la scelta è stata quella di estendere per analogia la limitazione della responsabilità prevista dall'art. 2,

²⁷ Art. 1, comma 4, lettera h) Legge delega 206/21.

²⁸ Ai sensi della normativa richiamata, sono da intendersi Pubbliche Amministrazioni “tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province ed i Comuni, le Comunità Montane e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di Commercio, industria, artigianato ed agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le agenzie di cui al D.lgs. 30 luglio 1999 n. 300”.

²⁹ Art. 1, comma 4, lettera g), Legge delega 206/21.

³⁰ Di recente, vd. Trib. Roma, Sez. XIII, 10 marzo 2021, Est. Dr. M. Moriconi, reperibile su Banca Dati della Mediazione Civile, <https://www.adrmedyapro.it/Massimario/pdf/765>.

comma 3, l. n. 117/1988 in tema di responsabilità civile dei magistrati, così come modificata nel 2015³¹.

Peraltro, tale eventualità (partecipazione alla mediazione) potrebbe essere piuttosto frequente se consideriamo l'intervento dello Stato e delle Pubbliche amministrazioni nell'economia, nel mercato e nel tessuto sociale determinato dalla fase di attuazione ed esecuzione del PNRR, che vede le amministrazioni tra i soggetti attuatori ed anche beneficiari, nonché contraenti e parti in quei rapporti che ricadono oggi, proprio in virtù della riforma, nelle materie per le quali la mediazione è obbligatoria per procedere in giudizio.

2.1. Il procedimento, gli incentivi fiscali ed il gratuito patrocinio a spese dello Stato

Sono notevoli le modifiche e gli interventi sul procedimento di mediazione, sulla durata e sulle modalità nelle quali si svolge la procedura.

In un'ottica di semplificazione del procedimento, merita attenzione l'espressa previsione della "mediazione telematica", che è stata sperimentata in tempo di pandemia e che in quel frangente ha mostrato la sua utilità³².

Per quanto riguarda *standard* e garanzie, in ogni caso, è stabilito che la formazione e la sottoscrizione di ogni atto deve avvenire nel rispetto delle norme previste dal Codice dell'Amministrazione digitale³³.

La riforma conferma l'assistenza tecnica del difensore nelle materie in cui la mediazione è condizione di procedibilità, che si considera avverata nel caso in cui il primo incontro si conclude senza l'accordo³⁴.

Per quanto attiene ai rapporti tra procedura di mediazione e processo, si rileva che è sanzionata, almeno astrattamente, la mancata partecipazione al primo incontro: da tale condotta il giudice può desumere elementi di prova³⁵. Ciò in attuazione della

³¹ M. Serio, *Brevi considerazioni sugli orizzonti comparatistici della responsabilità civile alla luce delle connessioni tra dottrina e giurisprudenza*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. Vol. II-La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Torino, 2016, 195-205; Id., *Responsabilità o immunità giudiziale: studio comparatistico su un'apparente alternativa*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2017, 333-382.

³² Sul punto, Mediazione Civile, Ministero della Giustizia: Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa, <https://webstat.giustizia.it/SitePages/StatisticheGiudiziarie/civile/Mediazione%20Civile.aspx/>; European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, *The 2020 EU justice scoreboard*, Publications Office, 2020, on line su <https://data.europa.eu/doi/10.2838/71558>. In dottrina, per un'analisi sulle potenzialità e i limiti dell'ADR *on line*, si veda, per tutti, M.S. Abdel Wahab – M.E. Katsh, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: a Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Netherlands, 2012; E. Katsh - J. Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, United Kingdom, 2001.

³³ Cfr. F. Minazzi, *Il codice dell'amministrazione digitale riformato*. Milano, 2017; P. Giacalone, *Il ciclo di vita del documento informatico: Gestione e aspetti normativi*, Milano, 2021.

³⁴ In proposito, già la delega indica la necessità di modificare e, comunque, coordinare in tal senso la formulazione del comma 1-*bis* dell'art. 5 del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

³⁵ Ai sensi dell'art. 8, commi 1 e 4-*bis* D.lgs. n. 28/2010, il giudice può trarre argomenti di prova nel successivo giudizio dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, in ossequio

delega, che intendeva “favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l’effettivo confronto sulle questioni controverse, regolando le conseguenze della mancata partecipazione”³⁶, salva la possibilità, sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche, di delegare un rappresentante munito di poteri e a conoscenza dei fatti, ove sussistano giustificati motivi³⁷.

L’*intentio legis* sembra essere quella di avvicinare le parti anche sotto il profilo comunicativo, sia che si abbia riguardo alla partecipazione personale delle parti, sia che ci si focalizzi sulla necessità di garantire l’effettivo confronto sulle questioni controverse. Ciò trova conferma nelle norme specifiche che disciplinano le conseguenze nell’ipotesi in cui le parti non partecipino alla procedura.

In realtà, la prassi dimostra che spesso il primo incontro si traduce in una sessione informativa sulla mediazione e sui suoi vantaggi, mentre invece, a venti anni dall’inserimento dell’istituto nel sistema giuridico italiano, sarebbe auspicabile che proprio in quella sede la mediazione vera e propria iniziasse. Dunque, andrebbe abolito il primo incontro informativo. Diversamente, quest’ultimo continuerà ad essere percepito dalle parti e dai loro avvocati alla stregua di un mero adempimento burocratico-formale, da assolvere affinché la controversia possa iniziare il suo *iter* in sede giudiziale, con evidente detrimento dell’istituto della mediazione, dell’idea stessa di complementarità rispetto alla giurisdizione e dell’ordinamento nel suo complesso.

In ordine alla fase “istruttoria” ed al possibile collegamento tra la procedura di mediazione ed il futuro processo, la norma prevede che le parti possano produrre dinanzi al giudice la relazione dell’esperto nominato dal mediatore³⁸ nell’ipotesi di controversie che, *ex art. 8, comma 4, D.lgs. n. 28/2010*, richiedano specifiche competenze tecniche.

La norma mira a risolvere la questione relativa all’acquisizione della cd. CTM (Consulenza Tecnica in Mediazione) nella fase processuale nell’ipotesi in cui la procedura mediativa non si concluda con la conciliazione. In effetti, il rispetto della *privacy* ed il divieto di utilizzare quanto raccolto in sede di mediazione³⁹ non

all’art. 116, comma II, c.p.c., a norma del quale “il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”; 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. Si veda, G. Spina, *La nuova mediazione civile. Prima analisi delle novità introdotte dal cd. decreto del fare*, in *La nuova procedura civile*, n.3/2013, on line su https://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2013/06/spina_nuova_mediazione.pdf.

³⁶ Art. 1, comma 4, lettera e), Legge delega 206/21.

³⁷ Art. 1, comma 4, lettera f), Legge delega 206/21. Sui limiti della delega certamente sarà rilevante l’*actio finium regundorum*, che si trova in Cass., sez. III civ., 27 marzo 2019, n. 8473.

³⁸ Art. 2, lettera i), Legge delega 206/21.

³⁹ Cfr. Artt. 9 e 10 D.lgs. n. 28/2010 e, specificamente sulla CTM cfr. art. 8, comma 4, D.lgs. n. 28/2010.

permettono l'acquisizione in giudizio della relazione tecnica, salvo che le parti non l'abbiano autorizzata. Si tratta di una facoltà che le parti possono esercitare quando viene nominato l'esperto. Sarà poi il giudice a valutare se tenere in considerazione la relazione svolta da quest'ultimo per decidere la lite, oppure no. In questo modo, il legislatore sceglie di porre un limite ad una parte della giurisprudenza di merito che - in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo e di non dispersione della prova - non esitava ad acquisire la CTM agli atti del giudizio, comprimendo le garanzie che la riservatezza della mediazione riconosce alle parti ed all'autonomia privata, con il rischio di pregiudicare le trattative e le attività volte a favorire la conciliazione.

Lo svolgimento della mediazione non preclude né la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né, tanto meno, la trascrizione della domanda giudiziale.

Per quanto riguarda gli incentivi fiscali, già il D.lgs. n. 28/2010 prevedeva: - l'esenzione dall'imposta di registro per gli accordi raggiunti in sede di mediazione aventi valore fino ad euro 50.000,00 e, in caso di eccedenza, la tassazione della sola maggiore somma⁴⁰; - un credito d'imposta fino ad euro 500,00 in caso di successo della mediazione, che fosse commisurato all'indennità dovuta all'Organismo, e ridotto della metà in caso di mancato accordo⁴¹.

Il sistema di incentivi fiscali previsto dal legislatore del 2010 è stato oggetto di numerose critiche, a causa di alcuni vuoti normativi e dubbi interpretativi ed applicativi che ha determinato⁴².

La legge 206/21 ha ribadito l'atteggiamento di *favor* verso la mediazione e ha previsto il riordino e la semplificazione degli incentivi fiscali delle procedure alternative di risoluzione dei conflitti, attraverso:

- l'incremento dell'esenzione dell'imposta di registro *ex art.* 17, c. 3, D.lgs. n. 28/2010;
- la semplificazione della procedura per la determinazione del credito d'imposta *ex art.* 20, D.lgs. n.28/2010;
- un credito d'imposta pari al compenso dell'avvocato che assiste la parte nella mediazione nei limiti dei parametri professionali;
- un credito d'imposta pari al contributo unificato qualora il giudizio risulti estinto a seguito dell'accordo di mediazione;

⁴⁰ Art.17, comma 3, D.lgs. n. 28/2010.

⁴¹ Art.20 D.lgs. n. 28/2010.

⁴² In dottrina, per tutti si veda, C. Mezzabotta - M. Caradonna - P. Riva, *La mediazione civile*, Milano, 2011, 119; A. Lomonaco -V. Mastroiacovo, *L'accordo di conciliazione. Profili fiscali*, in AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale: il contributo del Notariato alla luce del D. lgs. n. 28/2010*, Napoli, 2012, 394. Cfr. anche P. Richiusa -M. Zamaro, *Incentivi fiscali per la mediazione civile: un orizzonte in fase di esplorazione*, in *Corr. Trib.*, 34/2011, 21, 1738; ed anche Consiglio Nazionale Del Notariato, Studio n. 190-2010/T del 21 gennaio 2011, *Regime fiscale degli atti del procedimento di mediazione di cui al d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in CNN Notizie del 9 marzo 2011.

- l'estensione del gratuito patrocinio;
- la previsione di un credito d'imposta in favore degli organismi di mediazione pari all'indennità non esigibile dalla parte nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio.

Al di là delle agevolazioni fiscali, se il fine è quello di incentivare le parti a partecipare personalmente alla procedura di mediazione, affinché la procedura sia volta ad un “effettivo confronto sulle questioni controverse” ed alla conciliazione della lite, massima attenzione va rivolta alle “conseguenze della mancata partecipazione”. In effetti, allo stato attuale, tali conseguenze sono state tradotte in una sanzione processuale⁴³ o nella corresponsione di una somma pari all'ammontare del contributo e, dunque, più in sanzioni che in incentivi, con effetti disomogenei rispetto alla condotta considerata. Ciò forse svela l'intenzione di scoraggiare dal processo piuttosto che quella di promuovere la mediazione: vi è da dubitare della efficacia di tali sanzioni e della loro idoneità a fungere da “incentivo” alla conciliazione della lite fuori dal processo.

Se è vero che la partecipazione attiva e personale svolge un ruolo decisivo affinché questo strumento abbia effettivamente successo, è anche vero che la partecipazione è tanto più effettiva quanto più è spontanea, volontaria e consapevole, mentre se la persona è forzata o obbligata è probabile che sia portata a delegare. Va, peraltro, rilevato che proprio in materia di diritti disponibili, non sarebbe accettabile impedire ai singoli di farsi sostituire da persone di propria fiducia, purché la delega non ecceda i poteri conferiti e la forma sia legittima, alla luce della tipologia e della natura dei diritti oggetto della controversia. Sembra andare, pertanto, in questa direzione, la scelta del legislatore che - recependo quanto indicato dalla Corte di Cassazione a sezioni unite⁴⁴ - ha stabilito che la rappresentanza nella mediazione è plausibile, a patto che il soggetto scelto sia a conoscenza dei fatti e abbia i poteri per risolvere la controversia e, comunque, solo in presenza di giustificati motivi.

Il passaggio dalla *law in the book* alla *law in action*⁴⁵, ovvero dalla regola enunciata dal legislatore alla soluzione operativa⁴⁶, però, rischia di mostrare qualche

⁴³ *Id est* la dichiarazione di improcedibilità e la valutazione ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.

⁴⁴ In tal senso, v. Corte Cass. SS.UU., 27 marzo 2019, n. 8473 ha ritenuto che la partecipazione alla mediazione non sia qualificabile come un atto strettamente personale e, dunque, che sia legittima la delega al difensore nella forma della procura sostanziale speciale.

⁴⁵ Sulla distinzione, si vedano per tutti, J.L. Halperin, *Law in books and law in action: the problem of legal change*, in *Me. L. Rev.* 2011, 64, 45; R. Pound, *Law in books and law in action*, in *Am. L. Rev.* 1910, 44, 12; D. Nelken, *Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law*1, in *Legal studies* 1984, 4.2, 157-174.

⁴⁶ La comparazione giuridica si serve molto di questo approccio metodologico, vd. P.G. Monateri, *Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei “sistemi” e la modernità politica*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt, 2018, 267-290; R. Scarciglia, *L'Oggetto Della Comparazione Giuridica (Objects and Legal Comparison)*, in R. Scarciglia (a cura di), *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 1966, 47-68; G. Ajani – B. Pasa – D. Francavilla, *Diritto comparato: lezioni e materiali*, Torino, 2018; A. Somma,

dissociazione, là dove prevede che la parte che non acconsente alla mediazione o che risulta assente senza una valida giustificazione, dovrebbe subire conseguenze negative con effetti limitati al solo procedimento alternativo. Nel caso in cui, ad esempio, la parte che non si è presentata dovesse comunque corrispondere l'indennità di mediazione e dovesse rendere all'altra parte quanto corrisposto o dovuto all'organismo, l'effetto deterrente si avrebbe ugualmente senza, tuttavia, alcuna conseguenza sulla successiva fase giudiziale. Ed invece, l'apparato sanzionatorio, così come disegnato, presuppone necessariamente che un processo venga celebrato. Potrebbe, in effetti, accadere che la controversia, oggetto del tentativo di mediazione, non venga portata davanti al giudice per motivazioni diverse e che la condotta non collaborativa resti impunita. Sarebbe opportuno, dunque, valutare l'effettiva utilità di nuove sanzioni, ovvero se concretamente esse rappresentino un incentivo al ricorso alla mediazione e, dunque, a garantire la risposta di giustizia e la definizione della controversia, in un'ottica di promozione della pace sociale; o se, invece, esse mirino soltanto a evitare un processo e a forme di economia dei costi transattivi⁴⁷, in termini di denaro pubblico, risorse umane e apparato amministrativo, con un risultato che si avvicina al "denegare giustizia", scoraggiando i litiganti e trascurando i bisogni sociali⁴⁸.

In tutt'altro senso va valutata la scelta di garantire il "gratuito patrocinio a spese dello Stato" per le spese e i costi derivanti ai privati cittadini dalla procedura di mediazione. Il legislatore, in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale e di effettivo accesso alla giustizia per tutti, ha previsto che gli Organismi di Mediazione potranno usufruire di un credito di imposta "commisurato all'indennità non esigibile dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al Patrocinio a spese dello Stato (...)"⁴⁹. Il decreto disciplina dettagliatamente i criteri relativi al reddito per accedere, il sistema di presentazione dell'istanza per l'ammissione anticipata, l'Organo competente a ricevere l'istanza, il ricorso esperibile in caso di rigetto dell'istanza di accesso al gratuito patrocinio, gli effetti dell'ammissione anticipata, la revoca dell'ammissione alla misura, il compenso dell'avvocato e i controlli e le sanzioni della Guardia di Finanza, ed altri aspetti, che non è questa la sede per esaminare in dettaglio.

Giochi senza frontiere: Diritto comparato e tradizione giuridica, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2004, 37:109, 169-205.

⁴⁷ Sul concetto di costo transattivo in analisi economica del diritto, vd. A Mitchell Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, Modena, 1986; R. Pardolesi – B. Tassone, I giudici e l'analisi economica del diritto due anni dopo, in *Mercato concorrenza regole* n.3/2005, 579-600; F. Parisi, *Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, n.21/2005, 377 ss.; F. Carocchia – R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto: «the Italian job»*, op. cit., 193-194.

⁴⁸ M.A. Zumpano, *ADR e riforma della giustizia*, in *Questione Giustizia*, 3/2021, on line su https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/965/3-2021_qg_zumpano.pdf.

⁴⁹ Art. 1, comma 4, lettera a), Legge delega 206/21.

3. *La mediazione endo-processuale giudiziale o delegata dal giudice*

La riforma in esame mira a valorizzare e potenziare anche la mediazione endo-processuale delegata dal giudice⁵⁰ “(...) in un regime di collaborazione necessaria fra gli uffici giudiziari, le università, l’avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio”⁵¹. L’azione prevista mira a formare gli operatori, a monitorare le attività e a tracciare le decisioni che assegnano le parti alla mediazione.

D’altra parte, l’intera azione prevista dal legislatore, a partire dal riesame dei percorsi di formazione e dall’aggiornamento dei mediatori, appare un investimento di lunga portata per sviluppare l’intero modello, naturalmente (!) sempre senza alcun aggravio per la finanza pubblica.

Anche in Francia l’attenzione alla formazione dei mediatori e del personale coinvolto in questo settore è rinnovata, tanto che nel 2021 è stato istituito presso il Ministero della giustizia il *Conseil national de la médiation*, quale organo consultivo e propositivo al servizio dei poteri pubblici, deputato a raccogliere ed elaborare dati e informazioni, di tipo quantitativo e qualitativo, sulla mediazione, presentare un codice etico della mediazione per gli addetti ai lavori e norme nazionali in tema di formazione dei mediatori.

Le indicazioni europee e le scelte del legislatore italiano e francese puntano sulla formazione degli operatori, sul controllo e sull’osservazione delle attività svolte, sull’attività di *data collection* delle decisioni che assegnano le parti alle procedure mediative, ma anche dei contenziosi definiti con la conciliazione, a seguito di mediazione, oppure con accordi conciliativi⁵².

Trova qui la sua *ratio* l’art. 185-*bis* c.p.c, che autorizza il magistrato a formulare la proposta conciliativa nel giudizio pendente e sino al momento in cui la causa viene posta in decisione, estendendo lo spazio per la conciliazione endo-processuale oltre il limite della fase istruttoria.

La rilevazione statistica dei provvedimenti dei giudici che attestano l’intervenuta conciliazione della lite dovrebbe contribuire, anche attraverso misure premiali, in sede di valutazione delle carriere, ad incentivare l’uso di tale strumento.

3.1 *Buone prassi, modelli organizzativi e rilevazione statistica*

⁵⁰ Art. 5, comma 2, D.lgs. 28/2010.

⁵¹ Art.1, comma 4, lettera o), Legge delega 206/21.

⁵² *Ibidem*.

In alcuni uffici giudiziari italiani sono state sperimentate negli ultimi anni alcune buone prassi, che certamente hanno rappresentato un modello per il legislatore della riforma.

Tra queste, il Laboratorio “*Un Altro Modo*”, con sede presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze, ha ideato un progetto, che ha visto coinvolti come *partner* il Tribunale di Firenze, la Città metropolitana di Firenze, la Camera di Commercio e dell’Artigianato ed Organismi di mediazione, di cui alcuni privati ed altri presso gli Ordini professionali. L’iniziativa, attraverso un’ampia visione collaborativa fra le istituzioni coinvolte, ha visto i giudici togati lavorare fianco a fianco con titolari di borse di studio appena laureati che possiedano il *know how* necessario e specifico in materia di ADR e mediazione, ed ha favorito un impiego strutturato e metodico della mediazione demandata. Il *report* di monitoraggio sulle attività svolte, redatto dal Laboratorio, mostra la circolarità del percorso e le varie fasi rilevanti: lo studio delle cause pendenti, le decisioni con le quali si invitano le parti alla mediazione, le mediazioni che hanno avuto luogo presso le organizzazioni che hanno partecipato al progetto, le udienze per verificare gli esiti delle procedure di mediazione⁵³.

In un’altra esperienza, quella barese, si è lavorato sotto differente profilo, innovando le tecnologie a disposizione degli uffici, attraverso il censimento informatico delle ordinanze *ex 185-bis*⁵⁴ c.p.c. e di mediazione delegata⁵⁵, puntando alla visibilità di questi provvedimenti nei sistemi informatici e nelle statistiche ministeriali, incrementando e migliorando la *performance* giudiziaria.

All’interno del progetto conciliativo “BDDC”⁵⁶ sono state censite le ordinanze *ex art. 185-bis* c.p.c. emanate dal distretto di Corte di appello di Bari dal 2016 ad oggi e sono state svolte analisi statistiche sulle materie definite dalle proposte conciliative del giudice, estraendo gli esiti così individuati. Ciò ha arricchito le statistiche ministeriali già esistenti con dati nuovi, giacché i sistemi informativi ministeriali pre-progetto erano tarati fundamentalmente sulla quantità delle sentenze emesse e sulla tempistica di definizione del giudizio.

In particolare, la maggiore criticità da affrontare è stata l’assenza nel SICID⁵⁷ di una “voce” tipizzata come “evento 185-bis” ed “ordinanze di mediazione delegata”, poiché i provvedimenti definitivi diversi dalla sentenza vengono raccolti in una

⁵³ Cfr. www.unaltromodo.org.

⁵⁴ Così come introdotto dall’art. 77, dl 21giugno 2013, n. 69, convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98.

⁵⁵ *Ex art. 5, comma 2, D.lgs. n. 28/2010*. In dottrina, v. M. Bove, *La mediazione delegata*, in *Rivista dell’arbitrato*, n.3/2018, 459 ss.

⁵⁶ Il materiale relativo all’esperienza barese, è reperibile sul sito ufficiale della Corte di appello di Bari, *link* “Buone Prassi”: in www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx.

⁵⁷ Si tratta del «Sistema Informatico Contenzioso Civile Distrettuale» che si occupa di gestire i registri informatici del contenzioso civile, della volontaria giurisdizione, delle controversie di lavoro, delle esecuzioni e delle procedure concorsuali. Cfr. il sito del Ministero della Giustizia, voce Statistiche.

cartella di *consolle*-archivio “residuale” denominata “definiti in altro modo” e non sono più distinguibili nelle loro diverse tipologie, se non con una ricerca (immane) e manuale per ciascun fascicolo.

È evidente che gli investimenti per la digitalizzazione della giustizia e degli Uffici giudiziari devono confluire anche qui: per «rilevazioni statistiche per analisi flussi (quantità e tempi) di definizioni dell’arretrato in forza degli sforzi conciliativo/transattivi e ciò per monitorare non solo la velocità ed incidenza in percentuale della spinta conciliativa nello smaltimento dell’arretrato, ma altresì per saggiare le capacità del singolo magistrato nel favorire le soluzioni bonarie della lite impiegando i nuovi strumenti di media-conciliazione (185, 185-*bis*, mediazione *iussu iudicis*, 696-*bis* c.p.c...). Elementi questi che permetteranno non solo di esprimere, in sede di valutazione delle professionalità dei magistrati, giudizi più dettagliati e di spessore, ma anche di monitorare i tempi di ragionevole durata del processo, come favoriti dalla buona prassi conciliativa»⁵⁸.

Naturalmente il metodo sperimentato è replicabile anche per le materia in cui la mediazione è condizione di procedibilità, per le quali la rilevazione statistica è già prevista⁵⁹.

In dottrina e tra gli addetti ai lavori, è stato da più parti sottolineato come, misurare l’efficienza e la produttività degli uffici giudicanti civili richieda uno *screening* preliminare e accurato, non solo degli obiettivi assegnati, ma anche degli “indicatori” performanti. Certamente, tra gli indicatori rilevanti per misurare l’efficienza degli uffici vanno annoverati: il tempo di definizione dei procedimenti; il numero dei procedimenti in pendenza da più di tre anni; il “*clearance rate*”, dato dal rapporto tra il numero dei procedimenti definiti e il numero di procedimenti sopravvenuti in un dato periodo⁶⁰.

Riceve sempre più consenso l’idea che le riforme di settore, volte a incentivare il raggiungimento dei giudizi civili in forma diversa dalla sentenza, devono prendere seriamente in considerazione meccanismi per censire in maniera ufficiale e centralizzata i cd. flussi deflattivi dei giudizi civili e fare in modo che questi risultino nell’accertamento statistico del lavoro giudiziario.

L’intera struttura informatica ministeriale dev’essere implementata in modo da rilevare e misurare anche la definizione delle controversie *ex art. 185-bis* c.p.c. e nelle ipotesi di mediazione delegata, giacché in tali ipotesi la risoluzione della

⁵⁸ Cfr. Il Protocollo BDDC, su www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx.

⁵⁹ Cfr. art. 4, comma 1- bis, D.lgs. n. 28/2010, introdotto dal cd. “decreto del fare”, che prevede, appunto, un apposito e mirato monitoraggio statistico.

⁶⁰ M. Delia, *Le ADR nei moduli organizzativi del processo civile e nella programmazione del PNRR*, in *Questione Giustizia*, n.3/2021, reperibile su <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/le-adr-nei-moduli-organizzativi-del-processo-civile-e-nella-programmazione-del-pnrr>.

controversia è dovuta alle competenze del magistrato e incide virtuosamente sui marcatori di efficienza, di cui sopra.

Diversamente, si rischia di penalizzare il magistrato in sede di valutazione, poiché non è possibile ottenere una rappresentazione esauriente e attendibile sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo del lavoro svolto ai fini della risoluzione della controversia alternativa all'aggiudicazione. Peraltro, ciò sarebbe negativo anche per i dirigenti degli uffici e per i vari attori incaricati formalmente di valutare le *performances* e i flussi definitivi, per la difficoltà di avere a disposizione dati statistici esaurienti e ragionati da impiegare per la verifica dei risultati e la programmazione degli obiettivi. Inoltre, ove non si desse spazio alla rilevazione statistica di tali esiti come “definitivi”, i giudici e gli uffici potrebbero essere indotti a preferire la conclusione “tradizionale” del giudizio con la sentenza, con evidente aggravio di tempi e costi, pubblici e privati.

Per tali ragioni il Progetto BDDC ha avuto due linee direttrici: l'innovazione delle tecnologie informatiche e la formazione del personale dell'Ufficio.

Il gruppo di lavoro, composto da giudici, esperti informatici e cancellieri – grazie alle diverse competenze presenti – è stato capace di individuare un sistema articolato per fasi.

Il monitoraggio si è basato tecnicamente sull'associazione, compiuta dal gruppo di lavoro, fra la proposta conciliativa e l'effettiva definizione “alternativa” del fascicolo, ivi comprese le formule di estinzione, cancellazione, catalogazione e abbandono della causa, tutte indipendenti dalla sottoscrizione in udienza di un verbale di conciliazione⁶¹.

Gli *steps* che occorre seguire per la rilevazione informatica delle ordinanze *ex art. 185-bis* c.p.c. e delle “definizioni alternative” sono illustrati in un Vademecum, elaborato al fine di dare ampia diffusione al modello proposto e di renderlo replicabile in altri uffici, così come in effetti è stato fatto. La diffusione e condivisione del Vademecum fra gli uffici e i giudici è avvenuta con modalità “*smart*”, quali l'impiego di *screenshots* e *video tutorials*, e modalità più tradizionali, quali riunioni periodiche.

È indispensabile che il successo derivante dall'applicazione dell'innovazione nell'organizzazione delle attività lavorative e l'onere, in termini di impegno e tempo a ciò dedicato dal personale, trovi riscontro nella valutazione delle *performances*. Si tratta di personale (cioè di persone) pronto a investire nella conversione (digitale e non solo), per cui un tale cambiamento dev'essere necessariamente considerato un dato cruciale da controllare e inserire nelle statistiche ufficiali, ove l'intento sia quello di incoraggiare i giudici e l'intero personale del comparto giustizia al

⁶¹ M. Delia, *cit.*

cambiamento, verso strumenti di risoluzione delle controversie diversi dall'aggiudicazione con sentenza.

Il legislatore istituzionalizza, con la riforma in commento, l'attività di formazione sulla mediazione per i giudici e, al contempo, promuove quest'attività così come la risoluzione delle controversie mediante forme di mediazione e conciliazione, sulla scia di quanto suggerito anche dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej) nell'ambito dell'iniziativa «*Mediation Awareness Programme For Judges ensuring the efficiency of the Judicial Referral to mediation*» ed al «*Mediation Development Toolkit Ensuring implementation of the CEPEJ Guidelines on mediation*»⁶².

L'occasione potrebbe essere quella giusta per “portare a sistema” il modello del progetto BDDC, accompagnato da un percorso formativo multidisciplinare, da realizzarsi mediante seminari e laboratori, per formare i giudici ad acquisire un linguaggio più consono alla gestione (mite) del conflitto e ad utilizzare lo strumento della banca dati digitale, strutturata in modo tale da classificare a seconda delle aree di interesse, documenti quali ordinanze *ex art. 185-bis c.p.c.*, ordinanze di mediazione demandata e verbali di conciliazione, provenienti dai vari uffici giudiziari che si distinguono per il loro valore di “casi studio paradigmatici”.

La formazione specifica e la consultazione della banca dati digitale tematica sono iniziative capaci di migliorare le cd. “*soft skills*” del personale giudicante per quanto concerne le tecniche di mediazione, l'uso del linguaggio adeguato, la redazione delle motivazioni delle ordinanze *ex art. 185-bis c.p.c.* e di mediazione delegata.

Sarebbe opportuno che il nuovo personale sia assegnato all'interno dell'Ufficio del Processo nelle singole sezioni anche a svolgere mansioni connesse a queste attività. Il gruppo di lavoro, composto anche da magistrati, giudici onorari e personale di cancelleria, e coordinato dal presidente di sezione o da un magistrato togato da lui delegato, dovrebbe decidere il prelievo, dai ruoli d'udienza, delle cause più adatte al percorso “alternativo” o *ratione materiae* o in ragione del superamento dei parametri secondo quanto previsto dalla legge Pinto.

I tirocinanti, sotto il coordinamento dei magistrati all'interno dell'UPP, studierebbero i fascicoli, gli atti processuali, la documentazione istruttoria, redigerebbero relazioni sulle questioni di fatto e di diritto più rilevanti, mentre sarebbe demandata al giudice la valutazione circa la possibile via di risoluzione alternativa della controversia.

Il compito dei tirocinanti sarebbe, inoltre, facilitato dall'attività di *data collection* e catalogazione dei precedenti a base conciliativa, nonché dall'osservazione e dalla comparazione dei dati estrapolati in fattispecie analoghe, che favorirebbe la

⁶² On line, su www.coe.int/en/web/cepej/mediation-tools.

conciliazione⁶³: i tirocinanti redigerebbero una bozza dell'ordinanza di conciliazione *ex art.* 185 c.p.c., o una proposta conciliativa *ex art.* 185-*bis* c.p.c. o *ex art.* 420 c.p.c., ovvero di mediazione delegata e, nella predisposizione delle bozze, sarebbero facilitati dai modelli digitali di riferimento contenuti nella banca dati.

La soluzione praticata con l'UPP conciliativo potrebbe consentire all'apparato della giustizia civile maggiore efficienza e un minore dispendio sia in termini di denaro che di tempo, seppure il modello proposto implica il rischio di parcellizzare eccessivamente l'attività giurisdizionale e di minare il principio di unicità del processo e del giudizio, ove poi la conciliazione non avvenga.

In effetti, anche altri ordinamenti europei mostrano rinnovato interesse verso la mediazione endo-processuale e riconoscono il valore della volontarietà della mediazione e della giustizia partecipata. Addirittura, in Francia è stato istituito un gruppo di lavoro⁶⁴, con l'obiettivo di valutare la possibilità di introdurre la mediazione anche per i giudizi pendenti innanzi alla Cassazione. Nel Rapporto si valuta positivamente la possibilità di fare entrare la mediazione attraverso “le porte” della Corte di Cassazione, seppure con opportune modifiche legislative in considerazione delle peculiarità che contraddistinguono le procedure proprie del giudizio in Cassazione.

La *ratio* sottesa è favorire la pacificazione delle relazioni sociali nella loro dimensione di rapporti di lunga durata. È autoevidente che le parti sono in lite, ma si vuole sottolineare come spesso il processo non sia una soluzione nel breve termine. Perfino il giudizio in Cassazione può non essere conclusivo e tradursi in una decisione che li condurrà ad un rinvio al giudice del merito.

Sotto questo profilo, la *médiation judiciaire* (mediazione demandata dal giudice con il consenso delle parti), anche nella fase del ricorso in Cassazione, potrebbe rappresentare un'opportunità per le parti per gestire la controversia, promuovere il dialogo e arrivare ad una soluzione condivisa, piuttosto che “ripartire dal via nel gioco dell'oca” ovvero dal giudice del rinvio.

⁶³ M. Delia, *cit.*

⁶⁴ Per un esame approfondito de «La médiation devant la Cour de cassation», si veda M. Marinaro, *La mediazione demandata dalla “Cour de cassation” e il “Conseil national de la médiation”. Nuove prospettive per la médiation judiciaire in Francia e spunti di riflessione per la riforma della mediazione italiana*, in *Giustizia insieme*, 26 luglio 2021 (<https://www.giustiziainsieme.it/en/processo-civile/1887-spunti-di-riflessione-per-la-riforma-della-mediazione-italiana?hitcount=0>).

4. *Negoziazione assistita*

La negoziazione assistita da avvocati è stata avviata con dl n. 132/2014 mostrando i migliori risultati in materia di separazioni e divorzi⁶⁵, mentre ha avuto poco successo, pur costituendo condizione di procedibilità⁶⁶, in altre materie⁶⁷.

La riforma prevede l'estensione del campo di applicazione della negoziazione assistita alle controversie di lavoro, di cui all'art. 409 c.p.c. È obbligatoria l'assistenza tecnica dell'avvocato e, se ritenuta opportuna dalla parte, è possibile l'assistenza del consulente del lavoro. In ogni caso, la scelta della negoziazione assistita non implica che sia assolta la condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁶⁸ e, comunque, all'eventuale accordo deve essere assicurato il regime di stabilità, di cui all'art. 2113, comma 4, c.c. Pertanto, l'accordo conciliativo raggiunto tra il lavoratore (subordinato e parasubordinato) e il datore di lavoro, all'interno di una negoziazione assistita da avvocati, sarà equiparato, in termini di stabilità, agli accordi raggiunti in una sede tutelata con l'assistenza dei sindacati e dei datori di lavoro. Si tratta di una novità che potrebbe avere delle ricadute notevoli, confermando il *trend* più generale nella direzione di una progressiva liberalizzazione privatistica delle forme di tutela, affidate agli avvocati e ai consulenti del lavoro, piuttosto che al *munus publicum*. Ciò pone delicatissime questioni riguardanti il rispetto degli obblighi deontologici dei professionisti, in tema di piena applicazione delle norme sostanziali di protezione.

Per l'altrettanto delicata materia del diritto delle persone e della famiglia, il legislatore mira a favorire il ricorso alla negoziazione assistita anche per la regolamentazione di accordi tra genitori per il mantenimento dei figli e per la modifica delle condizioni già determinate⁶⁹.

Per standardizzare e agevolare l'intero procedimento la scelta è stata adottare un modello unico di convenzione di negoziazione assistita predisposto dal Consiglio Nazionale Forense⁷⁰. La procedura vedrà una fase di attività istruttoria, definita "di istruzione stragiudiziale", che dovrà svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio e di altri principi fondamentali⁷¹, "...consistente nell'acquisizione delle dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della

⁶⁵ Cfr. art. 6 dl n. 132/2014.

⁶⁶ Cfr. art. 3 dl n. 132/2014

⁶⁷ A.M. Tedoldi, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2021, 7.

⁶⁸ Art. 1, comma 4, lettera q), Legge delega 206/21.

⁶⁹ Art.1, comma 3-5, lettera b), Legge delega 206/21. In dottrina, sulle peculiarità della negoziazione assistita nelle controversie familiari, si veda G. Giaimo, *Status coniugale e volontà delle parti nella crisi della famiglia. brevi note comparatistiche in tema di negoziazione assistita*, in *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, 2015, 1517-1530; G. Giaimo, *Negoziazione assistita nelle controversie familiari e difesa personale della parte. Appunti comparatistici*, in *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, n.4/2016, 1052-1061.

⁷⁰ Art.1, comma 4, lettera r), Legge delega 206/21.

⁷¹ Art.1, comma 4, lettera t), Legge delega 206/21.

controversia e nella richiesta alla controparte di dichiarare per iscritto, ai fini di cui all'articolo 2735 c.c., la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente⁷².

In tal senso, la Legge delega pone l'attenzione sulla necessità di prevedere:

- 1) le garanzie per le parti e i terzi in merito alle modalità di verbalizzazione delle dichiarazioni, compresa la possibilità per i terzi di non renderle, prevedendo misure volte ad anticipare l'intervento del giudice al fine della loro acquisizione;
- 2) le sanzioni penali per chi rende dichiarazioni false e le conseguenze processuali per la parte che si sottrae all'interrogatorio, consentendo al giudice di tener conto della condotta ai fini delle spese del giudizio ed *ex artt.* 96 e 642, comma 2, c.p.c.;
- 3) l'utilizzabilità delle prove raccolte nel successivo giudizio avente ad oggetto l'accertamento degli stessi fatti, fatta salva la possibilità per il giudice di disporre la rinnovazione;
- 4) con riguardo al successivo giudizio, una maggiorazione del compenso previsto per la fase istruttoria o di trattazione dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia 10 marzo 2014, n. 55, in misura non inferiore al 20 per cento, per gli avvocati che abbiano fatto ricorso all'istruttoria stragiudiziale, salvo che il giudice non rilevi il carattere abusivo o la manifesta inutilità dell'accesso all'istruzione stragiudiziale oppure non ne disponga l'integrale rinnovazione;
- 5) che il compimento di abusi nell'attività di acquisizione delle dichiarazioni costituisca per l'avvocato grave illecito disciplinare, indipendentemente dalla responsabilità prevista da altre norme⁷³.

La riforma modifica l'art. 6 l. n. 162/2014, stabilendo che: (i) gli accordi raggiunti a seguito di negoziazione assistita possono contenere anche patti, aventi ad oggetto il trasferimento di diritti su beni immobili; (ii) il giudizio di congruità *ex art.* 5, comma 8, l. n. 898/1970 sia effettuato dai difensori con la certificazione dell'accordo delle parti; (iii) gli accordi muniti di autorizzazione siano conservati, in originale, presso l'Ordine degli Avvocati⁷⁴ che ne rilascia copia autentica alle parti, ai difensori e ai terzi interessati; (iv) i legali siano soggetti ad una sanzione amministrativa pecuniaria qualora violino l'obbligo di trasmissione⁷⁵.

Dunque, negli accordi di separazione, divorzio o scioglimento dell'unione civile, stipulati mediante negoziazione assistita da avvocati, vi sarà la possibilità di inserire anche l'ipotesi di trasferimenti immobiliari, con efficacia però meramente obbligatoria. Ad ogni modo, tuttavia, l'effetto traslativo si consegnerà soltanto con

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ Art. 11, dl, 12 settembre 2014, n. 132.

⁷⁵ Sul punto, v. quanto previsto dall'art. 6, comma 4, dl, 12 settembre 2014, n. 132, a proposito delle sanzioni a carico dell'avvocato.

la stipula dell'atto presso il notaio o, in caso di inosservanza dell'obbligo, si potrà agire *ex art. 2932 c.c.*, così da trasferire la proprietà del bene immobile con sentenza costitutiva.

Inoltre, al coniuge o al partner dell'unione civile che non disponga di risorse sufficienti o che, comunque, non si trovi, per motivi oggettivi, nella condizione di procurarsele, potrà essere versata, in un'unica soluzione, una somma *una tantum*, la cui congruenza sarà attestata dai legali che assistono le parti e sottoscrivono l'accordo. La quantificazione della somma dovuta dovrà avvenire secondo i parametri previsti dall'art. 5, comma 6, l. n. 74/1987., tenendo conto anche del recente *revirement* delle sezioni unite⁷⁶. L'assolvimento dell'obbligo di mantenimento, attraverso il pagamento della *somma una tantum*, esclude ovviamente qualunque successiva domanda di contenuto economico⁷⁷.

Il legislatore prevede anche la possibilità d'includere patti di trasferimento immobiliare con efficacia obbligatoria nell'accordo di separazione o divorzio negoziato con l'assistenza dei legali, e l'ipotesi di attribuire a questi ultimi la determinazione di congruità sull'assegno di mantenimento. Si tratta, indubbiamente, di interventi dal profilo innovativo che vanno accolti in modo favorevole. Ed infatti, essi mirano a risolvere questioni a lungo controverse e confermano la funzione di "definizione della controversia" ovvero sia la idoneità dell'accordo, raggiunto attraverso la negoziazione, a sostituire la sentenza del giudice relativamente alla determinazione degli effetti economici derivanti dalla rottura del *ménage*. Più delicate sono invece le valutazioni da compiersi rispetto all'istruttoria al di fuori del giudizio riutilizzabile all'interno del processo. Da un lato, infatti, si riduce la fase di trattazione, ma chiaramente, dall'altro, diminuiscono le garanzie difensive e il contraddittorio che, di fatto, sono consegnati alle abilità e nelle mani dei difensori, così come avviene in parte nei sistemi di *common law*, inglese e statunitense, nella fase *pre-trial*.

Tuttavia, la cultura *adversary* del modello processuale di *common law*⁷⁸ è ontologicamente fondata su precise e tradizionali regole che informano l'acquisizione delle prove prima del processo, peculiari *duties of disclosure*⁷⁹, ai fini

⁷⁶ Cass., sez. unite, 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2671, con note di G. Casaburi, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica «terza via»*, e di M. Bianca, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, e in *Foro it.*, 2018, I, c. 3605 (m), con note di F. Macario, *Una decisione anomala e restauratrice delle sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio*, e di A. Morace Pinelli, *L'assegno divorzile dopo l'intervento delle sezioni unite*.

⁷⁷ Cfr. art. 5, comma 8, l. n.74/1987.

⁷⁸ Per un'analisi approfondita, L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, 300 ss; V. Varano-V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., 287 ss.

⁷⁹ J. Friedenthal - M.K. Kane - A. Miller, *Civil Procedure*, 2015, St. Paul, 380 ss.

della condivisione della prova acquisita, accompagnati da poteri di *discovery*⁸⁰, che hanno come contrappesi, per garantire la *fairness* delle parti e dei loro avvocati⁸¹, i cd. *statements of truth*⁸². Le condotte irrispettose del dovere di *fairness* nell'acquisizione e condivisione delle prove sono punite attraverso sanzioni penali e disciplinari, riferibili alla dottrina del cd. *contempt of court*⁸³.

Seppure, occorre rilevare che queste tradizionali caratteristiche, così come la ricostruzione incentrata su una eccessiva polarizzazione del modello *adversary* nel *common law* e inquisitorio nel *civil law*, utile ai fini didattici, rischia di essere fuorviante se non si tiene conto, da un lato, dell'evoluzione dei modelli processuali e, dall'altro, delle caratteristiche profonde dei modelli⁸⁴.

Ciò che qui forse maggiormente va individuato come demarcatore sistemologico è un'impostazione tributaria di modelli, categorie dogmatiche e strumenti, che si allontanano dal principio, invece diffuso nel nostro ordinamento, per cui *nemo tenetur edere contra se*.

Ad un'attenta analisi applicare un modello *adversary*, senza alcun coordinamento da parte di un soggetto terzo (giudice, arbitro, mediatore o altro), di fatto permette che la formazione delle prove e le dichiarazioni rese si acquisiscano nel successivo processo e, dunque, pone rischi di distorsione dell'istituto della negoziazione e delle finalità conciliative. La negoziazione assistita dovrebbe rimanere estranea rispetto all'apparato processuale ed alla dialettica che si sviluppa tipicamente davanti a un giudice. Così come per la mediazione⁸⁵, vanno assicurati e difesi la *privacy* e i divieti di utilizzare le dichiarazioni e le attività anche istruttorie proprie della fase stragiudiziale⁸⁶. Diversamente, sarà difficile garantire un dialogo effettivo e fattivo tra le parti, le quali, anche se attraverso incontri separati, avranno sempre il timore di compromettere la propria posizione e i propri interessi.

Se si intende davvero favorire la soluzione conciliativa della lite non si può prescindere dalla protezione della *privacy* e dal divieto di successiva utilizzazione

⁸⁰ In seguito di una riforma del 2000 della Rule 26 a), che ha introdotto la c.d. *disclosure*, le parti sono obbligate a scambiarsi alcune informazioni e prove rilevanti anche prima della *discovery request* di controparte. Non è questa la sede per approfondire. Si rinvia a K. Clermont, *Civil procedure*, St. Paul, 2012, 81-85. L. Passanante, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1353 ss.

⁸¹ Sul ruolo degli avvocati, si veda A.T. von Mehren, *Law in the United States*, Cambridge, 2007.

⁸² J.H. Wigmore, *Wigmore on Evidence: Evidence in Trials at Common law*, New York, 1985.

⁸³ Si tratta del potere del giudice di sanzionare i comportamenti che violano un ordine del giudice o regole processuali, attraverso pene pecuniarie o detentive. Cfr. M.G. De Rossi, *Il contempt of court e la specific performance nel diritto inglese*, Roma, 1934; A. Frignani, *L'injunction nel diritto inglese e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974; L. Moccia, *op. cit.*, 2005, 217-275; M. Taruffo, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro It.*, 2001, vol. 124, n.11, 345 ss.

⁸⁴ Cfr. U. Mattei, E. Ariano, *Il modello di common law*, Torino, 2018, 299.

⁸⁵ Artt. 9 e 10 D.lgs. n. 28/2010.

⁸⁶ Art. 9 dl n. 32/2014.

che caratterizzano le ADR. Ciò vale soprattutto in materie delicate come il diritto di famiglia e del lavoro.

Altro aspetto problematico attiene alle spese ed ai costi della negoziazione, ma soprattutto ai rapporti tra la condotta tenuta durante la procedura extragiudiziale e le decisioni del giudice che possono derivare dalla valutazione di tale condotta.

Il principio per cui le spese seguono la soccombenza, quindi chi agisce o resiste in giudizio ha diritto a non sopportare i costi necessari per vedere riconosciute le proprie ragioni, ha subito negli anni, da Chiovenda in poi, notevoli ridimensionamenti e non può più essere considerato come il principio guida, essendo stato sostituito da un'idea di responsabilità fondata, invece, sulla cattiva gestione o abuso del processo. Tuttavia, non è possibile applicare tale ultima impostazione in sede di negoziazione assistita. In altri termini, le valutazioni che possono formularsi rispetto all'abuso del processo, alle scorrettezze negli atti di causa e, più in generale, ai comportamenti assunti nel processo, non sono direttamente riproducibili rispetto alle valutazioni e alle condotte adottate in sede stragiudiziale: qui, la parte dovrebbe avere la libertà di negoziare in piena autonomia, senza il timore che il giudice valuti il diniego a negoziare come motivo di responsabilità aggravata o di concessione della provvisoria esecutività di un decreto ingiuntivo⁸⁷. Questa disciplina delle «conseguenze processuali», che era già vigente prima della riforma in commento, viene ora estesa alla parte che si sottrae all'interrogatorio stragiudiziale, chiesto dalla controparte allo scopo di ottenere una confessione in sede di negoziazione.

Sembrirebbe che il legislatore della riforma sia caduto nell'errore di applicare gli istituti tipici del processo fuori dal loro ambito, distorcendone *ratio* e funzione.

5. Conclusioni

Il legislatore della riforma in commento sembra voler seguire il famoso paradigma della *multidoor courthouse* di Frank Sander, richiamato all'inizio di questo lavoro.

Ma l'intenzione è stata correttamente tradotta nelle norme e troverà attuazione nella prassi? Oppure rischiamo di aver respinto una parte di cittadini fuori dalla porta, di averli allontanati dall'edificio? Di rendere loro l'accesso ancora una volta molto complicato e costoso? Di aver precluso l'ingresso principale, inducendoli ad un ingresso secondario?

Volendo tentare, non tanto di dare risposta definitiva agli interrogativi aperti e retorici sopra formulati, quanto piuttosto di tratteggiare possibili scenari futuri, va

⁸⁷ Art. 4, comma 1, l. n. 162/2014.

ribadito che la riforma, oltre ai criteri direttivi relativi al procedimento, contiene anche disposizioni in materia di formazione per mediatori e formatori⁸⁸.

Per gli Organismi di Mediazione si richiedono nuovi e più elevati *standards* nella prestazione dei servizi offerti⁸⁹. Il tutto, però, corre l'obbligo di sottolinearlo con forza «senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»⁹⁰.

Il disegno di riorganizzazione delle ADR nell'ambito della giustizia civile, pensato in esecuzione del PNRR, è molto ambizioso e potrebbe essere foriero di un cambio di passo assai significativo rispetto alle precedenti riforme, che si sono sempre (o quasi sempre) limitate a modificare i riti processuali.

L'ambizione della riforma passa attraverso un percorso strategico che cerca di affrontare i sistemi di gestione degli uffici e trasformare la giurisdizione civile⁹¹.

È certamente problematico trovare un compromesso tra l'esigenza di diminuire la mole di lavoro per l'amministrazione ed i giudici e la necessità irrinunciabile di garantire un accesso alla giustizia effettivo. L'introduzione di *bonus* economici e incentivi fiscali è certamente una delle vie per spronare le persone alla protezione dei propri diritti e interessi già in sede stragiudiziale, soprattutto in un momento storico nel quale le difficoltà economiche di molti, sono state aggravate dalla crisi pandemica ed economica e le persone non sono nelle condizioni di affrontare le spese di giustizia e il pagamento di una difesa tecnica di fiducia.

Peraltro, da un punto di vista finanziario, la *chance* di investire in spese legali stragiudiziali, che possono essere rimborsate attraverso gli incentivi fiscali, potrebbe tradursi in un maggior potere d'acquisto e contribuire al rilancio dell'economia nazionale, incidendo positivamente in termini di crescita del Pil nel futuro prossimo.

Sotto altro e differente profilo, invece, desta qualche perplessità la tendenza a trasferire a soggetti esterni al potere giudiziario *munera* tradizionalmente riservati alla funzione giurisdizionale, seppure prevedendo misure a garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa (art. 111 Cost.). Si fa riferimento ai poteri degli

⁸⁸ V. art.1, comma 4, lettera l), Legge delega 206/21.

⁸⁹ In particolare, in termini "di qualità e trasparenza del procedimento di mediazione, anche attraverso la revisione dei criteri indicatori dei requisiti di serietà ed efficienza degli enti pubblici o privati per l'abilitazione a costituire gli organismi di mediazione di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28". Così l'art.1, comma 4, lettera l), Legge delega 206/21; e anche nuovi "criteri di valutazione dell'idoneità del responsabile dell'organismo di mediazione, nonché degli obblighi del responsabile dell'organismo di mediazione e del responsabile scientifico dell'ente di formazione", art.1, comma 4, lettera m), Legge delega 206/21.

⁹⁰ Art.1, comma 4, lettera l), Legge delega 206/21.

⁹¹ C. Castelli, *Giustizia: andare oltre il PNRR*, in *Questione Giustizia*, 5 maggio 2021, on line su www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-andare-oltre-il-pnrr.

avvocati in sede di negoziazione assistita⁹² ed alle novità già illustrate in seno alla procedura di mediazione, sul presupposto (non scontato) che gli attori coinvolti operino con competenze qualificate, specifiche attitudini e in tempi più ragionevoli di quelli della giurisdizione.

Dunque, ulteriore presupposto, non scontato, è dotare questi attori di uno strumentario adeguato alla bisogna, sia gli operatori che abitualmente si occupano di controversie nelle aule di udienza, sia coloro i quali si affacciano e iniziano gradualmente ad acquisire le abilità proprie della “dimensione alternativa”.

Per assecondare queste epocali trasformazioni, occorrerà, oltre alla tanto acclamata e declamata “conversione digitale”, una conversione nelle metodiche di lavoro: accanto alle banche dati ragionate, agli archivi di precedenti giurisprudenziali organizzati per materia e per territorio, sarà fondamentale una straordinaria attitudine di apertura al cambiamento, che non è affatto scontata.

Gli strumenti digitali contribuiranno, si spera, ad innalzare la qualità del servizio giustizia ed a garantire una maggiore predittività della decisione e, dunque, un certo grado di certezza del diritto attraverso la conoscibilità della decisione e la pronta e certa reperibilità del precedente giurisprudenziale. Inoltre, incrementando il contenuto delle banche dati, la diffusione degli orientamenti giurisprudenziali sarà maggiore e ciò dovrebbe agevolare il lavoro di motivazione dei provvedimenti, riducendo i tempi necessari a renderli⁹³. Ciò in parte è senz’altro vero, tuttavia ci avviciniamo sempre di più al modello della prassi di seguire il precedente giudiziale ed alle indicazioni di quei tanto famosi e criticati “Rapporti Doing Business”⁹⁴, di cui si è detto in premessa, e di una presunta ed apodittica affermazione di maggiore efficienza, se non superiorità culturale, del modello di *common law*⁹⁵.

Prevedibilità e certezza sono valori che concorrono a garantire la parità di trattamento dei cittadini davanti alla legge, preconditione di un giusto processo di

⁹² Sul ruolo, delicatissimo, dell’avvocato nella procedura di negoziazione assistita nelle controversie familiari, si veda G. Giaimo, *Norme imperative e negoziazione assistita nelle controversie familiari. Il ruolo degli Avvocati e del Pubblico Ministero*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 4/2016, 1066-1076.

⁹³ U. Mattei – L. Nader, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010.

⁹⁴ Al primo rapporto, The World Bank, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, Washington, 2004, ne sono seguiti molti altri, poi entrati nell’occhio del ciclone per diverse buone ragioni connesse alla loro redazione, agli autori ed ai fini per cui sono stati pensati. Si veda, però, la nuova iniziativa della Banca Mondiale, *Business Enabling Environment*, on line su www.worldbank.org/en/programs/business-enabling-environment. Cfr. K.E. Davis – B. Kingsbury -S. Engle Merry, *Indicators as a technology of global governance*, in K.E. Davis - A. Fisher - B. Kingsbury - S. Engle Merry (a cura di), *Governance by Indicators. Global Power through quantification and ranking*, Oxford, 2012, 3 ss.; F. Moretti - D. Pestre, *Bankspeak: The language of World Bank reports*, in *New Law Review*, n.92/2015, 75.

⁹⁵ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, 126-128; 172 e ss.; e *ivi*, sul cd. “mercato delle riforme”, 177.

durata ragionevole⁹⁶, ma non sono valori assoluti. Non si può abdicare dalla “giustizia del caso concreto”, dall’approccio *case by case*, che richiede un diverso modo di contemperare gli interessi confliggenti alla luce degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano il singolo caso, sia che questo trovi definizione nel circuito giurisdizionale, sia che questo venga risolto stragiudizialmente.

Va arginata la deriva che vede uno sbilanciamento eccessivo verso l’unico obiettivo dell’efficienza economica, in funzione del valore assoluto della durata ragionevole del “giusto processo” civile. I metodi aziendalistici noti come LIFO e FIFO (“*Last In First Out*”, “*First In First Out*”) ricorrono molto frequentemente⁹⁷, anche nel PNRR, applicando un approccio meramente efficientista ai problemi della giustizia civile. Tuttavia, occorre sempre ricordare che l’obiettivo principale è e resta sempre la tutela dei diritti soggettivi, specie se indisponibili, che non sempre è facilmente conciliabile con l’impianto di valutazione dei risultati degli uffici amministrativi, con una durata dei processi calcolata e considerata in termini meramente statistici e quantitativi. Poiché c’è da considerare l’aspetto qualitativo: il contenuto dei provvedimenti, la complessità nella ricostruzione dei fatti, delle questioni di diritto rilevanti e delle soluzioni giuridiche adottate per fare giustizia nel caso concreto⁹⁸. Qualcuno, forse esagerando ma con immagini fortemente evocative, ha richiamato uno scenario apocalittico da *Metropolis* di Fritz Lang o da *Modern Times* di Charlie Chaplin, da adeguare al quadro socio-economico postmoderno da terziario avanzato, fondato «su logiche performative che coinvolgono l’intero essere umano, nel corpo, nella mente e nell’anima»⁹⁹.

La giustizia predittiva e gli applicativi dell’intelligenza artificiale¹⁰⁰ sono da valutare positivamente, purchè non vadano a detrimento della “dimensione

⁹⁶ Sugli algoritmi predittivi vd. L. Viola, *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, atti del Convegno presso Istituto dell’Enciclopedia Italiana Treccani, Milano, dicembre 2019. Con uno sguardo più ampio sulla funzione mai neutra di indicatori ed algoritmi, F. Pasquale, *Black box society: the secret algorithms that control money and information*, Cambridge, 2015; M. Infantino, *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, 2019, on line su https://arts.units.it/retrieve/handle/11368/2951861/286060/10320.5_Infantino_online.pdf; Id., *Les comparatistes et les indicateurs juridiques globaux: choix et défis*, in *Revue internationale de droit comparé*, n.1/2020, 47 ss.

⁹⁷ Cfr. «Misurare la performance dei tribunali», nell’ambito dei lavori dell’«Osservatorio per il monitoraggio degli effetti sull’economia delle riforme della giustizia», on line su www.giustizia.it/resources/cms/documents/Performance_tribunali_italiani_settore_civile.pdf.

⁹⁸ F. Pasquale, *The new law of robotics. Defending human expertise in the age of AI*, Cambridge, 2020.

⁹⁹ A.M. Tedoldi, *cit.*, 2.

¹⁰⁰ C. Pilia, *L’intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, in *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, vol. 1, 857-884; I. Cardillo, *Disciplina dell’intelligenza artificiale e intelligentizzazione della giustizia in Cina*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n.3/2022, 139-167. Una recente sperimentazione di un “assistente virtuale” vede la collaborazione dell’Università degli Studi di Salerno e della Corte d’Appello di Salerno e sarà sperimento in altri distretti di Corte d’Appello in Puglia e Calabria, cfr. https://napoli.repubblica.it/cronaca/2023/02/02/news/salerno_in_tribunale_arriva_lassistente_virtuale_cosi_linte_lligenza_artificiale_aiutera_i_magistrati-386185715/; ed anche l’intervista al Professore Salvatore Sica,

umana” della singola controversia¹⁰¹. È condivisibile la sperimentazione di strumenti di intelligenza artificiale per rendere anonimo il provvedimento, così da eliminare direttamente i dati e le informazioni personali da cui potrebbe risalirsi alle generalità del soggetto, evitando di svolgere tale operazione manualmente. Più problematico, invece, appare l’impiego di tali tecnologie per elaborare gli *abstracts* dei provvedimenti giurisdizionali, o per organizzare la giurisprudenza anche ai fini della sua riutilizzabilità.

Peraltro, tutto ciò presuppone, come già evidenziato, che l’intera struttura e, dunque, il personale, lavori all’insegna della collaborazione e del lavoro di squadra e che, in quest’ottica, migliori e cresca anche grazie all’utilizzo degli strumenti tecnologici e all’ausilio del personale tecnico specializzato: ingegneri e tecnici informatici, statistici sociali, programmatori, *webmasters*.

Il Ministero della giustizia ha previsto una massiccia immissione di giovane personale con formazione giuridica in un contesto che si presenta molto rinnovato, ma non bastano i giuristi. Se il modello è quello tracciato, servono saperi tecnici diversamente orientati e complementari.

Per quanto più riguarda i sistemi di ADR, suscita notevole perplessità la scelta di estendere ad altre aree l’obbligatorietà della mediazione, come condizione di procedibilità dell’azione. Si è già accennato in altre parti di questo contributo, ma si vuole ribadire in sede conclusiva, che tale obbligatorietà ha come *ratio* quella di offrire alle parti una diversa via di soluzione della controversia, così da dare occasione ai litiganti di verificarne le potenzialità e provarne i benefici. Tuttavia, l’obbligatorietà trova senso e giustificazione in una situazione di completa ignoranza circa lo “strumento alternativo”, non dopo un decennio (dal 2010) o un ventennio (dal 2003) dalla sua introduzione nell’ordinamento giuridico.

In particolare, la mediazione civile e commerciale dal 2010 costituisce condizione di procedibilità per una vasta tipologia di liti. Per alcune materie, quali condominio, locazione e diritti reali, contratti bancari e assicurativi, i risultati sono stati soddisfacenti; mentre, per molte altre, l’obbligatorietà del tentativo ha soltanto avuto l’effetto di rinviare il ricorso al giudice. Già gli esiti dei monitoraggi pregressi avrebbero dovuto suggerire un diverso approccio, alla luce dell’elevato numero di procedure di mediazione obbligatoria con “verbale negativo al primo incontro” e spesso senza che la controparte si presenti¹⁰².

pubblicata su <https://www.ildubbio.news/giustizia/bene-lintelligenza-artificiale-ma-non-si-potra-mai-fare-ameno-dellavvocato-15r4n54s>.

¹⁰¹ W. Barfield – U. Pagallo, *Advanced introduction to law and artificial intelligence*, Cheltenham, Northampton, 2020.

¹⁰² Cfr. i dati pubblicati su www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page?selectedNode=0_10_3_2.

Come sopra analizzato, inoltre, potenziali *legal irritants*¹⁰³ sono rappresentati dal trasferimento in sede processuale delle risultanze istruttorie proprie della fase stragiudiziale: “produrre in giudizio la relazione tecnica effettuata all’interno del procedimento di mediazione”¹⁰⁴ ; “svolgere attività istruttoria stragiudiziale nel corso della negoziazione assistita, utilizzabile nel giudizio iniziato, riassunto o proseguito dopo la negoziazione”¹⁰⁵. In tali ipotesi, è richiesto l’accordo delle parti ed è più che verosimile che queste ultime verranno indirizzate in tale direzione dai propri legali¹⁰⁶, al fine di ridurre le spese e di abbreviare i tempi di un successivo eventuale giudizio. In proposito, va rilevato che le parti accettano lo svolgimento di atti esportabili, prima ancora di conoscerne gli esiti. Già in passato, alcune pronunce di merito¹⁰⁷ e il CNF¹⁰⁸ avevano inteso istituzionalizzare tale prassi. Tuttavia, come già accennato, ciò lede i fondamentali principi di spontaneità e riservatezza, che dovrebbero caratterizzare le procedure di ADR. Orbene, l’abc della formazione per un mediatore è: imparare che la soluzione del conflitto, fuori dal processo, non passa attraverso l’aggiudicazione di un bene giuridico a Tizio piuttosto che a Caio – per esempio, in virtù della sua distanza dal confine e della sua natura pertinenziale rispetto ad un bene principale – quanto piuttosto dalla capacità di sondare le dinamiche interne al conflitto; di comprendere i reali interessi delle parti, che non necessariamente corrispondono ai loro diritti; di individuare le necessità reali e non palesate e sperimentare soluzioni che possano accontentarli. Non tutto, in queste dinamiche, può o deve risolversi nell’accertamento dei fatti idonei a sostenere le pretese e le difese in giudizio. Dunque, se i litiganti, in sede di mediazione o negoziazione assistita, anziché dialogare sono concentrati a procurarsi argomentazioni da spendere in giudizio e partecipano alla procedura con timore di dire o fare cose che potrebbero pregiudicare l’esito della futura decisione, la “complementarietà”, tanto

¹⁰³ Sul concetto di *legal irritants* vd. G. Teubner, *Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies*, in *The modern law review* n.61/1998, 11-32. L’autore lo utilizza con riferimento ad istituti propri del diritto contrattuale, tuttavia l’approccio è qui riutilizzabile fruttuosamente con riferimento ad istituti e categorie dogmatiche proprie del diritto processuale.

¹⁰⁴ Comma 4, lettera i), Legge delega.

¹⁰⁵ Comma 4, lettere s) e t), Legge delega.

¹⁰⁶ E’ stata cassata la parte che prevedeva l’aumento del compenso per l’avvocato che ha fatto ricorso ed ha partecipato all’istruttoria stragiudiziale, presente in una precedente versione: ddl 1162-A, testo proposto in Commissione, 14 settembre 2021, art. 2, comma 1, lettera t), n. 5.

¹⁰⁷ Per tutti, si veda Trib. Roma, ord. 16 luglio 2015, nella quale il giudice, adito con ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*, prospetta alle parti, in alternativa, l’avvio di una procedura di mediazione poiché «anche nel 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 elaborato».

¹⁰⁸ Cfr. mozione n. 30 elaborata al Congresso nazionale del CNF, Rimini, 6-8 ottobre 2016, dal gruppo congressuale “Negoziazione e altre ADR”, che proponeva di acquisire agli atti del successivo giudizio la consulenza espletata in mediazione e di prevedere «un accertamento tecnico stragiudiziale o altro ed ulteriore strumento di istruzione stragiudiziale assistita».

declamata, non funziona; e non si offre un servizio efficace né in una dimensione né nell'altra.

È vero che il giudice potrà disporre la rinnovazione delle prove raccolte nella negoziazione assistita e che valuterà “liberamente” la relazione della CTM, ma questi correttivi sono di impatto limitato, poiché per la maggior parte dei casi è verosimile ritenere che prevarranno le esigenze di semplificazione e abbreviazione dei tempi.

Orbene, se non si coglie il senso profondo della cultura dell'ADR, si finisce solo per strumentalizzare le procedure stragiudiziali *ante-iudicium*, direttamente o indirettamente, per anticipare fuori dal giudizio atti da compiersi all'interno dell'esercizio del potere giurisdizionale: il rischio è di svilire il senso stesso della riforma, rendendo le procedure ADR strumenti deterrenti all'accesso alla giurisdizione e luoghi per esternalizzare le fasi più impegnative del processo.

Qui si vuole suggerire l'opportunità di una mediazione completamente “separata” dal processo, che consenta agli utenti e agli operatori di collaudare ogni tecnica e azione in grado di sviluppare le potenzialità dell'autonomia privata, spesso limitata o coartata a causa della non piena “separatezza” delle due dimensioni, stragiudiziale e giudiziale, da meccanismi sanzionatori, che riducono la sovranità delle parti nella dimensione *extra-iudicium*.

La “mediazione separata” favorirebbe la libertà delle forme e una reale semplificazione: non occorrerebbe redigere l'istanza di mediazione anticipando nella forma e nei contenuti l'atto introduttivo del giudizio, come è ormai (purtroppo) prassi, per evitare che possa essere eccepito dal convenuto in giudizio che l'oggetto della domanda processuale non è lo stesso (in tutto o in parte) di quello trattato in mediazione, ove questa sia condizione di procedibilità dell'azione; le sedute di mediazione non dovrebbero necessariamente essere verbalizzate, così da eliminare polemiche sui contenuti e sulle dichiarazioni da inserire o meno nel verbale, che spesso inaspriscono notevolmente il clima attorno al “tavolo della mediazione” e compromettono il dialogo tra le parti ed i rispettivi avvocati; verrebbero meno certi “retaggi aggiudicativi”, come la proposta formalizzata del mediatore con le conseguenze pregiudizievoli, in sede di giudizio, per le parti che non dovessero accettarla¹⁰⁹. D'altra parte, allontanarsi dal modello aggiudicativo non significa per le parti abdicare da o limitare la tutela dei propri interessi e delle proprie ragioni: non si dovrebbe rinunciare all'assistenza legale, che dovrebbe essere sempre incoraggiata e non solo, come avviene attualmente, in caso di mediazione obbligatoria¹¹⁰.

¹⁰⁹ Il riferimento è l'art. 13 del D.lgs. n. 28/2010.

¹¹⁰ *Id est* quando «l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Cfr. Comma 4, lettera c), Legge delega.

La mediazione dà risultati soltanto se si basa sull'efficienza del servizio e sulla competenza degli operatori, sia in termini di tecniche di mediazione e facilitazione della comunicazione sia nel merito e quando gli avvocati delle parti si mostrano disponibili ad assumere un ruolo di negoziatori, seppure tenuti a rappresentare gli interessi dei propri assistiti ed a fornire loro l'assistenza dovuta in termini di *independent advice*¹¹¹. Ed infatti, l'assistenza tecnica dell'avvocato nella procedura mediativa è importante, in primo luogo, per meglio comprendere le motivazioni dell'altra parte e per considerare le diverse implicazioni giuridiche e le conseguenze delle possibili soluzioni negoziate, ma anche per garantire che l'accordo conciliativo possa essere immediatamente esecutivo.

La “giustizia complementare” non può essere declinata come uno strumento di deterrenza all'accesso al processo. Occorre, invece, rafforzare la “dimensione alternativa”: se si vuole che quest'ultima sia volontariamente scelta e preferita alla prima, piuttosto che subita, è necessario elevarla qualitativamente e portarla ad un livello - reale e percepito - almeno pari a quello della dimensione giudiziale. Non è realistico pensare che le parti scelgano ponderatamente la negoziazione assistita o la mediazione se non si attendono negli addetti ai lavori il medesimo livello di preparazione e di fiducia che attribuiscono al circuito giurisdizionale.

Di conseguenza, occorre investire massicciamente sulla formazione e sulle strutture: non ci si può limitare al mero aumento della durata dei corsi di formazione e di aggiornamento attuali, né ad avviare un “percorso di approfondimento giuridico” per chi non possiede un titolo di base specifico.

In questa sede, si propone di inserire un insegnamento specifico in materia di ADR nell'offerta formativa delle Università italiane in alcuni Corsi di Studio.

È impensabile che tale cambiamento possa avvenire «senza nuovi maggiori oneri per la finanza pubblica».

In particolare, soprattutto per la mediazione demandata dal giudice, occorrerà impegnare risorse statali adeguate in una prospettiva a lungo termine, che vada oltre l'orizzonte temporale del PNRR e non miri ad esternalizzare, puramente e semplicemente, i costi di formazione degli operatori.

¹¹¹ Qui la categoria concettuale propria del diritto anglo-americano appare invece di uso appropriato. Il cd. *independent advice* consiste, infatti, nel “*advice given confidentially by a person in a fiduciary capacity*”, cfr. <https://thelawdictionary.org/>. Per una serie di esempi e casi paradigmatici, in cui questo è fondamentale, si veda <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/glossary/independent-advice>.