

## LA MEDIAZIONE DEMANDATA. LA VALUTAZIONE GIUDIZIALE DI INVIO IN MEDIAZIONE E IL CONTENUTO DELL'ORDINANZA MOTIVATA ALLA LUCE DELLA RATIO DELL'ISTITUTO

di Valentina VITI\*

### ABSTRACT

*Nello scritto, prendendo le mosse dalla valorizzazione della mediazione demandata operata con la riforma Cartabia, si affrontano alcuni nodi legati alla valutazione del giudice circa l'opportunità di rimandare le parti alla strada conciliativa, nonché alla individuazione del contenuto della relativa ordinanza "motivata" di invio. Si rileverà come un ruolo centrale, con riferimento allo svolgimento di entrambi i profili di riflessione delineati, debba riconoscersi alla considerazione e alla necessaria incidenza della ratio alla base dell'istituto della media-conciliazione.*

*In the text, starting from the enhancement of the mandated mediation operated by the Cartabia reform, some issues related to the judge's assessment of the appropriateness of referring the parties to the conciliatory path are addressed, as well as to the identification of the content of the related "reasoned" decree of referral. It will be noted how a central role, with reference to the development of both outlined reflection profiles, must be recognized to the consideration and the necessary impact of the rationale behind the mediation-conciliation institution.*

### SOMMARIO

1. La riforma Cartabia e gli interventi in tema di mediazione demandata..... 1

2. La ratio della mediazione civile e commerciale ed i suoi rapporti con il processo civile 2

3. La valutazione giudiziale dell'opportunità di invio in mediazione ed il rilievo delle finalità dell'istituto della media-conciliazione..... 4

4. L'ordinanza di rinvio in mediazione e la possibile prospettazione in essa di percorsi conciliativi..... 6

### 1. LA RIFORMA CARTABIA E GLI INTERVENTI IN TEMA DI MEDIAZIONE DEMANDATA

Entro un quadro di generale valorizzazione delle ADR<sup>1</sup>, la riforma Cartabia si segnala per l'incentivazione della mediazione demandata dal giudice quale possibile strumento endoprocessuale di soluzione consensuale delle controversie<sup>2</sup>.

Le misure con cui la riforma ha voluto incidere in senso propositivo sullo strumento in discorso - la cui disciplina, precedentemente contenuta nel comma 2 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, è stata collocata in apposito articolo (art. 5-*quater* del d.lgs. n. 28 del 2010) - hanno sostanzialmente riguardato quattro punti: la previsione di una estensione temporale in relazione alla possibilità del suo utilizzo<sup>3</sup>; l'espressa prescrizione del carattere necessariamente motivato dell'ordinanza di invio in

\* Ricercatrice di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Brescia.

<sup>1</sup> Nell'ambito del generale obiettivo di efficientamento della giustizia civile e di garanzia dell'effettività dell'accesso alla giustizia, la riforma Cartabia ha riservato uno spazio importante alla revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, in un'ottica di valorizzazione degli stessi ed, in particolare, della mediazione (artt. 7 e ss. del d.lgs. n. 149 del 2022, importanti modifiche in materia di mediazione, negoziazione assistita e arbitrato). Nella Relazione agli emendamenti governativi al ddl delega AS 1662/XVIII presentati nel giugno 2021 al Parlamento si è sottolineato il ruolo rilevante degli strumenti di gestione negoziale delle liti nel

contribuire al perseguimento degli obiettivi di efficienza del sistema e di risposta adeguata e tempestiva alle richieste di risoluzione dei conflitti tra privati, incanalando la valorizzazione dell'autonomia privata a scopi conciliativi nell'ambito di un più ampio proposito di induzione ad un mutamento culturale di approccio alla risoluzione stragiudiziale delle liti.

<sup>2</sup> L'altro strumento endoprocessuale di definizione consensuale delle controversie è rappresentato dalla proposta conciliativa del giudice ex art. 185-*bis* c.p.c., istituto che esulterà dall'indagine svolta nel presente scritto.

<sup>3</sup> In base al nuovo art. 5-*quater* del d.lgs. n. 28/2010, l'ordinanza di invio in mediazione diventa adottabile «fino al momento della precisazione delle conclusioni», mentre nella formulazione precedente il riferimento era a «prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni».

mediazione<sup>4</sup>; la previsione che il magistrato curi la propria formazione ed il proprio aggiornamento in materia di mediazione, nonché la valorizzazione di tale formazione e del contenzioso definito a seguito di mediazione o di accordi conciliativi ai fini della valutazione della carriera dei magistrati stessi<sup>5</sup>; l'assegnazione all'ufficio per il processo di compiti preparatori e di supporto al giudice nell'attività di selezione dei presupposti di mediabilità della lite<sup>6</sup>.

La prospettata incentivazione dello strumento in esame induce ad una rinnovata attenzione verso l'individuazione degli elementi che dovrebbero fondare la valutazione di opportunità alla base della decisione di invio in mediazione, nonché ad un nascente interesse per la verifica circa il contenuto che possa caratterizzare l'ordinanza di invio in mediazione ed, in particolare, la sua "neo-prescritta" motivazione.

L'approfondimento di entrambi questi aspetti richiede, ad avviso di chi scrive, una preliminare riflessione sulla *ratio* dell'istituto della mediazione civile e commerciale, potendo ricavarci dalla stessa, utili indicazioni e spunti per un corretto approccio allo svolgimento dei profili di indagine delineati.

## **2. LA RATIO DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE ED I SUOI RAPPORTI CON IL PROCESSO CIVILE**

La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali è definita dal nostro legislatore come «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca

di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa» (art. 1, comma 1, lett. *a*) del d.lgs. n. 28 del 2010). Si tratta di un metodo di composizione delle liti alternativo al processo giurisdizionale, in cui l'esito conciliativo si realizza attraverso un atto di autonomia imputabile esclusivamente alle parti, pur essendo la sua conclusione facilitata dall'intervento di un mediatore. Quest'ultimo potrà anche formulare una proposta volta a comporre la controversia sulla base di una sua valutazione dei fatti, ma rimarrà in ogni caso privo «del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo» (art. 1, comma 1, lett. *b*) del d.lgs. n. 28 del 2010<sup>7</sup>.

Il tema della *ratio* dell'istituto e dei rapporti dello stesso con il processo ha da subito determinato il delinearsi di opinioni diverse, sintetizzabili nella contrapposizione fra quanti hanno rinvenuto nella mediazione uno strumento principalmente volto a deflazionare il contenzioso civile<sup>8</sup> e coloro che, invece, hanno intravisto in essa una via di rafforzamento delle possibilità di "accesso alla giustizia", dotata di una funzione propria ed autonoma rispetto al processo, in quanto diretta ad offrire alle parti la possibilità di gestire e risolvere il conflitto in modo autonomo, volontario e responsabile, seguendo una logica del tutto diversa da quella "avversariale" tipica del giudizio civile<sup>9</sup>. Nell'ambito di tale ultima tesi, sicuramente dominante ed avallata dalla lettura dei *considerando* della direttiva europea del 2008 sulla mediazione e della Relazione illustrativa al d.lgs. n. 28 del 2010<sup>10</sup>,

<sup>4</sup> Nel medesimo art. 5-*quater*, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010 si fa espressamente riferimento ad una «ordinanza motivata».

<sup>5</sup> È quanto previsto nel nuovo art. 5-*quinquies* del d.lgs. n. 28/2010.

<sup>6</sup> Con tale ultima previsione, contenuta nell'art. 5, comma 1, lett. *a*) del d.lgs. n. 151/2022, si è chiaramente voluta promuovere la diffusione dello strumento della mediazione demandata, mettendo a disposizione del giudice un'importante attività di sostegno nella selezione ragionata delle liti per le quali il rinvio alla mediazione possa rivelarsi efficace, in un'ottica di riorganizzazione, coordinamento e valorizzazione dell'istituto nel contesto dell'ufficio per il processo. Per il riferimento ad un siffatto intento si veda l'art. 16 del ddl delega AS 1662/XVIII.

<sup>7</sup> D. DALFINO, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 101, sintetizza le caratteristiche della mediazione civile e commerciale con il riferimento ad un

metodo «consensuale», «facilitativo» ovvero «valutativo» e non «aggiudicativo».

<sup>8</sup> Di tale opinione, con riferimento alle ipotesi di mediazione obbligatoria, è A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 143.

<sup>9</sup> Tra gli altri, cfr. G. ARMONE e P. PORRECA, *La mediazione tra processo e conflitto*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 95 ss.; D. DALFINO, *op. loc. ult. cit.*; L. ZANUTTIGH, *Mediazione e processo civile*, in *Contr.*, 2011, p. 205; A. ALBANESE, *Dalla giurisdizione alla conciliazione. Riflessioni sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 237.

<sup>10</sup> Quanto alla direttiva 2008/52/CE, nei *considerando* n. 2 e n. 5 si ricollega l'istituzione delle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie allo scopo di garantire il principio dell'accesso alla giustizia, mentre nel *considerando* n. 6 si evidenzia come gli accordi risultanti dalla mediazione abbiano maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente,

si è evidenziato come il procedimento di mediazione, a differenza del processo civile, non abbia lo scopo di accertare fatti o diritti e di stabilire chi ha torto e chi ha ragione, mirando esso ad una soluzione della controversia che, prescindendo dal vincolo dell'attuazione della legge, risulti soddisfacente per le parti, equa e rispettosa delle norme imperative e dell'ordine pubblico<sup>11</sup>. Una soluzione della controversia che trae la sua forza non dall'autorità di un terzo che la impone come giusta, ma dalla volontà delle parti che la scelgono in accordo e liberamente, in quanto ritengono di trarre da essa un significativo vantaggio rispetto all'accesso al processo giurisdizionale. Ne deriva che mediazione e processo, nei loro rapporti, devono ritenersi posti su un piano di coesistenza e complementarità, caratterizzandosi quali modi di accesso alla giustizia diversi, alternativi ma equivalenti, senza potersi attribuire alla mediazione civile una funzione "ancillare" rispetto alla giurisdizione<sup>12</sup>, in quanto fase meramente preparatoria di quest'ultima o mero strumento di risoluzione del congestionamento degli uffici giudiziari, bensì dovendosi valorizzare l'autonomia funzionale della stessa rispetto al momento giurisdizionale ed evitare tutte quelle interferenze fra i due momenti che, ben lontane dallo "spirito" della media-conciliazione, rispondano ad una logica

---

preservando più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 28 del 2010 si sottolinea l'autonomia della mediazione rispetto al processo civile, in quanto mezzo di composizione tra interessi in conflitto fondato sulla cooperazione ed estraneo alla logica conflittuale e oppositiva del processo.

<sup>11</sup> Che la conciliazione, pur non essendo vincolata all'attuazione della legge, debba comunque portare ad un accordo "giusto" ed "equo" è stato autorevolmente sostenuto da F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 176. Si veda anche F. LANCELLOTTI, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1961, p. 401. La conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico è espressamente richiesta nell'art. 12 del d.lgs. n. 28 del 2010 quale condizione per l'efficacia esecutiva dell'accordo stesso.

<sup>12</sup> Sottolinea come la mediazione non assuma una funzione ancillare rispetto al processo civile, ponendosi su un piano diverso, equivalente e complementare rispetto a quest'ultimo L. ZANUTTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>13</sup> La questione delle interferenze fra mediazione e processo civile è sicuramente fra le più rilevanti proprio rispetto alla ricostruzione della *ratio* della mediazione quale strumento autonomo, alternativo e complementare, in quanto una siffatta ricostruzione rende difficilmente spiegabili quelle interconnessioni fra le due vie di accesso alla giustizia che tendono a funzionalizzare la mediazione a meri interessi di

esclusivamente deflattiva del contenzioso civile e di allontanamento dal processo<sup>13</sup>.

La descritta prevalente concezione dell'istituto, progressivamente affermata nel corso degli anni successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2010, ha trovato conferma con la riforma Cartabia. Tanto nelle dichiarazioni dell'ex Ministra della Giustizia in occasione dell'illustrazione delle linee programmatiche del proprio dicastero, quanto nella Relazione agli emendamenti governativi al ddl delega AS 1662/XVIII presentati nel giugno del 2021 al Parlamento, la mediazione è stata inserita entro un quadro composito di tutele e considerata quale strumento in grado di sostenere e migliorare l'effettività dell'accesso alla giustizia, attraverso un ruolo di "complementarietà" e di "coesistenza" rispetto alla giurisdizione, ruolo che si è ritenuto andare ben al di là dell'intuitiva potenzialità di alleggerimento dell'amministrazione del contenzioso ed incentrarsi nell'ampliamento della risposta di giustizia a beneficio dei singoli e della collettività<sup>14</sup>.

L'individuata *ratio*, che deve ritenersi permeare la mediazione civile e commerciale, rappresenta un importante elemento interpretativo a cui fare ricorso ogni qual volta si sia chiamati ad attribuire un significato ad enunciati normativi relativi o connessi all'istituto, così garantendo e salvaguardando la

efficienza del processo tradizionale, oscurandone gli scopi intrinseci di giustizia. Fra gli elementi, nell'ambito della disciplina di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, maggiormente critici in tal senso si segnala la previsione, con riferimento all'ipotesi di formulazione di proposta conciliativa da parte del mediatore, volta a porre a carico della parte che non accetti tale proposta conseguenze economiche sfavorevoli, anche in ordine alle spese della successiva causa, nel caso in cui il provvedimento che definisca il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta (art. 13 d.lgs. n. 28 del 2010). È evidente come una siffatta previsione crei una interferenza fra mediazione e processo che ha alla propria base una prevalente logica di allontanamento coattivo delle parti dalla giurisdizione, sacrificando lo "spirito" proprio della media-conciliazione di essere strumento alternativo rispetto a quest'ultima, fondato sulla libera scelta delle parti e sull'esercizio della loro autonomia privata.

<sup>14</sup> Per un più ampio riferimento alle dichiarazioni programmatiche del proprio dicastero dedicate alla giustizia civile dell'ex Ministra, Marta Cartabia, si veda G. GILARDI, *ADR e proposte di riforma per la giustizia civile*, in *Quest. Giust.*, 9 aprile 2021. Quanto alla Relazione agli emendamenti governativi al ddl delega AS 1662/XVIII presentati al Parlamento nel giugno 2021, cfr. i vari richiami contenuti in A.M. Tedoldi, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Quest. Giust.*, 2021, 3, p. 142 ss.

coerenza dello stesso. È ciò che si constaterà e confermerà nel prosieguo dello scritto con riguardo ai profili di approfondimento che si procederà a svolgere.

### **3. LA VALUTAZIONE GIUDIZIALE DELL'OPPORTUNITÀ DI INVIO IN MEDIAZIONE ED IL RILIEVO DELLE FINALITÀ DELL'ISTITUTO DELLA MEDIA-CONCILIAZIONE**

Il primo punto che, alla luce del recente intervento riformatore, si ritiene di dover vagliare attiene all'individuazione dei criteri che debbono orientare l'attività di verifica e di selezione dei presupposti di mediabilità della lite da parte del magistrato, la quale attività, come emerso, è venuta ancor più a rappresentare un momento fondamentale della fase introduttiva del processo<sup>15</sup>.

Per giungere a tale individuazione, il punto di partenza dovrà chiaramente essere rappresentato dalla disposizione, in tema di mediazione demandata dal giudice, che, nel prevedere che quest'ultimo possa disporre l'esperimento di un siffatto procedimento, indica alcuni parametri generali sulla cui base svolgere una corretta valutazione circa l'opportunità di rimettere le parti dinanzi ad un mediatore<sup>16</sup>. A seguito della riforma

Cartabia l'indicazione di tali parametri è peraltro contenuta in un elenco "aperto", essendosi ritenuto di far seguire al riferimento alla «natura della causa», allo «stato dell'istruzione» e al «comportamento delle parti», già incluso nella formulazione precedente, il richiamo ad «ogni altra circostanza», quale clausola di chiusura idonea a consentire di dare adeguato rilievo ad elementi ulteriori.

L'esistenza di presupposti per la mediabilità di una controversia potrà, dunque, essere vagliata avendo riguardo, fra l'altro, alla particolare materia oggetto della stessa<sup>17</sup>, al suo valore<sup>18</sup>, all'approccio conciliativo eventualmente mostrato dalle parti nell'ambito del contraddittorio processuale<sup>19</sup>, ad alcune sopravvenienze processuali o a particolari snodi istruttori o processuali<sup>20</sup>, elementi tutti entro cui poter specificare concreti indici che inducano a valutare come probabile una soluzione conciliativa della lite e, dunque, sperimentabile il relativo tentativo<sup>21</sup>.

Si ritiene, tuttavia, che sulla individuazione dei criteri volti ad orientare l'attività di selezione dei presupposti di mediabilità della controversia una incidenza decisiva e, si potrebbe dire, primaria e pervadente debba riconoscersi alla corretta considerazione e valorizzazione di quella che si è riconosciuta essere la finalità propria dello strumento della media-conciliazione. Come

<sup>15</sup> A riprova della centralità di tale momento, l'aver destinato la peculiare struttura dell'ufficio per il processo anche a compiti di supporto del magistrato proprio in una siffatta attività di individuazione degli indici di mediabilità delle controversie, come previsto dalla lett. a) dell'art. 5 del d.lgs. n. 151 del 2022.

<sup>16</sup> Si tratta dell'art. 5-*quater* del d.lgs. n. 28 del 2010 per i procedimenti soggetti alla riforma Cartabia, mentre per i procedimenti non soggetti a tale riforma il riferimento sarà alla precedente formulazione contenuta nel comma 2 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010.

<sup>17</sup> Dalla prassi giudiziaria è emerso come per alcune materie vi sia una maggiore propensione ad una risoluzione in via conciliativa. È il caso, ad esempio, delle materie riconducibili a rapporti aventi implicazioni affettive (patti di famiglia, cause successorie o di divisione), di quelle implicanti rapporti destinati a prolungarsi nel tempo (locazione, comodato, condominio, diritti reali), ancora delle materie riconducibili alla responsabilità medica, ai sinistri stradali e alla responsabilità professionale, cfr. la nota su indici di mediabilità del 7 giugno 2022, in *www.csm.it*, 1 e ss.

<sup>18</sup> È stato riscontrato come spesso un significativo indice di mediabilità delle controversie sia rappresentato dal valore non considerevole della pretesa creditoria, si veda ancora la nota su indici di mediabilità del 7 giugno 2022, cit.

<sup>19</sup> Indici di mediabilità riconducibili al comportamento delle parti sono stati nell'esperienza riscontrati in casi in cui dalla lettura degli atti si sia rinvenuta traccia di una pregressa trattativa o in cui nella comparsa del convenuto ci sia stata una parziale adesione alla domanda attrice, cfr. P. MORESCHINI, *Le buone pratiche in materia di mediazione extra ed endoprocedurale*, in *www.cortedicassazione.it*, 3.

<sup>20</sup> Numerosi gli indici di mediabilità emersi entro il parametro più generalmente riconducibile allo stato del processo; fra questi, la proposizione di istanze di prosecuzione o riassunzione del giudizio per l'avvicinarsi dei soggetti coinvolti nel contraddittorio, gli ampliamenti del *thema decidendum* per la proposizione di domande riconvenzionali, lo scioglimento di riserve istruttorie, l'esito dell'assunzione di mezzi prova, lo svolgimento di accertamenti tecnici preventivi che non abbiano portato alla conciliazione della controversia, l'esistenza di vizi preliminari che conducano verso una soluzione processuale della lite, cfr. la nota su indici di mediabilità del 7 giugno 2022, cit.; P. MORESCHINI, *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>21</sup> Per alcuni riferimenti in merito ai tre parametri generali legislativamente predeterminati si veda, con riguardo alla formulazione di cui al comma 2 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, M.A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 35 ss.

constatato nelle pagine precedenti, lo scopo dell'istituto in discorso non può essere rinvenuto nel perseguimento del mero interesse generale alla deflazione del contenzioso, interesse che semmai rileverà in via indiretta, bensì nell'ampliamento delle possibilità di accesso alla giustizia attraverso l'offerta ai cittadini di una diversa ed autonoma modalità di risoluzione dei conflitti, fondata sulla loro libera volontà e volta a raggiungere una soluzione che risulti soddisfacente innanzitutto per le parti stesse<sup>22</sup>. Si reputa debba da ciò farsi conseguire la necessità di considerare quale prioritario criterio-guida nella valutazione circa l'opportunità di invio in mediazione il riscontro dell'esistenza di un "interesse" delle parti all'esperimento del tentativo di conciliazione, in quanto strada per esse potenzialmente preferibile rispetto al processo giurisdizionale, in virtù del significativo vantaggio dalla stessa apportato con riguardo alla situazione delle medesime e del maggiore livello di soddisfazione assicurato in ordine alla loro richiesta di giustizia.

L'adozione di una siffatta prospettiva, che si potrebbe definire "funzionalistica", si rivelerebbe, fra l'altro, in grado di incidere, in termini determinanti e positivi, sulla questione della efficacia della media-conciliazione, su cui molti dubbi negli anni di vigenza del d.lgs. n. 28 del 2010 sono stati sollevati, dubbi che, tuttavia, possono avere una ragion d'essere solo ove l'istituto venga snaturato e indirizzato a meri scopi di efficienza del processo tradizionale, essendo, in definitiva, proprio il suo non collegarsi all'interesse delle parti a comportare l'effetto opposto di allungare i tempi della giustizia e di determinare una perdita di efficienza della tutela giurisdizionale.

L'esperienza e la prassi giudiziaria hanno nel tempo fornito un importante riscontro alla centralità della considerazione della *ratio* della mediazione civile nella valutazione dell'opportunità di

esperimento del tentativo conciliativo e alla correlazione fra la ricorrenza di un concreto interesse dei singoli e l'efficacia di tale tentativo. Vagliando le ipotesi, anche eterogenee, in cui l'istituto ha dato prova di buona riuscita, non sfugge come la principale e generale leva conciliativa sia comunemente rappresentata dall'elemento dell'«interesse delle parti» e del loro «vantaggio». Così, solo a titolo esemplificativo, con riguardo alle controversie aventi ad oggetto rapporti destinati a prolungarsi nel tempo – si pensi alla materia del condominio e dei diritti reali – la fruttuosità della media-conciliazione può ben trovare la sua spiegazione nella prevedibile volontà dei soggetti coinvolti di sottrarsi a vicende giudiziarie che tendono a trascinarsi per anni e che, in alcuni casi, sono relative a situazioni in cui la convivenza e la condivisione degli spazi si pone come inevitabile. Ancora, ma gli esempi potrebbero andare oltre, rispetto a controversie implicanti richieste risarcitorie in cui la liquidazione del danno è ontologicamente equitativa – si pensi alle domande di danni non patrimoniali nei casi di diffamazione – la frequenza degli esiti conciliativi può a ragione ritenersi giustificata dalla presumibile intenzione delle parti di sottrarsi a quella che è l'alea fisiologica correlata ad una siffatta liquidazione<sup>23</sup>.

Si vuole, a chiusura delle osservazioni svolte nel presente paragrafo, evidenziare come, rispetto all'attività di selezione dei presupposti di mediabilità della lite, grande utilità potrebbe rivestire un'opera di digitalizzazione che porti alla formazione di banche dati conciliative, volte a trasporre nel campo della media-conciliazione sistemi organizzati già sperimentati con riguardo ai precedenti giurisprudenziali. Un punto di riferimento all'uopo è senz'altro costituito dal Progetto Banca Dati Digitale Conciliativa (BDDC), nato negli uffici giudiziari baresi, successivamente registrato come buona prassi<sup>24</sup> ed esportato in altri uffici giudiziari,

<sup>22</sup> Si veda, *supra*, quanto rilevato nel § 2 del presente scritto.

<sup>23</sup> In altre ipotesi potrebbe essere l'antieconomicità del processo ad indurre le parti a preferire la soluzione conciliativa: si pensi alle controversie aventi ad oggetto pretese creditorie di valore non considerevole, rispetto alle quali risulti necessario sostenere non irrilevanti spese processuali, come nel caso di imprescindibilità di un'istruttoria peritale. In alcune circostanze a spingere alla conciliazione potrebbe essere l'interesse dei

soggetti ad addivenire comunque ad una soluzione della lite, laddove, essendo la causa avviata, ad esempio per l'esistenza di un vizio preliminare, ad una soluzione processuale della controversia, sostanzialmente il conflitto non verrebbe a cessare, nonostante l'estinzione del giudizio.

<sup>24</sup> La registrazione come buona prassi (*sub. n. 2526*) è avvenuta con delibera del Csm del 7 luglio 2016.

con il quale si sono sviluppate metodiche di monitoraggio e catalogazione con riguardo alle ordinanze *ex art. 185-bis c.p.c.* e alle ordinanze di invio in mediazione<sup>25</sup>. Il rilievo che siffatti archivi organizzati potrebbero avere rispetto all'attività di valutazione circa l'esistenza di concreti presupposti di mediabilità della lite e, dunque, circa l'opportunità di rimessione delle parti davanti ad un mediatore è insito nella prospettiva di conoscibilità e prevedibilità che è alla base degli stessi archivi<sup>26</sup>. Si tratterebbe, peraltro, di una prevedibilità "ragionata", in quanto fondata sullo studio delle motivazioni, ora espressamente prescritte, delle ordinanze di invio in mediazione<sup>27</sup>, che consentirebbe di ricavare valide indicazioni in merito alle tipologie di controversie, alle particolari circostanze o evenienze a cui possa ricollegarsi una maggiore fruttuosità dei tentativi di conciliazione.

#### **4. L'ORDINANZA DI RINVIO IN MEDIAZIONE E LA POSSIBILE PROSPETTIVA IN ESSA DI PERCORSI CONCILIATIVI**

Il secondo profilo in punto di mediazione demandata che si intende in tale sede approfondire è correlato, come anticipato, al riferimento, introdotto con la riforma Cartabia, alla necessità che l'ordinanza di invio in mediazione sia «motivata»<sup>28</sup>. La previsione rende, infatti, opportuno interrogarsi su quali possano essere gli elementi che vadano a caratterizzare il contenuto di tale motivazione.

Sembra all'uopo, in primo luogo, condivisibile, anche in un'ottica di utile coinvolgimento delle parti nella decisione di tentare la strada conciliativa, che il giudice faccia presenti ad esse le ragioni che lo hanno indotto ad adottare una siffatta decisione,

specificandole nell'ordinanza. Ciò implicherà sostanzialmente che nella motivazione del provvedimento vengano opportunamente indicati i concreti presupposti di mediabilità della lite selezionati e che sia utilmente spiegata e messa in rilievo la loro rapportabilità ad un "interesse" delle stesse parti ad addivenire ad un esito "amichevole".

L'interrogativo ulteriore che, tuttavia, può porsi è se, oltre alle suddette indicazioni, la motivazione dell'ordinanza di invio in mediazione possa contenere indirizzi o istruzioni del magistrato con cui si vada in qualche modo a guidare il procedimento di mediazione verso determinate soluzioni conciliative. La questione si manifesta in tutta la sua delicatezza, laddove non si distolga l'attenzione da quella che si è evidenziata essere la finalità propria della media-conciliazione e che si è ritenuto rappresentare un imprescindibile elemento interpretativo di tutta la disciplina dell'istituto medesimo. Intendere quest'ultimo come una via complementare, autonoma e alternativa di accesso alla giustizia, fondata su un paradigma del tutto diverso da quello proprio della giurisdizione, in quanto imperniato su una logica non avversariale e conflittuale, bensì di composizione amichevole e consensuale del conflitto, importa la necessità di riconoscere una sfera di autonomia alle parti, da un lato, e al mediatore, dall'altro, che può essere declinata nei termini seguenti.

Innanzitutto, autonomia delle parti quale libertà delle stesse di addivenire ad una soluzione conciliativa che sia frutto di una volontà fondata esclusivamente su una loro valutazione di giustizia e convenienza e non sia "forzata" o "indotta" da elementi esterni che possano annacquare quella spontaneità che dovrebbe rimanere propria e

<sup>25</sup> Per una compiuta illustrazione delle modalità di formazione e di funzionamento della BDDC, cfr. M. DELIA, *Le ADR nei moduli organizzativi del processo civile e nella programmazione del PNRR*, in *Quest. Giust.*, 2021, 3, p. 152 ss.

<sup>26</sup> Sottolinea come un archivio digitale a matrice conciliativa rinforzi la logica sottesa alle banche dati giurisprudenziali, sdoganando l'equazione "conoscibilità = prevedibilità" nell'area delle abilità conciliative M. DELIA, *op. loc. ult. cit.* Il tema della prevedibilità ed i suoi sconfinamenti verso un discorso di giustizia predittiva sono ormai oggetto di innumerevoli dibattiti e contributi, solo per citarne alcuni cfr., A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, p. 7 ss.; P. Grossi, *Storicità versus prevedibilità: sui*

*caratteri di un diritto pos-moderno*, *ivi*, p. 17 ss.; C. CASTELLI e D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, *ivi*, p. 153 ss.; D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *Quest. Giust.*, 3 luglio 2019; E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 281 ss.; L. ROVELLI, *Giustizia predittiva. Variazioni sul tema*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 733 ss.

<sup>27</sup> Sulla prescrizione del carattere motivato dell'ordinanza di invio in mediazione di cui al nuovo art. 5-*quater*, comma 1 del d.lgs. n. 28 del 2010 si vedano le riflessioni che saranno svolte, *infra*, nel par. 4 del lavoro.

<sup>28</sup> Art. 5-*quater*, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010.

caratterizzante lo strumento in discorso<sup>29</sup>. Profilo questo rispetto al quale ha sin da subito mostrato tutta la sua problematicità la previsione, per il caso di rifiuto della proposta formulata dal mediatore, di conseguenze economiche sfavorevoli in ordine alle spese del successivo giudizio, laddove il provvedimento definitorio di quest'ultimo corrisponda al contenuto della proposta del mediatore (art. 13 d.lgs. n. 28 del 2010). Ebbene, le perplessità avanzate di fronte alla possibilità che una siffatta previsione vada a sacrificare la ricerca di una soluzione realmente condivisa<sup>30</sup>, creando un condizionamento per le parti rappresentato dal rischio e dal timore di eventuali ripercussioni processuali negative, tenderebbero inevitabilmente ad amplificarsi nell'ipotesi, prospettabile, in cui la proposta del mediatore ricalcasse quella suggerita dal giudice nell'ordinanza di invio in mediazione. In una siffatta evenienza, l'avviso rivolto dal mediatore circa le possibili conseguenze di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 28 del 2010<sup>31</sup> eserciterebbe nei confronti delle parti una coazione ancor più forte, se non assoluta, in quanto la coincidenza fra la sua proposta e le indicazioni contenute nell'ordinanza del magistrato renderebbe maggiormente probabile, quantomeno agli occhi delle parti stesse, una successiva corrispondenza fra la medesima proposta ed il provvedimento definitorio del giudizio<sup>32</sup>. Ne

conseguirebbe un ancor più evidente snaturamento dell'istituto della mediazione civile, il quale, offuscato i suoi tratti di strumento volto alla ricerca di una soluzione spontanea e frutto di autonoma decisione dei soggetti coinvolti, si ridurrebbe a mezzo prevalentemente indirizzato al perseguimento di finalità deflative del contenzioso giudiziario attraverso meccanismi di "morbida" induzione delle parti alla definizione stragiudiziale della lite.

La prospettabilità di soluzioni conciliative nell'ordinanza del giudice di invio in mediazione potrebbe, poi, comportare l'emersione di possibili criticità anche con riguardo ad un secondo aspetto strettamente legato alla concezione della mediazione conciliazione quale via complementare e alternativa di accesso alla giustizia, quello della autonomia del medesimo mediatore. In quanto soggetto il cui compito è di assistere le parti nella ricerca di un accordo amichevole, si ritiene, infatti, preferibile l'opinione secondo cui il mediatore debba poter elaborare la sua proposta liberamente, perseguendo come prioritaria finalità quella del raggiungimento dell'intesa tra le parti, senza che la soluzione da lui suggerita sia necessariamente quella derivante da una stretta applicazione del diritto e, dunque, quella giuridicamente più corretta<sup>33</sup>. Ora, questa ampia sfera di libertà del mediatore nella formulazione

<sup>29</sup> Si veda, fra gli altri, D. DALFINO, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, cit., p. 105.

<sup>30</sup> Sul punto, cfr., fra gli altri, A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 249 ss., il quale ritiene che la previsione della suddetta sanzione, sia pure eventuale, rappresenti una coazione esercitata sulle parti per indurle ad accettare soluzioni provenienti da un terzo, segnando il ritorno ad una logica conflittuale ed attribuendo rilievo prevalente alle finalità deflative del carico giudiziario, attraverso un sistema di incentivi e disincentivi preordinati alla definizione stragiudiziale delle controversie. Di «*monstrum* della proposta formalizzata del mediatore, ideata in termini esclusivamente aggiudicativi e deterrenti, al punto che occorre avvisare le parti delle conseguenze cui vanno incontro se la rifiutano» parla M.A. ZUMPANO, *ADR e riforma del processo civile*, in *Quest. Giust.*, 2021, 3, p. 139, la quale sottolinea come non si potrà veramente parlare di complementarità e coesistenza delle due vie, finché la disciplina che le riguarda non cesserà di piegare i comportamenti e le scelte fatte in sede stragiudiziale allo scopo di intimidire le parti e farle desistere dal rivolgersi alla giurisdizione.

<sup>31</sup> L'art. 11 del d.lgs. n. 28 del 2010, sia nella sua formulazione precedente che in quella successiva alla riforma Cartabia, prevede che il mediatore, prima della formulazione della sua proposta, informi le parti delle possibili conseguenze di cui al successivo art. 13.

<sup>32</sup> I medesimi rilievi problematici si ritiene possano essere sollevati rispetto alla prassi giudiziaria, manifestatasi in alcuni contesti, di far operare congiuntamente l'invio in mediazione e la formulazione di una proposta conciliativa del giudice ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c., in modo che l'esplicitazione di quest'ultima fornisca alle parti elementi di valutazione nel loro tentativo di mediazione, si veda, ad esempio, Trib. Milano, ord., 21 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, 641; Trib. Palermo, 16 luglio 2014; Trib. Roma, ord., 16 dicembre 2014; Trib. Pavia, ord., 17 giugno 2015; Trib. Milano, ord., 15 luglio 2015. Per la prospettazione di una tale possibilità, invece, cfr. M. RUVOLO, *La mediazione ex officio iudicis e la proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1008; M.A. LUPOLI, *op. cit.*, pp. 37-38.

<sup>33</sup> In tal senso e per un maggiore approfondimento sul dibattito in discorso si veda E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta aggiudicativa del mediatore*, in *Dir. proc. form.*, 2011, 4, p. 6 ss.; ID., *Dai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nell'ordinamento italo-comunitario alla mediazione in materia civile e commerciale: analisi e prospettive*, in *Vita not.*, 2012, pp.172-173.

della sua proposta conciliativa mal si accorderebbe con indicazioni, più o meno prescrittive, contenute nell'ordinanza del giudice, le quali, in virtù del diverso ruolo e della diversa formazione dell'organo da cui promanano, si porrebbero, fra l'altro, probabilmente ancora entro una logica di tendenziale accostamento a soluzioni della controversia più propriamente riferibili al diritto e alla sua applicazione.

La rilevata *ratio* dell'istituto della mediazione civile e commerciale deve, in conclusione, ritenersi determinante anche nella definizione degli spazi di intervento dell'attività giudiziale entro il percorso conciliativo, portando ad attenzionare la delicatezza dell'aspetto motivazionale dell'ordinanza di invio in mediazione e a preferire soluzioni maggiormente in linea con i connotati di autonomia della vicenda stragiudiziale e con la opportuna limitazione dei profili di interferenza tra giurisdizione e istituto della media-conciliazione.