

## **Brevi note sull'attuale assetto della mediazione civile obbligatoria**

di **Michelino Villani** – *Dottore di ricerca in diritto costituzionale e diritto pubblico generale presso l'Università di Roma "Sapienza"*

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.* 2. *Sull'assetto attuale della mediazione obbligatoria e sulle principali questioni emerse in sede di applicazione.* 2.1. *Premessa.* 2.2. *Sulle norme di collegamento tra mediazione e processo.* 2.2.1. *Sulla condizione di procedibilità.* 2.2.2. *Sulle norme di collegamento tra mediazione e processo.* 2.2.1. *Sulla condizione di procedibilità.* 2.2.2. *Sulle norme sanzionatorie.* 2.3. *Sulle norme procedurali.* 2.3.1. *Sulla competenza territoriale.* 2.3.2. *Sull'assistenza obbligatoria.* 2.3.3. *Sull'indipendenza ed imparzialità del mediatore.* 2.4. *Sulle inevitabili incertezze applicative.* 3. *Sull'accidentato confine tra mediazione strutturata e conciliazione giudiziale (a proposito di un orientamento interpretativo del giudice onorario).* 4. *Considerazioni conclusive.*

### *1. Introduzione.*

Il presente lavoro contiene una ricognizione dell'assetto vigente della mediazione civile obbligatoria e delle principali questioni cui ha dato origine nella sua applicazione; all'esito, si svolgeranno brevi rilievi critici sulla disciplina in esame.

Il d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, definisce la mediazione in materia civile e commerciale 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<sup>1</sup>).

Il dettato legislativo contempla tre tipologie:

---

<sup>1</sup> D'ora in poi il riferimento ad articoli non accompagnato dall'indicazione dell'atto che li contiene è da intendersi implicitamente rivolto al d. lgs. n. 28 del 2010.

- 1) la mediazione obbligatoria - ai sensi di legge (per le liti elencate nell'art. 5, comma 1-*bis*<sup>2</sup>) ovvero in base a clausola contrattuale o statutaria - a pena d'improcedibilità della domanda giudiziale;
- 2) la mediazione delegata o giudiziale, ossia disposta dal giudice in corso di causa - al di fuori delle materie previste dall'art. 5, comma 1-*bis* - "*valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*" (art. 5, comma 2). Essa si atteggia, allo stato<sup>3</sup>, come *species* del *genus* della mediazione obbligatoria, in quanto oggetto di un vero e proprio ordine che il giudice rivolge alle parti in causa;
- 3) la mediazione volontaria o facoltativa, attivata liberamente dalle parti, in assenza di un obbligo di legge, contrattuale o di un ordine del giudice.

Le tipologie suindicate sono soggette a comuni disposizioni<sup>4</sup>, che riguardano, tra le altre cose, l'istanza di mediazione (art. 4), gli incontri (art. 8), il potere del mediatore di formulare una proposta conciliativa (art. 11<sup>5</sup>), gli obblighi gravanti sul medesimo (artt. 8, 9, 10, 11), l'efficacia di titolo esecutivo dell'accordo finale (art. 12). Ha portata universale, inoltre, lo statuto normativo degli organismi di mediazione, abilitati a gestire il procedimento previa iscrizione nel registro

---

<sup>2</sup> Le controversie in discorso sono quelle in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, responsabilità medica e sanitaria, diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

<sup>3</sup> Nell'impianto originario, la mediazione delegata consisteva in un invito rivolto dal giudice alle parti; per effetto delle innovazioni introdotte dal decreto n. 69 del 2013, questa tipologia è divenuta anch'essa obbligatoria (*iussu iudicis*).

<sup>4</sup> L'istanza di mediazione deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa; il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda; la domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante; durante il primo incontro, il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento; nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari; ecc. Regole procedurali integrative sono previste nei regolamenti dei singoli organismi di mediazione, ai quali è riconosciuta una certa autonomia; in particolare, l'art. 7 del decreto del Ministro della giustizia del 18 ottobre 2010, n. 180, contenente la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nel registro degli organismi di mediazione (in attuazione dell'art. 16 del d. lgs. n. 28 del 2010), indica gli aspetti su cui si appunta il potere regolamentare degli organismi. Sul tema, cfr. V. Verdicchio, *L'autonomia regolamentare degli organismi di mediazione*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 8-9, 607 sgg.

<sup>5</sup> Ai sensi dell'art. 11, comma 1, "*quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento*". Dunque, il mediatore ha facoltà di formulare una proposta anche in assenza di una concorde richiesta delle parti.

istituito presso il Ministero della giustizia, secondo i criteri e le modalità stabiliti nel decreto 18 ottobre 2010, n. 180<sup>6</sup>.

La mediazione obbligatoria è soggetta, altresì, ad alcune norme speciali, che vanno ad integrare quelle anzidette.

Si prenderà in esame, come preannunciato, soltanto quest'ultima tipologia.

La disciplina vigente della mediazione obbligatoria è il prodotto della significativa revisione - posta in atto dal c.d. "decreto del fare" (d.l. n. 69 del 2013) e dalla successiva legge di conversione (l. n. 98 del 2013) – dell'assetto originario dell'istituto, "travolto" dall'intervento caducatorio della Corte costituzionale (sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012<sup>7</sup>). Tale pronuncia aveva dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni del d. lgs. n. 28 del 2010 concernenti l'obbligatorietà *ex lege* della mediazione, rilevandone, ai sensi dell'art. 76 Cost., la contrarietà ai principi e criteri direttivi indicati nella legge delega n. 69 del 2009 (e ritenendo assorbite, tuttavia, le *quaestiones* articolate dai remittenti in forza dell'art. 24<sup>8</sup>).

Per effetto della pronuncia della Consulta, il procedimento in questione era divenuto applicabile soltanto per libera scelta dei litiganti (mediazione facoltativa), su invito del giudice (mediazione delegata<sup>9</sup>) oppure se un obbligo in tal senso fosse stato convenuto in un negozio giuridico.

Il "decreto del fare" e la successiva legge di conversione hanno, quindi, nuovamente introdotto la mediazione obbligatoria *ex lege*, ripristinando, in parte, le disposizioni espunte dalla Corte costituzionale e, al contempo, apportando sensibili modifiche alla disciplina vigente anteriormente alla sentenza del 2012, (anche) con l'intento di scongiurare nuovi incidenti di costituzionalità, visti i nodi irrisolti lasciati dall'assorbimento dichiarato dalla Corte<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Trattasi del "Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del d. lgs. n. 28 del 2010" adottato con decreto del Ministro della giustizia.

<sup>7</sup> In *Giur. cost.*, 2012, 4282 sgg.

<sup>8</sup> Le plurime ordinanze di rimessione, con motivazioni di diverso tenore, avevano censurato la disciplina della mediazione obbligatoria anche ai sensi dell'art. 24 Cost., assumendo che questa, nel suo complesso (non solo, perciò, nella parte in cui era stabilita la condizione di procedibilità della domanda), arrecasse un *vulnus* alla garanzia costituzionale di accesso immediato ed incondizionato alla giurisdizione.

<sup>9</sup> All'epoca facoltativa, come detto.

<sup>10</sup> Sul punto, cfr. le osservazioni di G. Pistorio, *Uso o abuso dell'assorbimento? Nota a margine della sentenza n. 272 del 2012*, in *Giur. cost.*, 2012, 4333 sgg.

Di recente, due ravvicinate pronunce del TAR Lazio<sup>11</sup>, “premiando” le correzioni del legislatore, si sono espresse nel senso della compatibilità del nuovo assetto della mediazione obbligatoria con l’art. 24 della Costituzione, revocata in dubbio dalle parti.

Quanto al profilo che interessa, entrambe le sentenze hanno specularmente ritenuto privo di pregio l’assunto secondo cui le vigenti disposizioni in materia di mediazione obbligatoria costituiscono un grave ostacolo all’esercizio del diritto di accesso alla giurisdizione. Infatti – si legge – *“non sono riproducibili nei confronti della “nuova” conciliazione obbligatoria quei rilievi critici cui aveva dato luogo il previgente sistema, poggianti sul combinato disposto di alcune previsioni, poi modificate, che hanno fatto fondatamente dubitare della suscettibilità della “vecchia” mediazione obbligatoria di consentire l’esercizio effettivo del diritto di difesa in giudizio e la possibilità di condurre a una composizione delle controversie in conformità all’alto rango dei principi che caratterizzano la materia nell’ordinamento nazionale vigente”*.

Il giudice amministrativo ha reputato decisive le modifiche (in tesi) migliorative introdotte dal decreto n. 69 del 2013. Ha fatto leva, in particolare, sulle seguenti: la riduzione delle controversie soggette all’onere (stante la sopraggiunta esclusione delle liti in materia di circolazione tra veicoli o natanti), l’avveramento della condizione di procedibilità in caso di esito negativo del primo incontro di mediazione, la possibilità di addurre giustificati motivi per la mancata partecipazione ed evitare le connesse sanzioni di cui all’art. 8, il patrocinio obbligatorio,

---

<sup>11</sup> Le sentenze 23 gennaio 2015, n. 1351 e 26 gennaio 2015, n. 1421 (consultabili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) hanno definito i due giudizi, riuniti in corso di causa per connessione, nell’ambito dei quali era stata sollevata, con l’ordinanza 12 aprile 2011, n. 3202 (in *Corr. giur.*, 2011, 7, 995ss.), la questione di legittimità da cui era scaturita la sentenza n. 272 del 2012. Costituivano oggetti immediati dei due giudizi, integrati da ricorsi per motivi aggiunti, l’annullamento del decreto del Ministro della giustizia del 18 ottobre 2010, n. 180 (il regolamento attuativo dell’art. 16 del d. lgs. n. 28/2010) nonché, per uno solo di essi, della circolare del Ministero della giustizia del 4 aprile 2011, recante il *“Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori”*. All’esito dell’incidente costituzionale e del successivo ripristino, nelle more del processo, della mediazione obbligatoria ad opera del decreto n. 69 del 2013, i ricorrenti, tramite i motivi aggiunti, avevano, tra le altre cose, articolato nuove censure d’illegittimità delle disposizioni introdotte nel 2013, in relazione all’art. 77 della Costituzione (per supposta carenza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza) ed all’art. 24. Le domande proposte dai ricorrenti sono state tutte rigettate, con la sola eccezione di quella relativa alla violazione, ad opera dell’art. 16, commi 2 e 9, del decreto ministeriale n. 180 del 2010, della gratuità del primo incontro di mediazione, prescritta dall’art. 16 del d. lgs. n. 28 del 2010. Il giudice, infatti, ha ritenuto sussistere la violazione di legge prospettata, nella parte in cui il regolamento imponeva ai litiganti il pagamento delle spese di avvio del procedimento e delle altre spese documentate, ancorché l’art. 16 del d. lgs. n. 28 del 2010 disponga che, *“nel caso di mancato accordo all’esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l’organismo di mediazione”*; ravvisato in ciò un contrasto con la fonte sovraordinata, il Tribunale, nella sentenza n. 1351 del 2015, ha accolto *in parte qua* la domanda del ricorrente.

l'attestazione degli avvocati quale condizione per l'assunzione della qualità di titolo esecutivo da parte del verbale conciliativo<sup>12</sup>.

Il TAR Lazio, dunque, ha ritenuto immune da dubbi di costituzionalità sia l'obbligatorietà in sé della mediazione (*ex lege* o per ordine del giudice) che la norma (l'art. 13) concernente le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla mancata adesione alla proposta del mediatore<sup>13</sup> (sulla quale si tornerà in seguito)<sup>14</sup>.

## 2. *Sull'assetto attuale della mediazione obbligatoria e sulle principali questioni emerse in sede di applicazione.*

### 2.1. *Premessa.*

Il principale connotato della mediazione obbligatoria – accentuatosi nella seconda ed attuale “versione” dell'istituto - è il suo essere “strutturata” (o, per meglio dire, “processualizzata”).

Questa peculiarità è da intendersi in un duplice senso.

Per un verso, la disciplina si compone di alcune norme di “collegamento” con il processo, che fanno sì che quanto accada nella fase di mediazione possa determinare conseguenze giuridiche nell'ambito del processo che venga (o sia stato in precedenza) instaurato in relazione alla medesima controversia.

Per un altro verso, e (sotto certi aspetti) di conseguenza, le norme concernenti il procedimento s'ispirano ai principi del processo civile.

Sono proprio queste disposizioni “strutturali” ad aver dato origine alle principali questioni interpretative, come si illustrerà di seguito.

### 2.2. *Sulle norme di collegamento tra mediazione e processo.*

#### 2.2.1. *Sulla condizione di procedibilità.*

---

<sup>12</sup> Le norme elencate verranno tutte analizzate *infra* nel testo.

<sup>13</sup> I ricorrenti avevano specificamente messo in luce l'illegittimità dell'art. 5, comma 2 (sulla mediazione *iussu iudicis*), e dell'art. 13 (sull'esclusione della ripetizione delle spese in ipotesi di rifiuto ingiustificato della proposta conciliativa del mediatore).

<sup>14</sup> Non è oggetto di analisi il tema della compatibilità della nuova disciplina della mediazione con l'art. 24 della Costituzione (trattato, da ultimo, da G. Zampetti, *Problemi di costituzionalità (e di conformità al diritto dell'Unione) della “nuova” mediazione civile obbligatoria; diritto alla tutela giurisdizionale e principio di proporzionalità*, in *Rivista AIC*, 4, 2014); pertanto, non si valuterà il merito delle conclusioni tracciate dal giudice amministrativo nelle sentenze illustrate.

La fondamentale norma di collegamento è costituita dalla previsione (art. 5, comma 1-*bis*), secondo la quale la domanda giudiziale è improcedibile fino a che non venga esperita la mediazione obbligatoria (*ex lege o iussu iudicis*).

Il vizio dell'improcedibilità permette – nell'ottica del legislatore - di salvaguardare il diritto di accesso immediato alla tutela giurisdizionale, discendente dall'art. 24 della Costituzione.

L'omesso esperimento della mediazione, infatti, non determina la definizione del giudizio con una sentenza declinatoria, che impedisca di pervenire ad una statuizione sul merito. Ove venga incardinato un giudizio senza che sia stata preventivamente introdotta la mediazione, il giudice investito della causa è soltanto tenuto – non oltre la prima udienza - a differire la stessa e, contestualmente, ad ordinare alle parti di avviare il procedimento dinanzi al mediatore entro 15 giorni (art. 5, comma 1-*bis*).

La condizione di procedibilità è, in altri termini, relativa<sup>15</sup>, poiché l'omesso esperimento del tentativo è sanabile sia dal suddetto ordine del giudice che, in ogni caso, dal mancato accertamento del vizio *in limine litis*.

L'obbligatorietà, inoltre, è attenuata dai seguenti precetti:

- è fissata la durata massima del procedimento (pari a tre mesi, a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza all'organismo competente), oltrepassata la quale le parti potranno avviare o proseguire l'iniziativa giudiziaria, anche se la mediazione intrapresa non si sia ancora conclusa;
- la condizione di procedibilità si avvera quando il primo incontro di mediazione ha un esito “*senza accordo*”<sup>16</sup> (art. 5, comma 2-*bis*), anche se il termine di tre mesi sia ancora pendente;
- ove le parti non intendano proseguire l'*iter* oltre il primo incontro, il procedimento diviene gratuito (secondo l'art. 16, comma 5-*bis*, “*nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione*”<sup>17</sup>).

---

<sup>15</sup> L.P. Comoglio, *Mediazione ed accesso alla giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 299.

<sup>16</sup> Lo stesso interpretazione di esito “*senza accordo*” risulta meno agevole di quel che appare. È stata adottata, ad es., in Trib. Firenze 19 marzo 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), una lettura “rinforzata” della norma, tesa a valorizzare il comportamento collaborativo delle parti, per la quale il mancato accordo, in buona sostanza, è da intendersi rispetto alla lite e non rispetto alla mediazione, con la conseguenza che il tentativo obbligatorio può dirsi giuridicamente esperito solo una volta appurata la sussistenza di impedimenti effettivi alla conciliazione ed a condizione che le parti compaiano personalmente all'incontro. Non basterebbe, dunque, una “rituale” dichiarazione di non volersi avvalere della procedura di mediazione. Sulla necessaria comparizione personale delle parti si è espresso anche Trib. Bologna, 5 giugno 2014, in [www.adrmaremma.it](http://www.adrmaremma.it).

<sup>17</sup> In base alla sentenza del TAR Lazio n. 1351 del 2015, la gratuità andrebbe intesa nel senso che all'organismo di mediazione non spettino, in tal caso, neanche le spese di avvio e le altre spese documentate (v. *supra*, nota 11).

I temperamenti elencati, tutti apportati dalla novella del 2013, rispondono alla logica di assottigliare il più possibile il “diaframma” dell’improcedibilità, così da ridimensionare il sacrificio imposto al diritto garantito dall’art. 24 della Costituzione. La scelta, in effetti, si è sinora rivelata avveduta, considerato che il TAR Lazio, nelle richiamate sentenze del gennaio 2015, ha escluso, anche in virtù delle modifiche in discorso, che la normativa attuale confligga con l’art. 24 della Costituzione.

### 2.2.2. *Sulle norme sanzionatorie.*

Allo scopo, da un lato, dissuasivo e, dall’altro, di incentivo ad una partecipazione effettiva e collaborativa alla mediazione, il legislatore ha concepito due “sanzioni” schiettamente processuali, attraverso le quali il contegno delle parti nella fase di mediazione viene ad assumere rilievo nella sede del giudizio:

- l’art. 8, comma 4-*bis*, stabilisce che, in caso di mancata partecipazione, senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione, il giudice della successiva causa può desumere argomenti di prova a carico della parte assente, ai sensi dell’art. 116 c.p.c., ed è tenuto a condannare quest’ultima al pagamento di una sanzione pecuniaria, pari all’importo del contributo unificato della causa<sup>18</sup>;
- ai sensi dell’art. 13, comma 1, il giudice, ove ravvisi, a conclusione del processo, che il contenuto della sentenza sia coincidente con quello della proposta conciliativa a suo tempo formulata dal mediatore<sup>19</sup>, “*esclude [automaticamente] la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso*

---

Tuttavia, non può escludersi che, in futuro, possa essere adottata una lettura di segno diverso, tendente ad interpretare il lemma “compenso” come “indennità” del mediatore, così riconoscendo all’organismo di mediazione il diritto alle spese di avvio del procedimento ed alle altre spese documentate (in linea con la prassi sinora invalsa); quest’orientamento è sostenuto, tra gli altri, da F. Ferraris, *La nuova mediazione civile e commerciale*, cit., 1469. Nello stesso senso, peraltro, la circolare del Ministero della giustizia del 27 novembre 2013 (reperibile in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)).

<sup>18</sup> Merita menzione la sentenza del Tribunale di Roma del 29 maggio 2014, n. 14521 (in [www.mcmmediazione.com](http://www.mcmmediazione.com)), con la quale il giudice, stante la mancata partecipazione alla mediazione obbligatoria di una società assicuratrice, ha irrogato la sanzione pecuniaria dell’art. 96, comma 3, c.p.c., in luogo di quella di cui all’art. 8 del decreto n. 28 del 2010. La conclusione raggiunta dal giudice postula un’integrazione ancor più netta tra mediazione e processo, sotto il profilo della rilevanza nel secondo dei comportamenti tenuti nel corso della prima.

<sup>19</sup> Una conseguenza simile, ma più lieve, è prevista per l’ipotesi di non perfetta coincidenza tra sentenza e proposta del mediatore, al ricorrere di gravi ed eccezionali ragioni (art. 13, comma 2).

*periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto*<sup>20</sup> (art. 13, comma 1).

Le disposizioni appaiono significative del carattere strutturato della mediazione obbligatoria; entrambe prevedono “sanzioni” normalmente stabilite per comportamenti che le parti tengano nel processo.

Numerose sono, ad es., le norme processuali<sup>21</sup> che legittimano il giudice a trarre argomenti di prova dal contegno tenuto dalle parti dinanzi a sé, ai sensi dell'art. 116 c.p.c.

A ben vedere, il disposto di cui all'art. 8, comma 1-*bis* può essere accostato, *mutatis mutandis*, a quelle norme speciali<sup>22</sup> che – pur nella tendenziale neutralità dell'istituto della contumacia<sup>23</sup> - imputano conseguenze sfavorevoli alla parte che non resista all'altrui iniziativa giudiziaria o, più in generale, si sottragga ad un onere di partecipazione.

La dottrina ha espresso rilievi critici.

In particolare, è stato osservato che essa, per come concepita, privilegia, in maniera paradossale, la parte che, oltre a non aderire alla mediazione, rimanga contumace in giudizio, rispetto a quella che, assente all'incontro, decida di costituirsi nel successivo processo<sup>24</sup> (la sanzione pecuniaria, stando alla lettera dell'articolo, è rivolta esclusivamente alla “*parte costituita*”). Inoltre, non viene accordato un trattamento eguale a chi attiva la procedura ed a chi la subisce, poiché solo quest'ultimo, non prendendo parte alla mediazione, è esposto ad un rischio, per così dire, probatorio, benché lieve<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> La sanzione pecuniaria, in quanto indipendente dall'esito del giudizio, può essere irrogata anche in corso di causa (così Trib. Termini Imerese, 28 maggio 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

<sup>21</sup> Si tratta di fattispecie eterogenee, accomunate dal correlarsi a fatti accaduti nel processo (cfr. A. Proto Pisani, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 70).

<sup>22</sup> Basti menzionare, tra gli altri, l'art. 663 c.p.c., il quale fa conseguire la convalida dello sfratto o della licenza alla mancata comparizione od opposizione dell'intimato.

<sup>23</sup> Secondo L. Salvaneschi, *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 3, 576 sgg., l'ordinamento processuale s'ispira ad un principio di neutralità della contumacia, giacché non è imposto un dovere di collaborazione; anzi, il trattamento riservato al contumace appare piuttosto favorevole. In particolare, l'A. rileva che “*il nostro sistema processuale non solo è ancorato a una visione della contumacia quale ficta litiscontestatio, di stampo tendenzialmente neutro, ma le recenti modifiche del codice di rito e in particolare quella contenuta nell'art. 115 c.p.c., [...] paiono avere messo il contumace nella posizione privilegiata di chi può starsene tranquillamente alla finestra ad attendere la piega delle cose, mentre il convenuto costituito è oggi onerato di una contestazione specifica, sotto pena di subire l'automatico accertamento dei fatti adottati dall'attore alla stregua di fatti provati*”.

<sup>24</sup> F.P. Luiso, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in [www.iudicium.it](http://www.iudicium.it), 7; M. Bove, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in [www.iudicium.it](http://www.iudicium.it).

<sup>25</sup> Cfr. M. Fabiani, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Soc.*, 2010, 9, 1145, il quale muove da un confronto tra l'improcedibilità, in cui si “*imbatte*” chi non attiva la mediazione, e la possibilità di dedurre argomenti di prova, a carico di chi, convocato, non abbia aderito alla medesima.



Presumibile fonte di incertezze risulta, infine, per la sua genericità, la locuzione “*giustificato motivo*”, non accompagnata da alcuna specificazione o esemplificazione<sup>26</sup>.

Quanto, invece, all’art. 13, concernente le conseguenze processuali connesse alla mancata accettazione della proposta del mediatore, è indubbia la sua specularità alla corrispondente regola dell’art. 91 c.p.c.<sup>27</sup>, relativa all’ipotesi della mancata adesione della parte alla proposta conciliativa formulata dal giudice (*ex art. 185-bis c.p.c.*<sup>28</sup>), che sia poi risultata coincidente con la sentenza finale.

Anche la norma in esame ha suscitato perplessità in dottrina.

Se n’è anzitutto evidenziata l’ardua applicabilità in concreto, dal momento che essa presupporrebbe un confronto tra atti (la sentenza, da un lato, la proposta del mediatore, dall’altro) disomogenei<sup>29</sup>, posto che la proposta non esige un preventivo vaglio sulla fondatezza delle pretese delle parti. Ciò a meno di non voler estrapolare dalla norma un obbligo implicito, per il mediatore, di motivare in diritto la propria proposta conciliativa alla luce delle contrapposte domande, il che importerebbe uno stravolgimento dei compiti del mediatore e della stessa struttura del procedimento di mediazione<sup>30</sup>.

Inoltre, ne è stata prospettata l’incostituzionalità per violazione dell’art. 24 Cost., dacché essa finisce, in buona sostanza, per tradursi in una “multa” per l’esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale; conclusione rafforzata dalla circostanza che la conseguenza sanzionatoria appare indefettibile, senza che la parte possa addurre, a propria giustificazione, fatti non imputabili a sua colpa<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Sull’indeterminatezza esprime perplessità M. Vaccari, *Media-conciliazione e funzione conciliativa del giudice*, in [www.iudicium.it](http://www.iudicium.it), 11. Sarebbe stato importante, ad es., chiarire se la palese infondatezza, per qualsivoglia ragione, della pretesa di colui che incardini la mediazione possa costituire o meno una valida esimente.

<sup>27</sup> Ai sensi dell’art. 91 c.p.c., il giudice, “*se accoglie la domanda in misura non superiore all’eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell’articolo 92*”.

<sup>28</sup> L’art. 185-bis c.p.c., introdotto anch’esso dal “decreto del fare”, recita: “*Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l’istruzione, formula 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. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricasazione o astensione del giudice*”.

<sup>29</sup> F.P. Luiso, *L’arbitrato e la mediazione nell’esperienza contemporanea*, in [www.iudicium.it](http://www.iudicium.it), 8.

<sup>30</sup> Del resto, il procedimento di mediazione non è concepito in maniera tale da permettere (e, al contempo, fare onere) alle parti di articolare compiutamente le proprie pretese e di produrre prove a loro fondamento, secondo una successione ordinata di atti regolata dal principio del contraddittorio, che culmini nella statuizione del giudice.

<sup>31</sup> Al contrario, sia l’art. 8 del d. lgs. n. 28 del 2010 che l’art. 91 c.p.c. prevedono l’esimente del “*giustificato motivo*”. Cfr., sul punto, F. Ferraris, *La nuova mediazione civile e commerciale*, *Riv. dir. proc.*, 2013, 6, 1477 sgg.

Sul punto, ha ora preso posizione il TAR Lazio nella summenzionata sentenza n. 1351 del 2015; il Tribunale non ha ravvisato in questa previsione un *vulnus* al diritto di accesso alla giustizia, poiché l'esercizio del potere di proposta da parte del mediatore sarebbe rimesso ad una "*fase eventuale e successiva*", in quanto "*condizionata al previo accertamento della volontà espressa in tal senso dalle parti*"<sup>32</sup>. In altri termini, ad avviso del giudice amministrativo, non avrebbero ragion d'essere tali dubbi di legittimità costituzionale, giacché ciascuna parte ha, in tutti i casi, la possibilità di "sottrarsi" preventivamente alla proposta, dichiarando di voler interrompere la mediazione al primo incontro (il che basta a rendere procedibile la domanda giudiziale, *ex art. 5, comma 2-bis*).

### 2.3. *Sulle norme procedurali.*

La mediazione regolata dal d. lgs. n. 28 del 2010, come si è accennato, è caratterizzata, altresì, da regole procedurali mutuata da quelle del processo o, più in generale, ispirate ai principi di quest'ultimo. Si descrivono *infra* le principali.

#### 2.3.1. *Sulla competenza territoriale.*

L'art. 4, comma 1, estende alla mediazione gli stessi criteri di competenza territoriale previsti dal codice di procedura civile.

Questo vincolo era assente nel regime originario della mediazione. Esso è stato inserito dal "decreto del fare", onde recepire i rilievi espressi da una parte della dottrina<sup>33</sup> circa il rischio che, in assenza di regole di competenza per territorio, una parte potesse strumentalmente rivolgersi ad un organismo sito in luogo notevolmente distante dalla sede o dalla residenza (o domicilio) della controparte, al fine di renderle disagiata (o impedirle di fatto) la partecipazione agli incontri di

---

<sup>32</sup> Il Tar Lazio ha osservato, perciò, che "...le conseguenze pregiudizievoli previste dalla disposizione richiedono la presenza di una proposta conciliativa, e, quindi, ora, presuppongono che vi sia stata l'adesione delle parti alla possibilità della risoluzione conciliativa. La norma in parola, pertanto, ha più che altro la finalità di sanzionare il mancato assolvimento dell'onere di ponderare il contenuto della proposta, onere che trova esclusiva fonte nell'assenso alla conciliazione prestato dall'onereato".

<sup>33</sup> Cfr. G. Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 3, 621. Questa mancanza era stata censurata (alla luce del principio di ragionevolezza) anche in una delle ordinanze di rimessione (Trib. Torino, ord., 24 gennaio 2012, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) da cui era originato il giudizio definito con la sentenza della Consulta n. 272 del 2012.

mediazione. La *ratio* della norma risiederebbe, quindi, nell'assicurare in concreto pari condizioni di accesso.

La previsione dà luogo a plurime incertezze interpretative, che discendono, a ben vedere, dalla rigida (e non del tutto ponderata) duplicazione del regime processuale prescelta dal legislatore del 2013.

In primo luogo, non è chiaro se i parametri di competenza territoriale valgano per la sola mediazione obbligatoria o anche per quella facoltativa<sup>34</sup>.

In secondo luogo, non sono enunciati gli effetti prodotti dalla domanda che sia proposta ad organismo territorialmente incompetente, restando così indefinite, tra le altre, la questione se l'incompetenza sia o meno idonea a rimuovere la condizione di procedibilità e quella relativa alla validità ed efficacia dell'accordo conciliativo raggiunto dinanzi a mediatore incompetente.

In merito al primo aspetto, è stata sostenuta in giurisprudenza la tesi che l'istanza proposta dinanzi a mediatore incompetente, poiché priva di effetti, non renda procedibile la domanda<sup>35</sup>.

Si tratta di conclusione gravida di implicazioni sotto il profilo del diritto alla tutela giurisdizionale. Su tali basi, infatti, si potrebbe approdare alla conclusione che la domanda così priva di effetti, comportando la definitiva carenza di una condizione di procedibilità, imponga al giudice di chiudere in rito il processo<sup>36</sup>. Non solo: si potrebbe, altresì, dedurre che l'istanza rivolta ad organismo incompetente sia inidonea a produrre effetti interruttivi della prescrizione ed impeditivi della decadenza<sup>37</sup>.

Per tale ragione, allo scopo di salvaguardare il diritto protetto dall'art. 24 Cost., si è ritenuto che la violazione dei criteri di competenza territoriale costituisca semplicemente un giustificato motivo per non aderire alla mediazione ed evitare di incorrere nelle conseguenze pregiudizievoli di cui all'art. 8<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Secondo F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, V, Milano 2013, 41, le parti non sono soggette alle norme di competenza territoriale in caso di mediazione facoltativa; così anche la circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013.

<sup>35</sup> Cfr. Trib. Milano, ord., 29 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*: la statuizione riguardava un caso di mediazione obbligatoria *iussu iudicis*.

<sup>36</sup> Si veda F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 77.

<sup>37</sup> Questa implicazione è prospettata da C. Besso, *La novellata mediazione e due precetti con sanzione positiva*, in *Giur. it.*, 2014, 1, 90.

<sup>38</sup> C. Besso, *La novellata mediazione e due precetti con sanzione positiva*, cit., 91.

Peraltro, è opinione diffusa che le parti possano concordemente derogare alla competenza territoriale del mediatore negli stessi casi in cui ciò sia consentito dal codice di procedura<sup>39</sup>.

In ordine alla sorte dell'accordo conciliativo concluso innanzi a mediatore incompetente, è stato evidenziato<sup>40</sup> che l'incompetenza non può determinare, nella sede della mediazione, la stessa conseguenza che si produce nel processo (cioè quella di inficiare, per vizi procedimentali, la validità dell'atto conclusivo), per il fatto che, se la sentenza è estrinsecazione della funzione giurisdizionale, la quale è permeata dal principio costituzionale di soggezione alla legge (anche processuale<sup>41</sup>), l'accordo conciliativo è, di contro, espressione dell'autonomia contrattuale. Posta questa premessa<sup>42</sup>, la validità del negozio conciliativo (avente "forza di legge tra le parti", ex art. 1372 c.c.) deve essere subordinata esclusivamente al rispetto dei limiti fissati dalla legge (in particolare, ai sensi dell'art. 1418 c.c., dalle norme imperative<sup>43</sup>).

### 2.3.2. *Sull'assistenza obbligatoria.*

Deve menzionarsi, *in secundis*, la norma che impone alle parti l'assistenza di un avvocato nella fase di mediazione (art. 8, comma 1). Lo scopo dell'obbligo è quello di proteggere la parità di armi tra le parti, in considerazione dell'efficacia di titolo esecutivo dell'eventuale accordo conciliativo; si vuol evitare che una parte si determini a conciliare senza adeguata cognizione di causa o per effetto di un abuso della superiorità economica o tecnica dell'altra.

---

<sup>39</sup> Così, tra gli altri, A. Santi, *Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale*, in *Soc.*, 2014, 10, 1115. In giurisprudenza, in tal senso, Trib. Milano, ord., 29 ottobre 2013, cit. Sul tema ha preso posizione, nella circolare del 6 dicembre 2013 (in [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it)), il Consiglio Nazionale Forense, ad avviso del quale, stante la generale derogabilità della competenza territoriale (entro i limiti fissati dal codice di rito), sarebbe inidonea a rimuovere la condizione di procedibilità solo l'istanza dinanzi ad organismo incompetente proposta unilateralmente, ossia senza che la parte chiamata abbia aderito alla mediazione: l'adesione di quest'ultima, infatti, innescherebbe un effetto di deroga tacita alla competenza territoriale.

<sup>40</sup> Cfr., ad es., M. Bove, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, in *Soc.*, 2013, 11, 1232.

<sup>41</sup> Il rispetto della forma processuale – preconditione per la giustizia della decisione (intesa anche nei termini di una sua controllabilità) – è funzionale, in particolare, al contenimento della discrezionalità del giudice nella cognizione dei fatti tramite il prudente apprezzamento delle prove: cfr. A. Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1, 50 sgg.

<sup>42</sup> La questione esigerebbe un'approfondita analisi, tra le altre cose, della rispettiva collocazione ordinamentale del contratto e della sentenza, in rapporto con la legge ed il diritto oggettivo in genere. Il tema, come s'intuisce, è di formidabile ampiezza e profondità, le quali, ovviamente, non sono compatibili con i limiti del presente lavoro.

<sup>43</sup> Sul punto, è d'uopo richiamare la distinzione tracciata dalla Suprema Corte tra regole di validità e regole di comportamento (cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 525): solo la violazione delle prime comporta la nullità del contratto.

La norma si correla a quella in forza della quale “...ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo” (art. 12, comma 1); agli avvocati, per conseguenza, spetta di attestare e certificare “la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico”.

Anche tali norme – non previste nell'impianto originario dell'istituto ed inserite dal decreto n. 69 del 2013<sup>44</sup> – sono di controversa applicazione.

Il decreto, ad es., non precisa se l'obbligo di assistenza del difensore valga anche per la mediazione facoltativa; inoltre, si scorge una contraddizione tra l'art. 8 e l'art. 12, poiché il secondo delinea l'assistenza del difensore come un'eventualità, non come una *condicio sine qua non* per la formazione del titolo esecutivo (“ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato...”). Ciò trova conferma nella previsione che, in difetto dell'assistenza legale, il verbale di conciliazione – stante l'assenza della certificazione degli avvocati - diviene titolo esecutivo previa omologazione del Tribunale (art. 12, comma 1, seconda parte).

Entrambi i dubbi interpretativi possono essere dissipati, ritenendosi che solo la mediazione obbligatoria renda tale anche l'assistenza dell'avvocato e che, al contrario, la mediazione facoltativa possa essere legittimamente svolta in assenza dei difensori; in quest'ultima ipotesi, il controllo di conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico verrebbe affidato al Tribunale in sede di omologazione<sup>45</sup>.

Anche in merito all'obbligo *de quo*, si pone la questione se la sua violazione infici la validità dell'eventuale accordo di conciliazione<sup>46</sup>.

L'indefettibilità del patrocinio solleva, inoltre, il problema della tutela dei non abbienti, vista l'incidenza della mediazione obbligatoria sul diritto costituzionale di accesso alla giurisdizione e considerato che il superamento degli ostacoli economici al pieno godimento di tale diritto

---

<sup>44</sup> La modifica, peraltro, era stata propugnata dalla classe forense.

<sup>45</sup> Così, ad es., la circolare del Ministero della giustizia del 27 novembre 2013 (cit.). *Contra* M. Bove, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, cit., 1233, a parere del quale l'obbligo di assistenza opererebbe indifferentemente per la mediazione obbligatoria e per quella facoltativa.

<sup>46</sup> Secondo M. Bove, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, cit., 1233, se l'accordo è raggiunto, la violazione dell'obbligo di assistenza non inficerebbe la validità ed efficacia dell'accordo; al contrario, in caso di fallimento della mediazione, il “convenuto” che non si sia avvalso dell'avvocato sarebbe esposto alla sanzione relativa alla mancata partecipazione. Di opposto avviso C. Besso, *La novellata mediazione e due precetti con sanzione positiva*, cit., 92, per la quale la conseguenza derivante dalla mancata assistenza degli avvocati è esclusivamente l'impossibilità di ottenere la formazione del titolo esecutivo.

costituisce una delle prestazioni imprescindibili richieste dall'art. 24 della Carta. La legge nulla dispone a riguardo<sup>47</sup>.

### 2.3.3. *Sull'indipendenza ed imparzialità del mediatore.*

Altro fondamentale profilo di "processualizzazione" è costituito dalla disciplina volta ad assicurare l'indipendenza ed imparzialità del mediatore.

La garanzia trova una giustificazione nel potere di formulare una proposta conciliativa riconosciuto al mediatore<sup>48</sup> e, in particolare, alla discrezionalità ad esso riservata in ordine all'*an* del suo esercizio. Il mediatore, ai sensi dell'art. 11, comma 1, può, secondo il suo apprezzamento, decidere di sottoporre alle parti una proposta conciliativa se l'accordo non sia raggiunto "spontaneamente" (essendo a ciò obbligato, invece, quando siano le parti, di loro comune iniziativa, a richiedere tale proposta).

Com'è stato osservato, il legislatore sembra aver attinto da un modello di mediazione di tipo aggiudicativo e non semplicemente facilitativo, in cui il terzo può recitare un ruolo attivo nella ricerca della composizione della lite<sup>49</sup>.

Pertanto, ai sensi dell'art. 14, è fatto divieto al mediatore di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio<sup>50</sup>.

Questi obblighi sono ora integrati dal disposto dell'art. 14-*bis* del decreto n. 180 del 2010, come novellato dal decreto del Ministro della giustizia n. 139 del 2014, il quale ha introdotto specifiche ipotesi di incompatibilità e conflitto di interesse del mediatore, riguardanti, ad es.,

---

<sup>47</sup> Il Consiglio Nazionale Forense, nella circolare del 6 dicembre 2013 (cit.), ha ritenuto operante il gratuito patrocinio; la conclusione sarebbe suffragata dall'art. 17, comma 5-*bis*, del d. lgs. n. 28 del 2010, nella parte in cui prevede l'esenzione dalle spese di mediazione obbligatoria per chi versi nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio. Conforme all'impostazione in discorso Trib. Firenze, 13 gennaio 2015, in [www.mcmmediazione.com](http://www.mcmmediazione.com).

<sup>48</sup> Alla proposta conciliativa si ricollega, come visto, la sanzione processuale relativa alla mancata accettazione della stessa, di cui all'art. 13.

<sup>49</sup> Secondo C. Punzi, *Le riforme del processo civile e dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 5, 1232, la mediazione concepita sin dalla legge 69/2009 "presuppone l'intervento del terzo conciliatore che svolge un ruolo attivo, formulando una proposta, che le parti sono libere di accettare, perfezionando con l'accettazione della proposta, la conciliazione". Sulla distinzione tra i due modelli di mediazione e tra quest'ultima e la conciliazione (sotto il profilo del diverso ruolo ricoperto dal terzo compositore), si veda ancora C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 4, 845 sgg.

<sup>50</sup> Il mediatore è tenuto, altresì, a "sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità" e ad "informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione".

l'esistenza di pregressi rapporti economici o professionali tra quest'ultimo ed uno dei litiganti. Ulteriori restrizioni possono essere contenute nei regolamenti dei singoli organismi (ai sensi dell'art. 8, comma 3, del decreto n. 180 del 2010).

#### 2.4. *Sulle inevitabili incertezze applicative.*

La breve analisi suggerisce una prima osservazione: la scelta del legislatore di circondare l'istituto di una serie di garanzie ed articolazioni di stampo processuale – certamente dettata, e giustificata, dalla previsione della condizione di procedibilità e dalle conseguenti ricadute sul diritto protetto dall'art. 24 Cost. – genera fatalmente incertezze applicative e, perciò, occasioni di conflitto tra le parti, che attengono non al merito, bensì al procedimento in quanto tale.

Tali incertezze finiscono per trasferirsi nella stessa sede processuale (quantomeno in caso di esito negativo), in ragione dei “canali di comunicazione” tra la mediazione obbligatoria ed il processo. Si pensi, in particolare, alle dispute che possano sorgere dinanzi al giudice in ordine al rituale espletamento del precedente tentativo, alla luce di asserite violazioni formali avvenute nel corso della mediazione, evocate, ad es., al fine di sottrarsi alle sanzioni di cui agli artt. 8 e 13.

Peraltro, un contributo all'ulteriore irrigidimento della normativa può giungere dall'attività interpretativa (e talora creatrice) della giurisprudenza, specie ove risulti la necessità di dare risposta, nel silenzio della legge, ad alcune questioni essenziali, che costituiscono il portato inevitabile della processualizzazione dell'istituto.

Occorre richiamare, a titolo puramente indicativo, le difficoltà che si manifestano in presenza di cause complesse sul piano oggettivo o soggettivo, fattispecie non codificate in merito alle quali è pur imprescindibile l'individuazione della soluzione giuridica (allo stato affidata all'opera della giurisprudenza).

Si dia il caso della proposizione, nello stesso giudizio, di una pluralità di domande nei confronti della stessa persona, delle quali soltanto alcune siano state oggetto dell'istanza di mediazione (ancorché tutte attratte nell'orbita dell'obbligatorietà); quello della domanda riconvenzionale il cui oggetto rientri tra le materie di cui all'art. 5, comma 1-*bis*<sup>51</sup> (diversamente

---

<sup>51</sup> Ritengono soggetta alla mediazione *ex lege* anche la domanda riconvenzionale, tra gli altri, Trib. Roma, 27 novembre 2014, in [www.mcmmmediazione.com](http://www.mcmmmediazione.com); Trib. Roma, Sez. dist. Ostia, 15.3.2012, in [www.mcmmmediazione.com](http://www.mcmmmediazione.com); Trib. Como, sez. dist. Cantù, 2.2.2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Di contrario avviso, invece, Trib. Palermo, sez. dist. Bagheria, 11.7.2011, in [www.lider-lab.sssup.it](http://www.lider-lab.sssup.it); affine la posizione di L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28*

dalla domanda introdotta dall'attore); quello del procedimento di mediazione che venga celebrato soltanto tra alcuni dei litisconsorti necessari o, ancora, della domanda proposta dall'interveniente principale o tramite chiamata in causa di terzo ad opera del convenuto<sup>52</sup>.

In qualunque modo si voglia qualificare tali fattispecie, il risultato che si viene a produrre è quello di accrescere ancor di più la complessità della disciplina nel suo insieme.

3. *Sull'accidentato confine tra mediazione strutturata e conciliazione giudiziale (a proposito di un orientamento interpretativo del giudice onorario).*

Altro effetto collaterale attribuibile ad una mediazione fortemente strutturata è il rischio di sovrapposizioni con la conciliazione giudiziale (specie ove anch'essa sia posta come preventivamente obbligatoria), ovvero sia quello di ingenerare il falso convincimento di una loro fungibilità, almeno sotto il profilo funzionale.

Sintomatico – a parere di chi scrive – è l'orientamento affacciato nella giurisprudenza dei Giudici di pace<sup>53</sup>, in virtù del quale la disciplina della mediazione obbligatoria non troverebbe applicazione nelle controversie di competenza degli stessi, per il fatto che è già posto a loro carico, dall'art. 320, comma 1, c.p.c.<sup>54</sup>, un obbligo di tentare la conciliazione tra le parti nel corso della prima udienza.

La conclusione è stata motivata, *in primis*, muovendo dalla specialità delle norme che regolano il processo dinanzi al giudice onorario (ai sensi dell'art. 311 c.p.c.<sup>55</sup>), le quali prevarrebbero sulla disciplina del d. lgs. n. 28 del 2010 per mancanza, in quest'ultima, di un'espressa deroga alle prime; s'è inoltre sottolineato che la funzione conciliativa apparterrebbe allo statuto del Giudice di pace, il quale è tenuto ad espletare il tentativo di bonaria composizione

---

del 4 marzo 2010, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 3, 585 sgg., il quale afferma che la condizione di procedibilità deve esser riferita al processo e non alle singole domande proposte al suo interno, onde evitare lungaggini.

<sup>52</sup> Cfr. le esemplificazioni di G. Battaglia, *La nuova mediazione "obbligatoria" e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, 126 sgg.

<sup>53</sup> Cfr., *ex plurimis*, Giudice di pace Civitanova Marche, 24 gennaio 2014, in [www.unarca.it](http://www.unarca.it); Giudice di pace Napoli, 23 marzo 2012, in [www.lider-lab.sssup.it](http://www.lider-lab.sssup.it); Giudice di pace Cava de' Tirreni, ord., 21 aprile 2012, in [www.unarca.it](http://www.unarca.it).

<sup>54</sup> In base alla norma citata, il giudice, nella prima udienza, interroga liberamente le parti e tenta la conciliazione.

<sup>55</sup> Si riporta di seguito il testo dell'articolo: "Il procedimento davanti al giudice di pace, per tutto ciò che non è regolato nel presente titolo o in altre espresse disposizioni, è retto dalle norme relative al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, in quanto applicabili".



non soltanto in sede contenziosa, allorché è investito del potere di decidere la causa, ma anche quando venga appositamente adito nella veste esclusiva di conciliatore<sup>56</sup>.

Il pilastro della tesi è costituito, evidentemente, dalla supposta parificazione tra l'attività dei mediatori, cioè delle *“persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”* (art. 1 d. lgs. n. 28 del 2010), e la conciliazione giudiziale; sarebbe, dunque, superfluo e diseconomico il ricorso alla prima, quand'anche condizione di procedibilità, ove la legge già preveda come obbligatoria la seconda.

La dottrina ha posto in luce l'erroneità di siffatta interpretazione dell'art. 311 c.p.c., poiché quest'articolo si estende soltanto alla sfera del processo, non a quella, distinta (almeno in astratto), della mediazione<sup>57</sup>.

Vale la pena soffermarsi, invece, sull'inconsistenza teorica dell'assunto che mediazione “extra-giudiziale” e conciliazione giudiziale siano tra loro equiparabili.

In termini concettuali, conciliazione giudiziale e mediazione, pur accomunate dalla presenza di un terzo<sup>58</sup> deputato a favorire la composizione della lite tra le parti, differiscono nettamente, dacché risultato della prima è la definizione di una controversia *“che si atteggia nel contrasto di opposte pretese”*, risultato della seconda è il *“componimento di semplici interessi”*<sup>59</sup>. Ciò è la conseguenza di un fattore, per così dire, strutturale, rappresentato dall'essere la conciliazione incorporata nella sede di esercizio della giurisdizione<sup>60</sup>. Pertanto, *“quando l'attività di conciliazione si manifesta nel corso del processo, non si sa vedere come, dalla materia della controversia (giuridica), sulla quale fino a quel momento si era esercitata la giurisdizione (e sulla quale*

---

<sup>56</sup> Si tratta dell'istituto, di scarsa diffusione pratica, della conciliazione in sede non contenziosa, previsto dall'art. 322 c.p.c.

<sup>57</sup> Cfr. M. Capotorto, *Interferenze tra nuova mediazione civile e commerciale e il tentativo di conciliazione del giudice di pace*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 11, 984 sgg.

<sup>58</sup> Ciò vale a distinguere la mediazione dalla transazione: cfr. C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., 849 sgg.

<sup>59</sup> F. Lancellotti, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. dir.*, Milano 1962, 400. Sulla distinzione tra conflitto giuridico (la lite) e conflitto economico, in relazione al contratto di transazione, si sofferma autorevolmente F. Santoro Passarelli, *Nozione della transazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 303 sgg.

<sup>60</sup> Il che non implica che la conciliazione giudiziale costituisca, essa stessa, esercizio di giurisdizione. La questione, controversa in dottrina, non può essere approfondita in questa sede, giacché il suo esame, tra le altre cose, esigerebbe, in premessa, di indugiare sul tema, di amplissimo respiro teorico, dello scopo del processo e della giurisdizione.

*seguiterà a esercitarsi in caso di mancata riuscita del tentativo di conciliazione), si possa sceverare una distinta e diversa controversia empirica<sup>61</sup>”.*

Ne segue che la preventiva costituzione delle parti per il tramite di atti tipizzati e concatenati funzionalmente, permettendo l'individuazione delle opposte pretese da parte del giudice<sup>62</sup> e la delimitazione del *thema decidendum*<sup>63</sup>, rappresenta una precondizione per l'esercizio della sua funzione conciliativa. Ad essa dovrebbe sommarsi – è stato sostenuto<sup>64</sup> - il preventivo vaglio circa l'interesse ad agire, tramite il quale verificare la sussistenza anche in concreto, nella realtà dei fatti, della contesa giuridica sulla spettanza del bene della vita; il che scongiura i casi di abuso dello strumento conciliativo, nei quali s'introduca la causa col consenso delle due parti, al solo fine di veder conferire efficacia esecutiva ad accordi preesistenti (e non di rado imposti dalla parte economicamente più forte).

La mediazione, al contrario, non esige teoricamente la presenza di analoghi filtri.

D'altra parte, la distinzione, nitida in astratto, può divenire meno lineare sul piano pratico (e ciò rende comprensibile, benché non giustificato, l'orientamento giurisprudenziale suesposto), nel momento in cui la mediazione non è concepita per la composizione di “*semplici interessi*”, bensì è costruita come un “surrogato” del processo - partecipe degli elementi strutturali del secondo - e, soprattutto, come un “prologo” imposto alle parti che vogliano introdurre il secondo (nella speranza che, nelle more, esse recedano da tale proposito).

Di qui la necessità – alla luce dell'art. 24 della Costituzione – di predisporre un apparato (più o meno complesso) di garanzie, poteri, facoltà, estrapolati dal modello processuale.

---

<sup>61</sup> F. Lancellotti, *Conciliazione delle parti*, cit., 401.

<sup>62</sup> Tutte le parti hanno l'onere di determinare con sufficiente precisione gli elementi costitutivi (*petitum, causa petendi*) delle rispettive domande e delle eccezioni.

<sup>63</sup> Il processo come tale, in quanto contrassegnato dal principio del contraddittorio, offre un contributo alla risoluzione del conflitto indipendentemente dall'atto finale della sentenza, poiché provoca la delimitazione del terreno del contendere tramite l'assoggettamento delle parti a regole e principi comuni: cfr., *ex plurimis*, L. Franzese, *L'accordo conciliativo fra conflitto e controversia*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4, 881 sgg.

<sup>64</sup> Cfr. M.F. Ghirga, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 1, 196 sgg. L'A. evidenzia l'importanza dello scrutinio sull'interesse ad agire quale mezzo per evitare un uso distorto dell'istituto, muovendo dal caso delle conciliazioni “imposte” dal datore di lavoro ai propri dipendenti, con l'obiettivo di sottrarre gli accordi al regime d'impugnabilità di cui all'art. 2113 c.c.

4. *Considerazioni conclusive.*

La mediazione “processualizzata” delineata dal legislatore è figlia dell’intento meramente deflattivo che ha animato quest’ultimo.

Senonché, una mediazione piegata al solo scopo di ridurre la mole del contenzioso, tramite l’offerta di un incentivo che dissuada le parti dall’attivare la macchina del processo, finisce per scontare proprio l’inefficienza dello stesso, la quale, giocoforza, va a “contagiare” anche la mediazione: quest’ultima, invece, avrebbe “...bisogno di un processo rapido ed efficiente, la cui presenza sullo sfondo induca tutte le parti ad esplorare l’utilità di un accordo. Un sistema di giustizia civile allo sfascio è una tentazione troppo forte per chi, meno forte sul piano del merito, reputa conveniente speculare sui tempi lunghi di una decisione giudiziaria”<sup>65</sup>.

Ne discende un effetto distorsivo duplice.

Per un verso, la mediazione, posta come condizione di procedibilità, si rivela frequentemente una mera anticamera del processo, finendo per essere percepita dagli stessi protagonisti (compresi i mediatori) alla stregua di uno stanco rituale. Questa percezione condiziona, in alcuni casi, anche l’interpretazione giurisprudenziale, generando la tentazione di “forzature” del testo, che permettano di derogare all’obbligatorietà della mediazione (ad esse può rivelarsi funzionale, ad es., un uso sostanzialmente manipolativo del principio costituzionale della ragionevole durata<sup>66</sup>). Ne offre testimonianza una pronuncia del Tribunale, nella quale, pur in assenza di un appiglio testuale, si è ritenuto non applicabile il regime della mediazione obbligatoria alle cause introdotte tramite rito sommario di cognizione (*ex art. 702-bis c.p.c.*), sul presupposto

---

<sup>65</sup> P. Biavati, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 797.

<sup>66</sup> Sull’uso manipolativo dell’interpretazione conforme a Costituzione, nel campo del principio di ragionevole durata del processo di cui all’art. 111 Cost., si vedano le osservazioni critiche, tra gli altri, di A. Oddi, *La Corte di Cassazione e l’utilizzo spinto, in chiave ermeneutica, del principio costituzionale della “ragionevole durata” del processo (ovvero: di due casi emblematici di “eccesso” di ... interpretazione costituzionalmente conforme)*, in *www.costituzionalismo.it*, e, con riferimento all’interessante caso dell’art. 37 c.p.c., di A. Carratta, *Rilevabilità d’ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del “giudicato implicito”*, in *Giur. it.*, 2009, 6, 1464ss. Da menzionare Trib. Varese, 20.12.2011, in *www.mcmmmediazione.com*, nella quale, sulla base di un’interpretazione conforme al principio di ragionevole durata, viene giustificato l’omesso esperimento del tentativo di mediazione *ex lege*, nel caso in cui la lite, per il suo oggetto giuridico (domanda di usucapione), non possa essere validamente definita tramite un accordo conciliativo; analogo argomento compare in Trib. Palermo, sez. dist. Bagheria, 11.7.2011, cit., con riguardo al tema della domanda riconvenzionale il cui oggetto rientri tra le materie di cui all’art. 5, comma 1-*bis*.

che, in questa sede, tale adempimento preliminare si tradurrebbe in un ostacolo all'immediata e celere trattazione<sup>67</sup>.

Per un altro verso, essa favorisce accordi iniqui, sfavorevoli alla parte (ad es., il creditore) meno propensa a sopportare il rischio ed il tempo del processo<sup>68</sup>: ed è soprattutto nella mediazione obbligatoria - in ragione dei suoi stretti legami con il processo e del suo "gravitare" nell'orbita dell'art. 24 della Costituzione - che il profilo della "giustizia" dell'accordo conciliativo non può essere del tutto accantonato<sup>69</sup>.

Un fattore distorsivo va rinvenuto, quindi, nella stessa condizione di procedibilità.

Del resto, l'imposizione di un obbligo di trattare difficilmente può rivelarsi proficua, ove le parti non siano già predisposte alla ricerca di un compromesso, in forza delle loro rispettive valutazioni di opportunità; quando i litiganti risultano disponibili a tentare una bonaria definizione, hanno essi stessi interesse ad avvalersi spontaneamente delle prestazioni di un mediatore professionale (o, in alternativa, ad affidare ai rispettivi avvocati la conduzione delle trattative<sup>70</sup>), senza che l'assenza o la presenza di un regime legale di obbligatorietà possa incidere sostanzialmente su tale disposizione d'animo o sulle probabilità di successo del negoziato<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Così Trib. Firenze, 22 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*; in senso contrario, Trib. Genova, ord., 18.11.2011, in *www.giurcost.org*.

<sup>68</sup> Così P. Biavati, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, cit., 785ss.

<sup>69</sup> M.F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 2, 371 sgg., mette in guardia dal pericolo di una fuga dal diritto insito nei sistemi alternativi di risoluzione dei conflitti; pertanto, l'A. ammonisce, in termini generali, sull'importanza di vestire anche queste procedure di un abito formale che le renda compatibili con gli irrinunciabili principi di giustizia che informano il processo.

<sup>70</sup> Gli avvocati possono efficacemente assistere il cliente in un percorso conciliativo, dopo avergliene prospettato gli eventuali vantaggi, in rapporto agli obiettivi perseguiti dallo stesso nonché, naturalmente, alle concrete *chances* di vittoria processuale. È del resto semplicistico opinare che l'avvocato, per tornaconto personale, miri comunque a condurre in giudizio la lite del proprio assistito ed a far in modo che ivi giaccia il più a lungo possibile; ragionamento che trascura, da un lato, il fatto che l'avvocato, per le stesse motivazioni economiche, ha interesse a consolidare il rapporto di fiducia con il cliente, il quale verrebbe compromesso da consigli legali non confacenti alle esigenze di quest'ultimo, e, dall'altro lato, la circostanza che talora è intenzione del cliente, per i più vari motivi, speculare sulla lunghezza del processo, piuttosto che addivenire ad un'intesa prima del giudizio.

<sup>71</sup> Per le ragioni illustrate nel testo, desta analoghe perplessità il nuovo istituto della negoziazione assistita, introdotto - con finalità deflattive o *rectius* (per usare la terminologia del legislatore) di "*degiurisdizionalizzazione*" - dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche dalla l. 10 novembre 2014, n. 162. La disciplina definisce la convenzione di negoziazione assistita come "*un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati...*" (art. 2). Ebbene, essa prevede - con riferimento alle controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli o natanti ed a quelle concernenti domande di pagamento, a qualsiasi titolo, di somme non eccedenti i cinquantamila euro - l'onere, per colui che intenda agire in giudizio, di invitare preventivamente la controparte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita, a pena d'improcedibilità della domanda (art. 3).

La mediazione così concepita, a ben vedere, riecheggia l'abolito tentativo di conciliazione obbligatorio, che, in base al vecchio disposto dell'art. 183 c.p.c., doveva essere espletato dal giudice nel corso della prima udienza; esso, com'è noto, fu soppresso dal d.l. n. 35 del 2005 (convertito con modifiche dalla l. n. 80 del 2005) a causa della scarsa efficacia dell'istituto<sup>72</sup>.

Criticabile, inoltre, l'eccessiva articolazione della relativa disciplina, la quale, in buona misura, si riannoda alla necessità, insita nell'approccio adottato dal legislatore italiano, di istituire forme di raccordo con il processo: di qui l'accrescersi delle incertezze applicative e, quindi, delle occasioni di conflitto.

La regolamentazione del procedimento andrebbe ridotta, invece, a quanto di stretta necessità per il suo corretto funzionamento, ossia ad alcuni basilari precetti tesi ad assicurare la parità tra le parti e l'imparzialità e professionalità del mediatore<sup>73</sup>.

Discutibile, infine, è l'estensione indiscriminata dell'istituto<sup>74</sup>, il quale è applicato a tipologie di controversie del tutto eterogenee, sia sotto il profilo del quadro normativo che del contesto socio-economico entro cui le liti vengono ad insorgere. Sarebbe più efficace, invece, un ritaglio ponderato e selettivo degli ambiti entro i quali istituire la procedura di conciliazione (o le procedure, eventualmente da diversificare per materia), all'esito di un'accurata analisi economico-giuridica dei rapporti di fatto che usualmente sottostanno alle controversie, onde verificare se essi presentino elementi tipici che di per sé favoriscano la preparazione di un "terreno" conciliativo<sup>75</sup>.

Emblematico è il caso delle controversie contrattuali tra professionisti e consumatori, sovente di modico valore; nell'ambito di questo perimetro, si rinviene in ambo le parti una propensione alla composizione amichevole, indotta, per l'imprenditore, da un interesse commerciale (alla prosecuzione del rapporto contrattuale) e concorrenziale (dacché la competizione, al giorno d'oggi, si estende anche ai servizi di c.d. *customer care*) e, per il

---

<sup>72</sup> Si veda la ricostruzione di M. Negri, *Art. 185 c.p.c.*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Milano 2012, II, 348 sgg.

<sup>73</sup> Una sensibile riduzione deriverebbe *de plano* dall'abolizione del regime di obbligatorietà, con tutte le sue implicazioni. Pone l'accento sull'essenzialità del contraddittorio anche nella procedura di mediazione L. Franzese, *L'accordo conciliativo fra conflitto e controversia*, cit., 882 sgg.

<sup>74</sup> Aspetto che suscita, altresì, dubbi di costituzionalità, avuto riguardo al principio di ragionevolezza: si veda l'approfondita analisi di G. Zampetti, *Problemi di costituzionalità (e di conformità al diritto dell'Unione) della "nuova" mediazione civile obbligatoria; diritto alla tutela giurisdizionale e principio di proporzionalità*, cit., 17 sgg.

<sup>75</sup> S. Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 454 sgg.

consumatore, dalla diseconomicità del giudizio, ove risulti una sproporzione tra i costi complessivi di questo ed il valore della lite<sup>76</sup>.

In questo contesto favorevole, l'istituzione di procedure conciliative settoriali, affidate a mediatori aventi una formazione professionale specifica per tale tipologia di liti, può fornire un rendimento piuttosto soddisfacente. S'aggiunga che esse, così costruite, hanno il pregio di agevolare l'esercizio effettivo di diritti che difficilmente, allorché il valore della lite è disincentivante, vengono giustiziati nella sede processuale.

Un esempio è rappresentato, limitatamente alle controversie tra utenti ed operatori delle telecomunicazioni, dai tentativi di conciliazione dinanzi ai Co.Re.Com.<sup>77</sup>, i quali hanno, altresì, la competenza alla risoluzione delle liti (in caso di fallimento del tentativo, l'utente, in luogo di rivolgersi all'autorità giudiziaria, può introdurre, dinanzi ai medesimi, una distinta fase contenziosa, la quale può concludersi con la condanna del professionista al pagamento di un indennizzo in favore dell'utente, commisurato alla gravità ed alla durata del disservizio<sup>78</sup>).

Un importante impulso ad una più marcata diffusione di strumenti stragiudiziali (anche diversi dalla mediazione) nel settore del consumo potrebbe derivare dall'attuazione della direttiva n. 2013/11/UE<sup>79</sup>, in materia di "ADR" per i consumatori.

Quanto sin qui rapidamente osservato pare trovare conforto nelle ultime rilevazioni statistiche del Ministero della giustizia sull'andamento della mediazione civile (aggiornate al 30 settembre 2014<sup>80</sup>), le quali mostrano come la percentuale di accordi conciliativi sia nettamente superiore nella mediazione facoltativa che in quella obbligatoria e – in relazione al parametro del valore della lite – sia più alta nelle controversie di valore compreso tra mille e diecimila euro rispetto a quelle incluse negli altri scaglioni.

---

<sup>76</sup> S. Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, cit., 458.

<sup>77</sup> I Comitati Regionali per le Comunicazioni, enti pubblici istituiti e disciplinati da singole leggi regionali (conformemente a quanto previsto dalla legge statale istitutiva n. 249 del 1997), sono competenti, tra le altre cose, a gestire i procedimenti conciliativi tra utenti ed operatori del settore delle telecomunicazioni. È bene precisare che si tratta, anche in tal caso, di un tentativo obbligatorio, ai sensi dell'art. 1, comma 11, della l. n. 249 del 1997.

<sup>78</sup> La possibilità di una sollecita definizione della lite dinanzi agli stessi Co.Re.Com., alternativa alla sede processuale, costituisce un altro incentivo, per il professionista destinatario delle contestazioni dell'utente, al raggiungimento di un'intesa conciliativa.

<sup>79</sup> Consultabile sul portale <http://eur-lex.europa.eu>. Il termine per il recepimento interno è fissato al 9 luglio 2015.

<sup>80</sup> Reperibile in <https://webstat.giustizia.it>.

La mediazione di cui al d. lgs. n. 28 del 2010, in definitiva, non è concepita come un “canale” effettivamente distinto, anzitutto nei presupposti teorico-generalisti e giuridico-economici, dal processo.

Al contrario, nell’ottica prescelta dal diritto comunitario<sup>81</sup>, gli strumenti alternativi di risoluzione delle liti non costituiscono *tout court* un rimedio “para-processuale” all’ingolfamento degli uffici giudiziari, poiché strumentali ad un obiettivo di più ampio respiro, che consiste, da un lato, nel facilitare l’accesso ad un sistema regolamentato di risoluzione dei conflitti a liti di modesto valore (per le quali il processo, per costi e durata, si rivela fortemente diseconomico) e, dall’altro, nella stabilizzazione e razionalizzazione dei rapporti economici, le quali sarebbero meglio assicurate dall’auto-composizione delle liti più che dall’etero-determinazione della regola del caso concreto, discendente da una “rigida” applicazione del diritto positivo<sup>82</sup>.

È presente traccia di queste *rationes* anche nella direttiva comunitaria 2008/52/CE “*relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*”, cui il d. lgs. n. 28 del 2010 ha dato attuazione<sup>83</sup>.

Il richiamo all’approccio comunitario, il quale è ispirato ad una logica che trascende l’obiettivo di deflazione del contenzioso, induce, per converso, a porre l’attenzione sul *proprium* del processo (e della giurisdizione), a sua volta irriducibile ad una funzione di mera pacificazione dei rapporti privati, intesa in un’accezione “economicista”. La dottrina ha delucidato il profondo legame che intercorre, nel dettato costituzionale, tra esercizio della sovranità, diritto di azione ed amministrazione della giustizia “*in nome del popolo*” (per il tramite della giurisdizione e del processo): “*allorché la Costituzione dispone che la giustizia è amministrata in nome del popolo [...] non soltanto vuole che tutto l’ordinamento possa in effetto concretarsi attraverso il giudizio, ma prima ancora pone il principio per cui tale attività deve necessariamente far capo ad un*

---

<sup>81</sup> Cfr. A. Albanese, *Dalla giurisdizione alla conciliazione. Riflessioni sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 1, 237 sgg.

<sup>82</sup> Cfr. le riflessioni su questa diversa prospettiva di M.F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, cit., 366 sgg.

<sup>83</sup> Merita cenno, ad es., il punto 6 dei considerando, che allude ai benefici prodotti dagli accordi raggiunti in mediazione: “*La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti*”.

*impulso ad essa esterno e precisamente all'esercizio dell'azione giurisdizionale che è specie del più generale potere di azione ordinante che fa capo alla collettività...<sup>84</sup>.*

Il che dovrebbe bastare a dissuadere il legislatore dall'introdurre "surrogati"<sup>85</sup> del processo.

---

<sup>84</sup> M. Esposito, *Jurisdictio in genere sumpta. Il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 827.

<sup>85</sup> Nel senso suindicato.