



LA (PSEUDO) INCENTIVAZIONE DEI SISTEMI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE SECONDO LA RIFORMA CARTABIA

di Roberta METAFORA*

ABSTRACT

La riforma Cartabia punta forte sulla gestione negoziale delle controversie tramite i meccanismi alternativi di risoluzione della lite. Nel contributo, dopo una breve panoramica sull'evoluzione normativa che ha interessato questi strumenti, vengono analizzati pro e contro delle modifiche alla luce degli obiettivi di efficienza nell'ambito del settore della giustizia. Le conclusioni non possono non evidenziare che il principale scopo che ha animato il legislatore della riforma nel modificare gli istituti della mediazione e della negoziazione assistita è stato quello di deflazionare il carico contenzioso attualmente esistente presso gli uffici giudiziari del nostro Paese, così di fatto non riuscendo a realizzare quella che è la vera finalità di questi istituti.

SOMMARIO

1. Breve premessa.....	1
2. L'obbligatorietà degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie	2
3. Le adr e la riforma cartabia	3
4. Una diversa chiave di lettura. La proposta di conciliazione del giudice... ..	4
5. ... e la mediazione delegata.....	5
6. Gli indici di mediabilità	9
7. Segue. La negoziazione assistita nella materia laburistica.....	10
8. L'attività di istruzione stragiudiziale di cui ai novellati artt. 4-bis e 4-ter del D.L. n. 132/2014..	11
9. Brevi osservazioni conclusive	13

1. BREVE PREMESSA

A partire dalla fine del primo decennio del secolo, si è assistito ad un progressivo aumento dell'interesse del legislatore italiano rispetto agli istituti di risoluzione alternativa delle controversie; all'evidente scopo di deflazionare il carico contenzioso civile, si è perfezionato tramite l'adozione del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, di attuazione della Legge delega 18 giugno 2009, n. 69, l'inserimento all'interno dell'ordinamento giuridico italiano dell'istituto della mediazione civile e commerciale quale sistema di risoluzione delle controversie relative a diritti disponibili alternativo al processo civile. Oltre ad aver disciplinato la mediazione c.d. spontanea (i.e. svolta a seguito della libera iniziativa delle parti) e quella conseguente all'inserimento volontario di una clausola di mediazione nel contratto, nello statuto o nell'atto costitutivo dell'ente, il legislatore delegato del 2010 ha altresì previsto la possibilità per il giudice di invitare alle parti a svolgere una procedura di mediazione (c.d. mediazione delegata), nonché ha imposto in numerose controversie l'obbligo per le parti di tentare di risolvere la lite mediante il procedimento di mediazione prima dell'instaurazione del processo (c.d. mediazione obbligatoria).

L'interesse del legislatore per l'implementazione dei sistemi di definizione alternativa alla sentenza è alla base anche dell'introduzione dell'art. 185-bis nel tessuto del codice di rito ad opera del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98, volto alla definizione conciliativa di cause già pendenti su impulso del magistrato. Tale innovazione normativa sottende un notevole cambiamento culturale nella percezione del ruolo del magistrato, nell'ottica di quella c.d. cultura mite nella gestione delle controversie civili che vede la negoziazione e l'accomodamento del conflitto quale valida alternativa alla definizione in sede giurisdizionale contenziosa¹.

* Professore associato di Diritto processuale civile presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi Suor Orsola Benincasa.

¹ Delia, *Il senso della giustizia ed il valore della conciliazione*, in *Questione Giustizia*, 8 novembre 2015.

Nel 2014, il legislatore, evidentemente ispirato dall'omologo istituto del diritto francese, ha poi introdotto nel capo II del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in L. 10 novembre 2014, n. 162, la disciplina della procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, volta a permettere la stipulazione di una convenzione tramite la quale le parti di un contenzioso in cui non sia ancora adito il giudice o un arbitro, si impegnano ad operare congiuntamente e in buona fede per la risoluzione amichevole della loro lite.

Da ultimo, in attuazione degli obiettivi previsti nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, finalizzato a realizzare una imponente opera di modernizzazione del nostro Paese sotto vari profili, sono stati promulgati la Legge delega 26 novembre 2021, n. 206 e il relativo D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 di riforma del processo civile, i quali dedicano ampio spazio agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie al dichiarato scopo di realizzare una giustizia che mantenga la promessa di trasparenza e prevedibilità della durata di procedimenti civili.

2. L'OBBLIGATORIETÀ DEGLI STRUMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE

Nonostante la contraria indicazione proveniente dalla legge delega n. 69/2009 ed ancora prima di quello europeo², il legislatore italiano ha, nei primi anni di applicazione, concepito gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie quali mezzi essenzialmente volti al deflazionamento del contenzioso.

Al riguardo, è emblematica la vicenda relativa all'introduzione della mediazione obbligatoria. Introdotta dall'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010 ed espunta per effetto della declaratoria di

incostituzionalità ad opera di C. cost. 6 dicembre 2012, n. 272³, la mediazione obbligatoria è stata subito reintrodotta nel 2013. Con il già citato D.l. 21 giugno 2013, n. 69, è stato infatti introdotto nell'art. 5 il comma 1-*bis*, per il quale, «*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. [...]*».

Analogamente è stata prevista l'obbligatorietà della negoziazione assistita relativamente alle: i) di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti; ii) di pagamento somma non eccedente 50.000 euro, salvo che essa non si fondi su uno dei rapporti per i quali è prevista la mediazione obbligatoria, o le procedure conciliative elencate dall'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010); iii) relative ai contratti di trasporto o sub-trasporto, eccezion fatta per l'attivazione dell'azione diretta di cui all'art. 7-*ter* del d.lgs. 21 novembre 2005, n. 286 (art. 1, comma 249, l. 23 dicembre 2014, n. 190). Al contrario, ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.l. 132/2014, tra i giudizi che esulano dall'ambito di applicazione della negoziazione assistita obbligatoria vi sono le controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori. Infine, il settimo

² È noto che l'art. 60 della L. n. 69/2009 e ancor prima la Direttiva UE n. 2008/52 non avevano autorizzato il Governo ad introdurre l'obbligatorietà della mediazione.

³ La previsione della mediazione come condizione di procedibilità suscitò, oltre che la reazione della dottrina (si v. tra i molti, Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, in *Foro it.*, 2011, V, 54 ss. e Caponi, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in *www.judicium.it.*) anche quella della giurisprudenza di merito (v. ex

multis T.A.R. Lazio, n. 268 del 2011, in G.U. del 28 dicembre 2011, n. 54), la quale sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010, per contrasto non solo con gli artt. 76 e 77 della Costituzione in tema di legislazione delegata, ma anche per violazione del principio di uguaglianza e del diritto di difesa ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost. La Corte costituzionale, con la sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, in *Giur. it.*, 2013, 605 ss. dichiarò l'illegittimità dell'art. 5, comma 1, citato per eccesso di delega.

comma dell'art. 3 sottrae alla negoziazione assistita le cause in cui la parte può stare in giudizio personalmente.

Dalla lettura delle norme emerge che la decisione del legislatore di sottoporre a mediazione o negoziazione assistita obbligatoria certi rapporti giuridici (quali le controversie condominiali o la separazione ed il divorzio) e non altri (come è stato sino ad oggi per le cause di lavoro), dipende necessariamente da scelte di politica del diritto che sarebbe semplicistico considerare del tutto "arbitrarie"; semmonché, non appare dubbio che la ragione principale che ha mosso il legislatore verso tale direzione è quello di ridurre l'arretrato giudiziario, come è dato evincersi dalle Relazioni illustrative che hanno accompagnato l'introduzione della normativa interna in tema di mediazione e negoziazione assistita⁴.

Ora, se il fine di deflazionare il carico contenzioso è certamente legittimo, esso non può essere l'unico, giacché non tutte le materie in cui si registra un forte carico di giudizi pendenti possono essere efficacemente indirizzate verso forme di ADR. Insomma, la finalità di degiurisdizionalizzare non può essere generica ed indiscriminata, tenuto conto che alcune tipologie controversie mal si prestano ad essere risolte tramite forme conciliative, essendo la modalità aggiudicativa l'unica strada per queste concretamente praticabile.

3. LE ADR E LA RIFORMA CARTABIA

La finalità di deflazionare il carico contenzioso è altresì alla base della recente riforma del processo civile e degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

Dai dati statistici forniti dal Ministero della giustizia (e richiamati dalla Commissione Luiso) sulla mediazione obbligatoria nel 2020 emerge con evidenza come la mediazione viene avviata, nella grande maggioranza dei casi, solo nelle materie ove

la mediazione è obbligatoria: si tratta dell'87,1% delle mediazioni avviate, anche se solo nel 28% di queste l'accordo è stato raggiunto.

Per tale motivo e considerando che le materie in cui viene prevista l'obbligatorietà della mediazione rappresentano solo circa il 15% di tutto il contenzioso civile, la legge delega ha imposto l'ampliamento dell'elenco delle materie sottoposte alla mediazione obbligatoria includendovi anche quelle dell'area dei contratti di durata in cui le parti sono legate da rapporti stabili, quali franchising, consorzi, contratti d'opera, di rete, società di persone e subfornitura, a eccezione dei casi per i quali la legge preveda altre specifiche procedure obbligatorie di soluzione stragiudiziale delle controversie (art. 1, comma 4, lett. c, l. n. 206/2021).

La novità di per sé desta qualche perplessità: non appare condivisibile ad esempio la perdurante presenza delle controversie in materia di responsabilità medica-sanitaria e quelle in materia bancaria e finanziaria, considerato gli scarsi risultati sino ad oggi ottenuti.

Invero, la scelta del legislatore si giustifica proprio in virtù delle rilevazioni statistiche, dalle quali emerge che anche rispetto alle materie che hanno dato gli esiti meno fruttuosi la percentuale di accordo aumenta notevolmente quando le parti hanno accettato di sedersi al tavolo delle trattative. Poiché uno degli obiettivi della riforma è stato quello di rafforzare l'effettività del primo incontro tra le parti appare allora verosimile, anche alla luce di quanto affermato dalla Relazione illustrativa al d.lgs. 149/2022⁵ che il mantenimento di tali materie all'interno del perimetro della mediazione obbligatoria si sia basato sull'auspicio che le novità normative introdotte possano incrementare gli esiti positivi della mediazione anche in queste materie.

Se non appare dubbio che l'incidenza deflattiva del contenzioso degli uffici giudiziari rappresenta l'obiettivo fondamentale dell'intervento riformatore

⁴ Stando alla Relazione Illustrativa al Decreto legislativo n. 28/2010 (in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page?contentId=SAN92862&previousPage=mg_1_2_1), il comma 1 dell'art. 5 «intende [...] allargare a una vasta serie di rapporti la condizione di procedibilità, sul presupposto che solo una simile estensione possa garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva». In senso analogo si esprime la Relazione al D.l. 12 settembre

2014, n. 132 (consultabile alla pagina <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/305861.pdf>).

⁵ Tali materie, per la natura del rapporto controverso, sono state ritenute dalla Relazione illustrativa particolarmente compatibili con la negoziazione del conflitto guidata dal professionista mediatore.

non mancano anche una serie di indici dal quale si desume lo sforzo del legislatore della riforma di dar vita ad un vero e proprio cambio di passo nell'approccio agli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Si pensi solo per fare un esempio all'aspetto definitorio: il legislatore li qualifica quali mezzi complementari alla giurisdizione, in tal modo escludendo che questi debbano contrapporsi alle tradizionali forme di tutela giurisdizionale; ancora, si consideri che con la riforma vengono previsti nuovi incentivi fiscali, viene estesa l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato anche al caso di conciliazione della lite ed inoltre viene prevista la possibilità di utilizzare forme di accesso alla mediazione telematica.

4. UNA DIVERSA CHIAVE DI LETTURA. LA PROPOSTA DI CONCILIAZIONE DEL GIUDICE..

Resta però fermo che le proposte mediaconciliative avranno tante più possibilità di essere accettate quanto più saranno congrue, ragionate ed equilibrate rispetto alle contrapposte posizioni delle parti.

Che poi detti istituti siano in grado di incidere anche sulle tempistiche razionalmente esigibili di definizione dell'arretrato civile più risalente e, in definitiva, sugli stessi livelli di soddisfazione dell'utenza del servizio giustizia è un effetto indiretto anche se non di secondaria importanza.

Per poter tuttavia permettere la reale ed effettiva adozione di tali strumenti da parte dei cittadini, occorre un diverso approccio metodologico sia da parte del legislatore sia da parte degli operatori pratici del diritto.

Un primo passo verso questo nuovo modo di intendere gli strumenti complementari alla

giurisdizione è rappresentato dalle prassi virtuose che si sono sviluppate in alcuni tribunali (in special modo del mezzogiorno della penisola) relativamente all'applicazione dell'art. 185-*bis* c.p.c.

Come è noto, l'art. 185-*bis* c.p.c. affida al giudice il compito di formulare alle parti, «ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa»⁶.

Se nel generale tentativo di conciliazione sancito dall'articolo 185 c.p.c. il giudice essenzialmente stimola le parti a cercare una soluzione transattiva o conciliativa per la composizione della controversia, con l'art. 185-*bis* c.c. è egli stesso a dover effettuare una proposta di conciliazione, ricercando un equilibrio tra i contrapposti interessi dei contendenti⁷. Egli inoltre conserva tale potere per tutto il corso del giudizio sino al termine della fase istruttoria (*i.e.* alla rimessione della causa in decisione)⁸, rivolgendosi direttamente alle parti.

È stato notato che l'adozione dello strumento conciliativo di cui all'art. 185-*bis* c.p.c. permette di abbandonare le tipiche dinamiche avversariali del processo, in favore della ricerca di una possibile soluzione condivisa, con un innegabile vantaggio non solo in termini di riduzione dei tempi e dei costi della giustizia, ma anche di soddisfazione dell'utenza del servizio giustizia⁹.

La procedura conciliativa, dunque, non costituisce una forma di denegata giustizia e non si concretizza quale strada parallela rispetto alla giurisdizione. Al contrario, frequentemente, essa si mostra più adatta alla risoluzione di determinate liti, per una serie di ragioni.

In primo luogo, vi sono delle controversie particolarmente complesse nelle quali in capo a ciascun contendente vi sono sia profili di pregio sia profili di censura. In questi casi occorre che il

⁶ Quella riportata nel corpo del testo è l'attuale formulazione della norma: originariamente, l'art. 185-*bis* c.p.c., per come introdotto dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 sanciva un obbligo in capo al giudice di effettuare una proposta conciliativa alle parti in lite a prescindere dalla natura e dalle caratteristiche della causa. Oggi, invece, l'istituto ha natura facoltativa («ove possibile») e il ricorso a quest'ultimo è rimesso alla discrezionalità del giudice, la quale è, a sua volta, condizionata da criteri valutativi normativamente fissati: «natura del giudizio,

valore della controversia, esistenza di questioni di facile e pronta soluzione».

⁷ Corte d'Appello di Bari, sent. 23 marzo 2022, n. 475.

⁸ Oggi invero il primo comma della norma prevede la facoltà del giudice di formulare la proposta di conciliazione sino al momento in cui fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione; si tratta di un mero adeguamento conseguente alle modifiche che hanno interessato la fase decisoria del processo di primo grado.

⁹ Delia, *loc. ult. cit.*

giudice ristabilisca anzitutto la comunicazione fra le parti e così facendo, non raramente, si riesce a raggiungere un bilanciamento dei contrapposti interessi vantati in giudizio¹⁰.

In secondo luogo, la composizione delle controversie attraverso la strada conciliativa non è solo più flessibile e vantaggiosa, ma attribuisce alle parti anche la possibilità di ristabilire l'equilibrio sociale in breve tempo e senza pregiudizio dei loro diritti¹¹.

In terzo luogo, con riferimento a determinate tipologie di controversie la prosecuzione del giudizio, a prescindere dall'esito dello stesso, potrebbe essere infruttuosa perché antieconomica: è il caso delle c.d. *small claims*.

Quanto appena esposto evidenzia il superamento del tradizionale orientamento che contrappone la c.d. "giustizia negoziale" alla c.d. "giustizia statale", dal momento che il modello conciliativo si è mostrato idoneo a coesistere con il processo civile¹².

Senonché, la concreta formulazione di un'ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c. presuppone da parte del magistrato un attento studio della causa, nella prospettiva di una sua integrale definizione riveniente dall'adesione delle parti ad una proposta conciliativa che avrà tante più possibilità di essere accettata quanto più sarà congrua, ragionata ed equilibrata rispetto alle contrapposte posizioni delle parti, oltre che aderente alle già acquisite emergenze processuali.

Ora però, manca nel nostro paese un approccio di tipo "non litigioso" ai conflitti; questo retaggio culturale influenza negativamente la formazione dei magistrati. Questi ultimi, difatti, già durante il tirocinio sono attentamente preparati alla gestione e allo studio dei fascicoli, alle modalità di acquisizione dei mezzi istruttori e alle tecniche di redazione della decisione, ma non certo all'attività di conciliazione delle liti, che resta così sostanzialmente affidata alla loro sensibilità e alle forme di organizzazione del ruolo che ciascuno di essi ritiene di adottare¹³.

Pertanto, tra i motivi dello scarso successo della conciliazione giudiziale nel nostro ordinamento deve essere ricompresa non solo la radicata resistenza della classe forense verso le misure di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione, ma anche la diffidenza delle parti nei confronti di un soggetto che non ritengono a tal fine appositamente preparato.

Dunque, è solo tramite un'adeguata formazione culturale dei magistrati che questi strumenti endo-processuali potranno trovare effettiva attuazione.

5. ... E LA MEDIAZIONE DELEGATA

Il tentativo di affidare la soluzione dei processi civili pendenti a strumenti di risoluzione alternativi alla giurisdizione è altresì alla base della mediazione delegata, sino ad oggi regolata dall'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 28/2010, come modificato dal d.l. n. 69/2013 e, a partire dal 1° luglio 2023, dai nuovi artt. 5-*quater* e 5-*quinques* del decreto citato. Con l'istituto in discorso viene affidato al giudice della causa in corso il compito di valutare l'opportunità di invitare le parti a svolgere un procedimento di mediazione laddove ritenga che le stesse possano trovare maggiore soddisfazione in un accordo conciliativo in luogo di una sentenza¹⁴.

Stando all'originaria formulazione dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, il giudice di merito, finanche in appello, «*valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*», poteva invitare queste ultime a dar vita ad un procedimento di mediazione dinanzi ad uno degli organismi abilitati. Se tutte le parti in lite aderivano a tale invito, la causa veniva rinviata ad altra udienza, al fine di consentire l'espletamento della procedura.

L'invito formulato dal giudice non era tuttavia vincolante per i contendenti, i quali potevano scegliere se aderirvi o meno, tanto che, nel caso di rifiuto, erano completamente indenni da effetti processuali sfavorevoli, salva la responsabilità processuale per mala fede di cui all'art. 96 c.p.c.

¹⁰ Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione*, in *Foro it.*, 2010, V., p. 90.

¹¹ Di Marco, *La conciliazione: analisi di un istituto ancora in ombra*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 6.

¹² Campanale, *Giustizia della decisione, giustizia della persuasione. Un'introduzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6.

¹³ Cortesi, *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*, in *Quaderni della Scuola superiore della magistratura*, Roma, 2022, 43 e ss.

¹⁴ Luiso, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2021, 63.

Con la l. n. 98/2013, di conversione del d.l. n. 69/2013 è stato tuttavia modificato in maniera incisiva l'istituto in esame, trasformandosi l'invito del giudice in un ordine, giacché è stato stabilito che egli, in presenza delle medesime condizioni poc'anzi indicate, può senz'altro «*disporre l'esperimento del procedimento di mediazione*».

L'attuale disciplina, dunque, non richiede più il consenso delle parti, potendo il giudice ordinare d'ufficio l'instaurazione della procedura conciliativa sia in primo che in secondo grado. Tra l'altro, egli ha il potere di ordinare l'avvio del tentativo di mediazione anche laddove esso sia stato già esperito *ante causam* ed esso sia fallito e ciò tanto nelle materie soggette a condizione di procedibilità, quanto in quelle non soggette a condizione di procedibilità, qualora ravvisi la sussistenza dei presupposti per la conciliazione tra le parti sulla base di elementi dagli stessi portati in giudizio¹⁵.

Si è dunque in presenza di un vero e proprio comando, impartito attraverso un'ordinanza che può essere emessa fino a quando la causa non entra nella fase decisoria.

Con la stessa ordinanza, il giudice assegna alle parti un termine di quindici giorni per presentare la domanda di mediazione di fronte ad un apposito organismo e, al contempo, rinvia la causa ad una successiva udienza.

Emerge dunque con chiarezza che anche in questa ipotesi, come nella mediazione obbligatoria *ex lege*, l'avvio della procedura compositiva è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, finanche in appello.

Pertanto, alla prima udienza utile, il giudice verificherà il rispetto ad opera delle parti del comando da lui impartito con l'ordinanza, e se ravvisa che le parti non hanno esperito il tentativo di mediazione, allora potrà definire il giudizio dichiarando l'improcedibilità dell'azione.

È da escludere che il giudice possa imporre condizioni ulteriori e diverse rispetto a quelle previste per la mediazione obbligatoria, disponendo ad esempio che la mediazione delegata si svolga dinanzi ad un particolare organismo, oppure che il primo incontro abbia un particolare contenuto,

oppure ancora che il mediatore debba formulare una proposta di conciliazione.

In altre parole, la legge non dà al giudice alcun potere di incidere sulla disciplina normativa, potendo solo rendere obbligatoria una mediazione che non lo è secondo l'elencazione contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010. La scelta di disporre la mediazione nelle ipotesi in cui essa non è obbligatoria è infatti frutto del potere discrezionale del giudice, il cui esercizio non richiede una specifica motivazione e che come tale non è sindacabile in cassazione¹⁶.

Una questione su cui la giurisprudenza e la dottrina si sono a lungo pronunciate riguarda il contenuto che deve avere l'ordinanza con cui il giudice impone alle parti di eseguire il tentativo di mediazione; al riguardo, l'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente individua all'interno di questi provvedimenti un contenuto necessario, consistente nell'ordine, sempre presente, che il giudice rivolge alle parti in causa di effettuare la mediazione, mettendo a loro disposizione il termine di quindici giorni e fissando una successiva udienza a distanza di almeno tre mesi.

Si è a lungo discusso se detto termine abbia o meno carattere perentorio. Sul punto la giurisprudenza di merito ha assunto, nel tempo, posizioni diverse, considerando, a volte, tale termine come perentorio e, altrettante volte, come ordinario.

È chiaro che la diversa qualificazione giuridica ha delle conseguenze processuali: nel primo caso, l'attività di mediazione deve obbligatoriamente essere eseguita in quel determinato lasso di tempo pena l'improcedibilità della domanda giudiziale, la quale, tra l'altro, si profilerebbe come ingiusta laddove la mediazione, anche se avviata in ritardo, si fosse comunque svolta e conclusa tra le parti entro l'udienza di rinvio del giudice; nel secondo caso, invece, qualora i quindici giorni non dovessero essere rispettati, non sarebbe previsto alcun effetto sfavorevole in capo alle parti in lite.

A fondamento della tesi della perentorietà del termine¹⁷ è stato osservato che, pur in mancanza di

¹⁵ Trib. Monza, ord. 24 giugno 2020.

¹⁶ Cass. 10 marzo 2023, n. 7269.

¹⁷ V. da ultimo Corte d'Appello di Brescia del 17 dicembre 2021, n. 1667.

indicazione espressa, il regime di perentorietà può essere desunto in via interpretativa tutte le volte in cui, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, il termine debba essere rigorosamente osservato. Del resto, sarebbe illogico ritenere che, a fronte della previsione della sanzione di improcedibilità per mancato esperimento della mediazione e di un termine relativamente ristretto per l'inizio del procedimento, si lasciasse poi alla libera valutazione dell'onere la scelta arbitraria del tempo in cui iniziarlo.

Dunque, per quest'indirizzo, il termine *de quo* ha natura perentoria, il che troverebbe conferma dalla gravità della sanzione prevista nel caso del suo spirare inutilmente, vale a dire l'improcedibilità della domanda giudiziale, la quale comporta la necessità di emettere una sentenza di puro rito, così impedendo al processo di pervenire al suo naturale epilogo. Tale conseguenza, come è evidente, mal si concilia con la violazione di un termine meramente ordinatorio.

Senonché, la Suprema Corte è intervenuta in materia, affermando che il decorso del termine di quindici giorni non rende, di per sé, la domanda giudiziale improcedibile¹⁸.

In primo luogo, la S.C. ha affermato che per stabilire se si sia verificata o meno la condizione di procedibilità della domanda giudiziale, occorre considerare che l'art. 5, comma 2, seconda parte, d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che «*l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda*» e che ai sensi del comma 2-bis della stessa norma «*quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*». Da tali disposizioni, dunque, si desume che il legislatore ha ricollegato la procedibilità della domanda al solo evento dell'esperimento del procedimento di mediazione e non al mancato rispetto del termine di presentazione della domanda di mediazione.

Deve pertanto escludersi il carattere perentorio del termine di quindici giorni, fissato dal giudice ai

sensi del d.lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 2, in considerazione della mancanza di qualsivoglia indicazione normativa in tal senso, nonché alla luce della circostanza che l'attivazione della mediazione delegata non costituisce attività giurisdizionale.

Ancora, per la S.C., la natura non perentoria trova conforto nella *ratio legis* sottesa alla mediazione obbligatoria *ope iudicis* che è quella della ricerca della soluzione migliore possibile per le parti, dato un certo stato di avanzamento della lite e certe sue caratteristiche, per cui va privilegiata una interpretazione del dato normativo che favorisca l'effettivo esperimento della mediazione.

Ne segue che il giudice solo se all'udienza fissata da egli fissata con il provvedimento con cui aveva disposto l'invio delle parti in mediazione riscontra che il procedimento non è stato iniziato o non si è concluso per una colpevole inerzia iniziale di una delle parti dovrà accertare il mancato avveramento della condizione di procedibilità e dunque chiudere il giudizio in rito.

Oltre all'imposizione dell'ordine rivolto alle parti di proporre domanda di mediazione, l'ordinanza del giudice può presentare anche un contenuto variabile, riguardante tutti quegli inviti, solo eventuali, che il giudice può avanzare: ad esempio, l'invito rivolto al mediatore a garantire la partecipazione personale delle parti¹⁹ o l'invito rivolto al mediatore a verbalizzare in maniera precisa e circostanziata le motivazioni dedotte dalle parti circa il fallimento del tentativo di mediazione²⁰.

Dunque, come è evidente, il procedimento di mediazione delegata seguirà le regole generali previste per le altre tipologie di mediazione, senza alcuna deroga.

La correttezza di tale affermazione trova conferma dal superamento di quell'orientamento giurisprudenziale a mente del quale doveva ritenersi legittima la previsione contenuta nell'ordinanza del giudice di prevedere obbligatoria per il mediatore la formulazione di una proposta di conciliazione anche in assenza di una concorde richiesta delle

¹⁸ Cass. 14 dicembre 2021, n. 40035.

¹⁹ Trib. Vasto, ord. 23 giugno 2015.

²⁰ Trib. Ascoli Piceno, ord. 22 dicembre 2015.

parti²¹. In merito, l'art. 9, comma 4 del Regolamento unitario per gli Organismi di Mediazione Forensi costituiti dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati approvato dal Consiglio Nazionale Forense in occasione della seduta amministrativa del 21 gennaio 2022 ha definitivamente confermato l'impossibilità per il mediatore di procedere in tal senso se tutte le parti in mediazione non glielo richiedono espressamente, perché, altrimenti, egli acquisterebbe le vesti, che non gli competono, di "ausiliario" del giudice. Ne consegue che tale possibilità deve essere esclusa anche quando il giudice rivolge tale invito nell'ordinanza con cui dispone l'esecuzione della mediazione.

Allo scopo di valorizzare ed incentivare la mediazione demandata dal giudice, il legislatore delegato ha trasfuso nel nuovo art. 5-*quater* la disciplina contenuta nell'originario art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, confermandosi così il potere del giudice, anche in sede di appello, di disporre, con ordinanza motivata, nella quale dare conto delle circostanze valutate (relative alla natura della causa, allo stato di istruzione della stessa e al comportamento delle parti), l'esperimento del procedimento di mediazione.

Stando all'art. 5-*quater* cit., il «*giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6. All'udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale.*».

È possibile evidenziare delle differenze tra questa disposizione e quella precedentemente in vigore. Innanzitutto, i criteri in base ai quali il giudice decide se ordinare ai contendenti in lite l'esperimento del tentativo di mediazione saranno

più ampi, perché oltre alla natura della causa, allo stato dell'istruzione e al comportamento delle parti, anche «*ogni altra circostanza*» sarà in grado di convincere il giudice circa la presenza di concrete possibilità di successo di una composizione in via bonaria.

Inoltre, se sino al 30 giugno 2023 il giudice può ordinare l'attivazione della procedura di mediazione prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o, in mancanza, prima della discussione della causa, egli, a partire dal 1° luglio 2023, potrà spingersi fino al momento prima delle precisazioni delle conclusioni, il quale deve intendersi, relativamente al nuovo rito ordinario, riferito al termine di sessanta giorni prima dell'udienza di rimessione della causa in decisione come previsto dal novellato art. 189 c.p.c. per il deposito di note scritte contenenti la precisazione delle conclusioni.

Resta ferma la possibilità per il giudice di disporre la mediazione delegata anche in appello, nonostante la scarsa utilizzazione dell'istituto in questo grado del processo.

Pochi sono i provvedimenti editi in materia²² e talvolta, l'incombente è stato ordinato alle parti sul malcelato presupposto di definire la causa in tempi rapidi a fronte della mole dei giudizi pendenti davanti alla Corti d'Appello, che sono quelle, tra i vari uffici giudiziari, che hanno sofferto di più le lungaggini processuali, anche a seguito delle varie riforme del processo civile.

Tuttavia, vi è da chiedersi come sia possibile discorrere di «*facilitazione dell'accesso alla giustizia*», in relazione ad una lite che non soltanto è già stata instaurata in sede giurisdizionale, ma si trova perfino in sede di impugnazione. In tale fase del processo, infatti, le parti sono disposte contro voglia ad accogliere l'invito - che, peraltro, non è più tale - del giudice di appello, nel senso che, demandate in mediazione, difficilmente potranno trovare un accordo, «*in quanto almeno una, ossia l'appellato, si trova in una posizione di indubbio favore, risultando vincitore in primo grado e con "in mano" una sentenza provvisoriamente esecutiva*».

²¹ Trib. Vasto, ord. 23 giugno 2015 cit.; Trib. Gorizia, ord. 3 giugno 2021.

²² Si v., tra tutti, App. Milano 22 marzo 2016.

(vantaggio che, del resto, lo stesso appellato ha tutto l'interesse a consolidare in via definitiva)²³.

Nonostante le critiche avanzate, la riforma assegna un ruolo da protagonista alla mediazione in generale ed in specie a quella delegata, incentivandola anche attraverso la formazione degli operatori e l'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati. A tal proposito, il primo comma del nuovo art. 5-*quinquies* del d.lgs. n. 28 del 2010 prevede che: «*Il magistrato cura la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche attraverso le strutture didattiche di formazione decentrata*». Tra l'altro, tale formazione e i contenziosi definiti con mediazione verranno presi in considerazione ai fini della valutazione della carriera dei magistrati stessi: «*Ai fini della valutazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, la frequentazione di seminari e corsi di cui al comma 1, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato. Le ordinanze con cui il magistrato demanda le parti in mediazione e le controversie definite a seguito della loro adozione sono oggetto di specifica rilevazione statistica*».

Saranno anche concretizzabili progetti di collaborazione tra il capo di ogni ufficio giudiziario e le università, gli ordini professionali degli avvocati, gli organismi di mediazione, gli enti di formazione nonché altri enti ed associazioni professionali e di categoria, «*per favorire il ricorso alla mediazione demandata e la formazione in materia di mediazione*».

Se tale norma da una parte sembra avere l'obiettivo di superare la drastica alternativa tra la formazione istituzionale e l'apprendimento pratico, dall'altra pone il problema della profonda differenza tra il processo e la procedura di mediazione, concepita quale luogo in cui il mediatore tenta di instaurare un dialogo tra le parti, di certo non competitivo, avendo come obiettivo non la vittoria,

bensì la composizione della lite tramite un accordo che sia per i litiganti soddisfacente. Sotto questo profilo, difatti, i giuristi risultano essere i soggetti meno adatti a gestire simili percorsi, avendo quale unico vantaggio quello di comprendere le pretese giuridiche da cui i litiganti partono, pretese che, in quanto tali, non dovrebbero entrare nella gestione del tavolo delle trattative.

In conclusione, se la sfida che il legislatore deve porsi non è quella del mero abbattimento del contenzioso all'interno degli uffici giudiziari, ma di un vero e proprio ammodernamento e allineamento agli *standard* europei del modello italiano di processo, sembra congruo assegnare a quest'ultimo una funzione residuale quando la disponibilità delle situazioni sostanziali permette di scegliere vie alternative; a condizione, però, che ciascuna di tali scelte sia congegnata come opportunità da vagliare liberamente e non debba mai presentarsi né rivelarsi come un ripiego.

6. GLI INDICI DI MEDIABILITÀ

A tal riguardo, il monitoraggio dei verbali di conciliazione e delle ordinanze di mediazione rappresenta un'utile occasione di riflessione. Tramite esso è possibile individuare degli indici utili ai fini della mediabilità delle controversie.

Tra questi è possibile ricordare: le c.d. novità nel contraddittorio (le istanze di prosecuzione o riassunzione del giudizio, per l'avvicinarsi dei soggetti coinvolti nel contraddittorio e quindi l'introduzione di elementi nuovi tra le parti o i loro difensori), le quali costituiscono un'opportunità per la formulazione di una proposta conciliativa. Lo stesso può ripetersi laddove venga ampliato il *thema decidendum* per l'effetto della proposizione delle domande riconvenzionali o di eccezione di compensazione, ecc.

Ancora, può essere un utile spunto ai fini della proposizione di una proposta conciliativa il maturare delle preclusioni che, semplificando il *thema probandum*, permettono diagnosi definitive traducibili in forma conciliativa.

²³ Celeste, *La mediazione delegata in appello nei nuovi rapporti di vicinato*, in *Imm. e propr.*, 2018, 456 ss.

Ancora, un'altra leva conciliativa può essere rappresentata dall'intervenire nel corso del giudizio di mutamenti giurisprudenziali o da novità legislative che lasciano intravedere uno sbocco definitorio o, al contrario, la sussistenza di un quadro legislativo o giurisprudenziale stabile.

Ancora, le parti possono essere indotte ad accordarsi tenendo conto dell'alea del processo, dei vantaggi della conciliazione quale il contenimento dei costi e tempi del processo, della sussistenza delle questioni processuali ostative alla definizione della causa nel merito.

Quanto appena osservato ha una rilevanza non trascurabile anche nella mediazione e nella negoziazione assistita.

Al riguardo occorre però distinguere.

La mediazione si rivela lo strumento più adatto a gestire i conflitti tra persone che hanno relazioni continuative (*ongoing relationships*), come nel caso di conflitti familiari o di lavoro. La sua principale qualità sta nella capacità di riorientare le parti l'una verso l'altra non attraverso l'imposizione di regole, ma aiutandole a raggiungere una nuova e condivisa percezione della loro relazione, una percezione che riorienterà le loro reciproche disposizioni e attitudini. Il mediatore, infatti, invece di indurre le parti ad accettare regole formali per gestire le loro relazioni future, le aiuta a liberarsi dall'ingombro delle regole e ad accettare invece una relazione di reciproco rispetto.

Discorso parzialmente diverso deve essere condotto riguardo alla negoziazione assistita, la quale si caratterizza per essere utile nel trattamento dei conflitti in cui le parti realizzano scambi e compromessi pur senza condividere un obiettivo comune; per questo motivo, la negoziazione è meno adatta nel caso in cui le relazioni tra gli attori del conflitto siano più intense, salvo che le parti non intendano estinguere il loro rapporto.

La negoziazione, infatti, appare utile anche nelle controversie in cui sono coinvolti rapporti c.d. di durata (come quelli di famiglia), purché la si limiti alle fasi di costituzione o di cessazione del rapporto e non per la regolamentazione di essi.

Di ciò ne è conferma il successo che ha incontrato nella pratica la negoziazione assistita in materia familiare. Se è vero che i rapporti familiari

mal si prestano ad essere efficacemente regolamentati tramite procedure aggiudicative, trattandosi di un ambito della vita sociale dei singoli in cui, per eccellenza, prevale una forma di organizzazione fondata su scopi condivisi, proprio nel momento dello scioglimento del vincolo acquistano rilievo le regole formali. Tale considerazione spiega perché le negoziazioni assistite abbiano operato con maggiore successo in un settore in cui meno efficace non è solo l'aggiudicazione, ma anche - quanto meno per taluni aspetti - la mediazione: il riferimento è alla separazione o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, che per sua natura richiede numerosi formalismi.

Senonché, se è vero che la negoziazione assistita è uno strumento assai duttile, è del pari indiscutibile che essa non è in grado di operare efficacemente in tutte le tipologie di controversie: il pensiero corre all'art. 3 del d.l. n. 132/2014, il quale obbliga ad esperire il previo tentativo di negoziazione assistita in tutte le ipotesi in cui si intenda esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti o proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro. Nel primo campo, i rapporti squilibrati di potere tra imprese di assicurazione e cittadini hanno determinato il fallimento della mediazione obbligatoria prima e della negoziazione assistita poi; nel secondo, la possibilità di avvalersi di numerosi mezzi di tutela giurisdizionale aventi carattere rapido e urgente (si pensi uno per tutti al decreto ingiuntivo) condiziona negativamente il ricorso a tali forme di ADR.

7. *SEGUE. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA NELLA MATERIA LABURISTICA*

Ancora, si pensi alle controversie di lavoro. Con la recente riforma del processo civile, il legislatore ha aperto alla possibilità di fare ricorso alla negoziazione assistita in tale settore, introducendo nel corpo del D.l. n. 132/2014 cit. l'art. 2-ter, che disciplina l'utilizzo della negoziazione assistita nell'ambito delle controversie di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c. quale procedimento alternativo a quello

previsto dall'art. 412-ter c.p.c., con la garanzia della difesa tecnica dell'avvocato che assiste ciascuna parte e con l'ulteriore garanzia della possibilità della parte che ritiene di avvalersene, di essere assistita da un consulente del lavoro. Si tratta dunque di un procedimento facoltativo, essendo espressamente affermato che esso non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Essa inoltre deve riguardare controversie relative a diritti disponibili, come prevede in linea generale l'art. 2, co. 2, lett. b) del d.l. n. 132/2014.

A tal riguardo, deve però osservarsi che tale limitazione, seppur necessaria, porrà qualche problema pratico, essendo difficile nell'ambito laburistico l'individuazione di una netta linea di confine tra diritti disponibili ed indisponibili. Come è stato osservato in dottrina²⁴, infatti, «*la natura indisponibile del diritto non è una naturale conseguenza dell'inderogabilità della normativa*», ponendosi pertanto nella pratica il problema della negoziabilità del diritto controverso.

Inoltre, perché detta forma di risoluzione delle controversie di lavoro possa effettivamente funzionare occorre che all'accordo così raggiunto sia applicabile il regime di stabilità previsto dall'art. 2113, comma 4, c.c., a mente del quale viene esclusa per certe tipologie di accordi facilitativi l'automatica invalidità conseguente alle rinunzie o transazioni aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'articolo 409 c.p.c. Pertanto, lo schema di decreto legislativo di riforma del processo civile presentato alle Camere della Repubblica il 2 agosto 2022 aveva previsto la modifica dell'art. 2113, comma 4, c.c. includendo tra le eccezioni alla regola dell'invalidità delle rinunzie e le transazioni anche gli accordi conciliativi intervenuti a seguito di una procedura di negoziazione assistita. Tale modifica è stata tuttavia giudicata irragionevole dalle Commissioni Giustizia di Camera e Senato, le quali hanno chiesto al Governo di prevedere in luogo della modificazione all'art. 2113 c.c. la trasmissione dell'accordo entro 10 giorni ad una delle Commissioni di Certificazione dei contratti di

lavoro di cui all'art. 76 d.lgs. n. 276/2003 onde ottenere l'attestazione che il contratto che si vuole sottoscrivere abbia i requisiti di forma e contenuto richiesti dalla legge.

Dalla norma, tuttavia, non si evincono gli esatti confini delle funzioni attribuite alle commissioni di certificazione. Considerando la delicatezza degli interessi in gioco, si potrebbe pensare di attribuire a tali commissioni una funzione certificativa relativa alle rinunce e transazioni, *ad adiuvandum* a fronte delle cennate difficoltà a distinguere tra disponibilità e indisponibilità del diritto. Se così fosse tuttavia l'inoppugnabilità di cui all'art. 2113, co. 4, c.c. sarebbe da porre in relazione con l'intervenuta certificazione dell'accordo e questo doppio passaggio rendere questo passaggio finale estremamente farraginoso. Potrebbe allora ipotizzarsi che il ruolo delle commissioni sia da intendersi con funzioni che esulano dalla certificazione e siano limitate ad un puro aspetto conservativo dell'accordo.

Siffatta modifica, poi recepita nel D.lgs. n. 149/2022 di riforma del processo civile, molto probabilmente farà sì che le parti non saranno interessate ad utilizzare questo strumento di risoluzione delle controversie, così rendendo la novella legislativa di fatto irrilevante.

8. L'ATTIVITÀ DI ISTRUZIONE STRAGIUDIZIALE DI CUI AI NOVELLATI ARTT. 4-bis E 4-ter DEL D.L. N. 132/2014

La novità normativa che, forse, di più tradisce il reale intento del legislatore è tuttavia rappresentato dalla c.d. «*attività di istruzione stragiudiziale*», che può essere prevista dalle parti della convenzione per la procedura di negoziazione assistita la preveda espressamente.

Ai sensi dell'art. 4-bis del d.l. n. 132/2014 come introdotto dal decreto di riforma, le parti possono prevedere all'interno della convenzione di negoziazione la possibilità di acquisire dichiarazione ad opera di terzi su fatti specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia

²⁴ Vanz, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia. D.Lgs 10 ottobre 2022, n. 149 aggiornato alle modifiche introdotte dalla*

Legge di Bilancio (Legge 29 dicembre 2022, n. 197), a cura di Didone e De Santis, Padova, 2023, 661.

presso lo studio professionale degli avvocati delle parti o presso il Consiglio dell'ordine degli avvocati, nel rispetto del principio del contraddittorio.

Il comma 2 della norma impone il rispetto di alcuni standard nell'acquisizione della prova.

Una volta rese le dichiarazioni, esse saranno raccolte in un documento, il quale, previa integrale lettura, sarà sottoscritto dal dichiarante e dagli avvocati (commi 4 e 5).

Quanto al regime di efficacia delle dichiarazioni rese, stabilisce il comma 6 che il documento che le contiene costituisce piena prova di quanto in esso attestato; inoltre, esso può essere prodotto in giudizio al fine di essere valutato dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento, ai sensi dell'art. 116, primo comma, c.p.c. Il giudice può anche disporre che l'informatore sia escusso come testimone.

La norma prende poi in considerazione il caso in cui l'informatore non si presenti o si rifiuti di rendere dichiarazioni, prevedendo che in tale eventualità la parte che ritiene necessaria la sua deposizione può chiedere, nel giudizio instaurato a seguito del mancato raggiungimento dell'accordo, che il giudice ne ordini l'audizione (comma 7). Nel medesimo comma è poi prevista la possibilità per la parte interessata di attivare un procedimento di istruzione a futura memoria ai sensi dell'art. 692 c.p.c., che in tal caso potrà essere richiesto non già per il fondato timore che i testimoni stiano per mancare, ma in ragione del loro rifiuto di rendere le deposizioni in sede di procedura stragiudiziale.

La convenzione di negoziazione potrà poi altresì prevedere anche la possibilità per ciascun avvocato di invitare la controparte a rendere per iscritto dichiarazioni su fatti, specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia, ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste.

Una volta rese, le dichiarazioni saranno verbalizzate per iscritto e il relativo documento sarà sottoscritto dalla parte e dall'avvocato che la assiste anche ai fini della certificazione dell'autografia.

Per espressa previsione normativa (art. 4-ter, comma 2), la dichiarazione così resa ha il valore di confessione stragiudiziale di cui all'art. 2735 c.c.

Particolarmente gravi sono le conseguenze del rifiuto della parte a rendere la dichiarazione, prevedendosi che «*il rifiuto ingiustificato di rendere dichiarazioni sui fatti di cui al comma 1 è valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio, anche ai sensi dell'articolo 96, commi primo, secondo e terzo, del codice di procedura civile*» (comma 3).

Siffatta previsione, invero, lascia perplessi: in un contesto ove già è stabilito che il giudice può valutare il rifiuto di negoziare come motivo di responsabilità aggravata o di concessione dell'esecutività provvisoria a un decreto ingiuntivo (art. 4, comma 1, l. n. 162/2014, non modificato dalla Riforma), prevedere l'applicazione dell'art. 96 anche alla parte che si sottrae all'interrogatorio stragiudiziale chiesto dalla controparte allo scopo di ottenere una confessione sembra francamente eccessivo, soprattutto quando si consideri che tali prove sono poi utilizzabili nel successivo eventuale processo che verrà attivato a seguito del fallimento della procedura di negoziazione.

Più in generale, può poi osservarsi come la possibilità di utilizzare le risultanze istruttorie acquisite stragiudizialmente all'interno del giudizio se da un lato costituisce un fattore di accelerazione dei tempi processuali, dall'altro riduce le garanzie difensive e il contraddittorio affidandoli nelle mani dei difensori.

A ciò si aggiunga che, come è stato plasticamente osservato²⁵ sperare «*che nel contesto della negoziazione assistita parti e difensori s'impegnino a "vuotare il sacco" e a ricostruire i fatti controversi, con puro metodo adversarial e senza alcun coordinamento di un soggetto terzo, consentendo che le prove formatesi e le dichiarazioni rese vengano poi acquisite nel successivo processo coram iudice in caso di mancata conciliazione, appare wishful thinking francamente utopistico e, per vero, assai poco coerente con le finalità conciliative della negoziazione assistita, cui dovrebbero rimanere tendenzialmente estranei l'apparato e l'armamentario retorico della dialettica*

²⁵ Tedoldi, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione giustizia*, 2021, fasc. 3, 150.

processuale e che dovrebbe, semmai, restare protetta dai successivi svolgimenti contenziosi, esattamente come avviene per la mediazione, soggetta a riservatezza e a divieti di utilizzazione delle dichiarazioni e delle attività anche istruttorie svolte in seno alla stessa, a mente degli artt. 9 e 10 d.lgs n. 28/2010, come peraltro prevede anche l'art. 9 d.l. n. 32/2014 per la negoziazione assistita da avvocati, proprio allo scopo di agevolare un dialogo schietto e franco tra le parti, con incontri anche separati, senza il timore di esprimersi e, ancor meno, di rendere dichiarazioni con efficacia confessoria o di dare corso a prove contrarie ai propri interessi».

giurisdizione, ma piuttosto una garanzia ulteriore e complementare a essa»²⁶.

9. BREVI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Alla luce delle riflessioni svolte nei precedenti paragrafi, è ben evidente che il principale scopo che ha animato il legislatore della riforma nel modificare gli istituti della mediazione e della negoziazione assistita è stato quello di deflazionare il carico contenzioso attualmente esistente presso gli uffici giudiziari del nostro Paese.

Purtroppo, la scelta compiuta si mostra, già sulla carta, poco efficace: se davvero avesse voluto scommettere sui sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, il legislatore avrebbe dovuto prevedere degli incentivi alla risoluzione alternativa delle controversie diversi da quelli attualmente previsti, riducendo le ipotesi di obbligatorietà e favorendo e semplificando i meccanismi procedurali, allo scopo di favorire la spinta conciliativa sottesa alla mediazione e alla negoziazione assistita.

Come è stato efficacemente notato, le ADR andrebbero «valutate sul piano qualitativo, dal momento che risultano sottesi alla risoluzione delle controversie attraverso una modalità dialogica di approccio, espressione sia del principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. che rimedio complementare agli altri mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento. [...] Il loro impiego, insomma, deve essere favorito solo qualora esso non rappresenti un ostacolo per l'accesso alla

²⁶ Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative dispute resolution*, in AIC, 2011, 6.