

## LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO CONDIVISO

di Marino IANNONE\*

### ABSTRACT

*La riforma Cartabia ha valorizzato la mediazione civile, anche attraverso l'invito del giudice alle parti di una composizione bonaria prima della decisione. Il contributo offre un commento all'ordinanza resa dalla Corte di Appello di Napoli in un giudizio civile con cui il Collegio demanda le parti in lite innanzi ad un mediatore civile per risolvere la controversia. Il provvedimento rappresenta, ad avviso dell'autore, l'inizio del nuovo percorso di giustizia tratteggiato dal legislatore per il raggiungimento della pacificazione civile attraverso l'utilizzo complementare della giustizia statale e quella "consensuale" condotta da un terzo soggetto, autonomo ed imparziale. La norma e la sua applicazione pratica attua un cambio di paradigma nell'approccio alla giustizia, intesa come luogo della pace anziché della lite, dove il magistrato e l'avvocato contribuiscono vicendevolmente all'accrescimento della cultura della pacificazione.*

*The Cartabia reform has enhanced civil mediation, also through the invitation of the judge to the parties of an amicable settlement, before the decision. The contribution offers a comment on the order rendered by the Court of Appeal of Naples in a civil trial with which the judge refers the parties in dispute before a civil mediator to resolve the dispute peacefully. The measure represents, in the author's opinion, the beginning of the new path of justice outlined by the legislator for the achievement of civil pacification through the complementary use of state justice and the "consensual" one conducted by a third party, autonomous and impartial. The law and its practical application implements a paradigm shift in the approach to justice, understood as a place of peace rather than litigation, where the magistrate and the lawyer mutually contribute to the growth of the culture of pacification.*

\* Avvocato cassazionista del Foro di Napoli - componente del Consiglio di disciplina forense della Corte di Appello di Napoli - Responsabile di Organismo di Mediazione accreditato presso il Ministero di Giustizia - Mediatore esperto e Formatore accreditato - Vicepresidente di MedItalia, rete di organismi di mediazione.

### SOMMARIO

1. Premessa: la mediazione come strumento condiviso..... 1
2. Magistrato ed avvocato, protagonisti per la "pacificazione"..... 2
3. Sanzioni per la mancata partecipazione: un monito a due voci ..... 2
4. Procedura di mediazione: Istruzioni della corte e pianificazione dell'avvocato ..... 3
5. Il dovere etico del magistrato con la mediazione demandata..... 3
6. Conclusioni: la mediazione come dialogo tra giudice e avvocato ..... 4

### 1. PREMESSA: LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO CONDIVISO

Con il provvedimento in commento, la Corte d'Appello di Napoli ha ordinato alle parti di esperire il tentativo di mediazione civile, in applicazione del disposto previsto dall'art. 5-*quater* del d.lgs. n. 28/2010, valevole anche per i procedimenti non previsti dall'art. 5 della medesima legge, purché il *petitum* riguardi diritti disponibili<sup>1</sup> ().

La scelta del giudice partenopeo è senz'altro in linea con la giurisprudenza costituzionale che riconosce la mediazione come strumento di "deflazione del contenzioso"<sup>2</sup> ()), con cui si supera la mera visione formale dell'istituto per valorizzarne la funzione strategica, in sintonia con quanto teorizzato da parte della dottrina<sup>3</sup>, la quale sottolinea l'importanza della mediazione quale soluzione alternativa al conflitto capace di andare al di là della semplice applicazione della legge.

<sup>1</sup> Cass. civ., Sez. III, 11 novembre, n. 28985; Cass. civ., Sez. VI, 29 luglio 2020, n. 17176.

<sup>2</sup> Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272.

<sup>3</sup> Tra gli altri, P. Biavati, *Diritto processuale civile*, Il Mulino, 2023, 347, secondo cui "la mediazione non si limita a un'applicazione meccanica della legge, ma mira a una soluzione condivisa, rispettosa degli interessi reali delle parti".

Il giudice, nell'esercizio del potere ex art. 5-*quater*, non si limita a un ruolo passivo, ma diviene il regista di un dialogo tra le parti, orientato a soluzioni concrete e condivise. Con tale atto non si limita solo a porre in esecuzione la discrezionale determinazione del giudicante nel "demandare" le parti innanzi al mediatore, ma riproduce in forma giudiziale i principi che l'avvocato è tenuto a illustrare al cliente prima dell'avvio di un giudizio.

Questa convergenza tra direttiva giudiziale e obbligo deontologico evidenzia, a parere di chi scrive, come la mediazione rappresenti un pilastro sia del sistema processuale che della consulenza legale preventiva.

## **2. MAGISTRATO ED AVVOCATO, PROTAGONISTI PER LA "PACIFICAZIONE"**

L'ordinanza in commento avvalorava la tesi secondo cui il giudice statale e l'avvocato devono condividere la medesima finalità: trasformare la mediazione da mero adempimento formale a opportunità strategica.

Ed in effetti, l'ordinanza resa "istituzionalizza" quanto l'avvocato deve *-o dovrebbe-* aver già anticipato al cliente, ed ovvero che la mediazione non è un ostacolo, ma uno strumento per evitare un giudizio lungo, costoso e conflittuale.

Il giudice di appello, con il provvedimento in parola, innanzi tutto promuove la mediazione come sede privilegiata per la gestione dei conflitti<sup>4</sup>, valorizzando l'autonomia privata<sup>5</sup>; invito che anche l'avvocato deve, tra gli obblighi di informativa previsti dalla legge e dai precetti deontologici, rivolgere al cliente. Infatti, il legale deve illustrare all'assistito che la mediazione consente soluzioni flessibili, preservando relazioni e riducendo i costi (art. 13 Codice Deontologico Forense).

La Corte, inoltre, sottolinea la necessità di una partecipazione personale e attiva alle sedute di mediazione, così come l'avvocato deve avvertire il

cliente che la presenza fisica è essenziale per negoziare in buona fede e che l'assenza ingiustificata può pregiudicare il processo<sup>6</sup>.

Infine, nell'ambito degli obblighi fissati dalla norma, la Corte evidenzia il rischio di improcedibilità della domanda in caso di inadempienza, al pari dell'obbligo posto in capo al legale che deve chiarire che, in molte materie (es. condominio, diritti reali), la mediazione è condizione di procedibilità, rendendo obbligatoria una valutazione preliminare.

In sintesi, appare chiaro come il giudice, nella stesura dell'ordinanza rammenti alla parte (*rectius*: il suo legale) quali sono i precetti perché si possa ritenere che il giudice statale sia l'unica strada percorribile per la risoluzione della controversia.

## **3. SANZIONI PER LA MANCATA PARTECIPAZIONE: UN MONITO A DUE VOCI**

L'ordinanza in commento si sofferma anche sulle sanzioni previste, rammentando quindi i rischi che l'avvocato deve segnalare al cliente in fase di consulenza iniziale, come appunto la possibilità che la parte possa essere condannata a sanzioni pecuniarie<sup>7</sup> e vedere dichiarata la improcedibilità della domanda<sup>8</sup>; ricorda come la mancata partecipazione alla procedura di mediazione consenta al giudice di desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. avvertendo della possibile applicazione degli artt. 88, 92 e 96 c.p.c.

Tali "prescrizioni" fanno certamente il paio con quanto l'avvocato, sempre nell'ambito degli obblighi di informativa, debba comunicare al proprio assistito.

Egli, infatti, deve precisare che il rifiuto immotivato della mediazione potrebbe essere interpretata come malafede, influenzando l'esito del giudizio; se non addirittura integrare abuso del processo (*art. 96 c.p.c.*), con il rischio della condanna al risarcimento dei danni<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Codice Etico della Magistratura (D.L. 25 luglio 2006, n. 235); Art. 3 - "Il magistrato esercita le sue funzioni [...] ispirandosi ai principi di indipendenza, imparzialità e diligenza". La mediazione rientra nella "diligenza" come strumento per evitare processi inutili.

<sup>5</sup> Art. 2, D.lgs. n. 28/2010.

<sup>6</sup> Cass. civ. Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 1963.

<sup>7</sup> L'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010 prevede il raddoppio del contributo unificato.

<sup>8</sup> Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2023, n. 1544.

<sup>9</sup> Cass. civ., Sez. I, 28 gennaio 2021, n. 2022. Secondo F. Caringella, *Manuale di diritto processuale civile*, Dike, 2022,

Deve anche comparare i costi della lite, rammentando il c.d. “principio di proporzionalità”<sup>10</sup> sancito dall’art. 91 c.p.c. e il rischio di perdere la possibilità di agire in giudizio<sup>11</sup>.

Infine, deve avvisare l’assistito della norma che mira a scoraggiare il ricorso al processo quando la mediazione offre una soluzione ragionevole, allineando gli interessi delle parti alla giustizia efficiente<sup>12</sup>.

L’intento, non tanto celato, del Collegio giudicante è certamente quello di rammentare che le sanzioni non sono solo un “castigo” imposto dal giudice, ma il riflesso giuridico delle conseguenze previste per il mancato o distorto utilizzo della opportunità concessa alle parti in mediazione, avvertenze che l’avvocato deve anticipare nella consulenza pre-contenzioso.

#### **4. PROCEDURA DI MEDIAZIONE: ISTRUZIONI DELLA CORTE E PIANIFICAZIONE DELL’AVVOCATO**

Infine l’ordinanza delinea un percorso che l’avvocato dovrebbe già aver tracciato con il cliente. Infatti la Corte, con il provvedimento citato, dispone la sostituzione dell’udienza con deposito di memorie in caso di mediazione fallita e fissa termini perentori per la conclusione della mediazione (es. 60 giorni), imponendo alle parti di rivolgersi ad un mediatore accreditato presso un organismo riconosciuto<sup>13</sup>.

L’avvocato deve diligentemente informare e preparare il cliente, spiegando che il fallimento della mediazione non blocca il processo, ma ne modifica

le tempistiche; deve programmare la mediazione, evitando che il cliente la percepisca come una perdita di tempo, così come deve guidare il cliente nella scelta di un mediatore competente nel settore della controversia, valutandone costi e utilità.

In definitiva, l’ordinanza della Corte di Appello di Napoli costituisce una vera e propria formalizzazione di un percorso che l’avvocato deve gestire in termini pratici e strategici, bilanciando obblighi legali e interessi del cliente.

#### **5. IL DOVERE ETICO DEL MAGISTRATO CON LA MEDIAZIONE DEMANDATA**

Oltre agli obblighi delle parti e degli avvocati fissati dalla legge, la stessa norma prevede come il magistrato, esercitando il potere concessogli dalla norma, abbia un ruolo attivo<sup>14</sup> nel promuovere la mediazione, specialmente nei procedimenti non soggetti a obbligo di procedibilità; potestà che andrebbe adoperata solo in determinati casi.

Il giudice dovrebbe disporre la cosiddetta mediazione demandata<sup>15</sup>, a valle di un approfondimento con i legali, per valutare secondo il suo prudente apprezzamento se vi siano concrete possibilità di una soluzione conciliativa della lite. Questa fase prevede necessariamente un confronto tra il giudice ed i legali<sup>16</sup>, accorciando fino ad annullare le distanze esistenti tra giudice e avvocato nel processo civile vieppiù se il dialogo è solo “telematico”.

Infatti, se davvero si vuole attuare al meglio lo strumento processuale previsto dall’art. 5-*quater* occorre innanzi tutto che giudice ed avvocato

432, “La mancata partecipazione alla mediazione, ove obbligatoria, può integrare un abuso del processo ai sensi dell’art. 96 c.p.c., con conseguente condanna alle spese e al risarcimento dei danni”.

<sup>10</sup> Il c.d. “principio di proporzionalità”, pur non essendo espressamente previsto dall’art. 91 c.p.c., è un principio generale del diritto che influenza l’applicazione della norma. Il giudice, nel condannare alle spese e nel liquidarne l’ammontare, deve tener conto di tale principio e bilanciare gli interessi in gioco, evitando di imporre alla parte soccombente un onere sproporzionato.

<sup>11</sup> Menchini, *La mediazione civile tra obbligo e opportunità*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 45, secondo cui “Il legale deve tradurre i rischi processuali in valutazioni economiche concrete per il cliente”.

<sup>12</sup> Art. 13 d.lgs. n. 28/2010, in virtù del quale giudice infligge sanzioni economiche per chi rifiuta una proposta di mediazione poi confermata dalla sentenza del giudice.

<sup>13</sup> Art. 16 D.lgs. 28/2010.

<sup>14</sup> A. De Luca, *La mediazione nel processo civile*, Giappichelli, 2022, 98, secondo cui “il giudice non si limita a un’applicazione passiva della legge, ma diviene regista di un percorso volto a trasformare il conflitto in opportunità di dialogo”.

<sup>15</sup> A. De Luca, *La mediazione nel processo civile*, cit., 120, per il quale “L’etica della mediazione impone al giudice di essere non solo arbitro, ma facilitatore di soluzioni socialmente sostenibili”.

<sup>16</sup> E. Napoli, in *La mediazione civile*, Wolters Kluwer, 2023, 210, secondo cui “La mediazione demandata non è un’opzione residuale, ma un pilastro del processo civile moderno, dove giudice e avvocato collaborano per una giustizia più umana ed efficiente”.

procedano ad una analisi condivisa: il magistrato può senz'altro interpretare e qualificare giuridicamente i fatti allegati dalle parti, ma con tale strumento può valutare, unitamente ai difensori, se la controversia possa risolversi attraverso l'esame di vicende personali e patrimoniali delle parti, che non potrebbero essere trattate in sede giudiziale, al fine di evitare l'*ultrapetitum*<sup>17</sup>.

La mediazione, infatti, è il luogo dove è consentito esplorare soluzioni che vanno oltre i limiti della domanda giudiziale, offrendo alle parti una maggiore flessibilità negoziale senza violare i principi processuali. In questa prospettiva, la scelta di disporre la mediazione demandata non è solo un potere discrezionale, ma un dovere etico del giudice, che deve agire nell'interesse di una giustizia più rapida, efficace e rispettosa delle esigenze delle parti. Ciò ci porta a concludere che la scelta del giudice di inviare i litiganti innanzi ad un mediatore rappresenta un ulteriore strumento utile per superare i limiti del giudizio tradizionale, consentendo al magistrato di svolgere un ruolo attivo nella ricerca di soluzioni eque e condivise, in collaborazione con gli avvocati e nel rispetto dei principi processuali<sup>18</sup>.

## 6. CONCLUSIONI: LA MEDIAZIONE COME DIALOGO TRA GIUDICE E AVVOCATO

L'ordinanza della Corte d'Appello di Napoli, dal punto di vista del difensore, non introduce novità radicali, ma ribadisce, in sede giudiziale, ciò che l'avvocato è già tenuto a fare nell'ambito del rapporto di consulenza. *Prima della mediazione*, deve illustrare al cliente alternative alla lite, il rapporto dei costi/benefici della mediazione ed i potenziali rischi dell'improcedibilità nei giudizi aventi ad oggetto le materie obbligatorie (art. 5 Dlgs 28/12010); *durante il procedimento conciliativo di mediazione*, collaborare con il mediatore, evitando tattiche ostruzionistiche; *dopo la mediazione*, valutare al meglio gli esiti (positivi o negativi) per

ottimizzare la strategia processuale. Nell'ulteriore ipotesi di procedimento "demandato dal giudice" porre particolare attenzione a seguire le eventuali indicazioni del magistrato.

L'ordinanza napoletana conferma quelli che possono considerarsi tre pilastri nella nuova era per la giustizia civile: la prevenzione della lite, in cui l'avvocato deve includere la mediazione nella consulenza pre-contenzioso, adempiendo agli obblighi ex art. 12 L. 247/2012 (aggiornamento professionale); la reciproca collaborazione giudice-avvocato, necessaria per evitare sanzioni e ottimizzare i tempi; infine, l'efficienza del sistema, dove la mediazione riduce il carico degli uffici giudiziari, allineandosi agli obiettivi del PNRR (Missione 1, Componente 1).

Inoltre, guardando ai doveri dell'avvocato in tema di ricorso agli strumenti di pacificazione, "la mediazione non è alternativa alla professione legale, ma ne rappresenta un'evoluzione funzionale"<sup>19</sup>.

In definitiva, nel rinnovato procedimento civile, la mediazione non è solo un'alternativa al processo, ma un'opportunità per costruire soluzioni durature e rispettose delle esigenze di tutti<sup>20</sup>; essa costituisce un ponte tra etica professionale ed efficienza processuale, dove l'avvocato non è solo un tecnico del diritto, ma deve essere un consigliere di soluzioni, e il magistrato non è solo un arbitro, ma un promotore di giustizia conciliativa; due attori dalla cui collaborazione<sup>21</sup> si potranno sperimentare nuove forme di Giustizia per raggiungere il risultato auspicato dal legislatore.

<sup>17</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 5 dicembre 2014, n. 25886; Cass. civ., Sez. II, 15 febbraio 2022, n. 5001/2022.

<sup>18</sup> De Luca, *La mediazione demandata*, cit., 112.

<sup>19</sup> Così il Consiglio Nazionale Forense nel Parere n. 12/2023.

<sup>20</sup> E. Napoli, in *La mediazione civile*, cit., 112.

<sup>21</sup> G. D'Amico, *Mediazione e processo civile*, Maggioli Editore, 2020, 45. L'autore valorizza la collaborazione attiva tra giudice ed avvocato necessaria per la concreta attuazione della norma