

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO DELL'ISTITUTO.

1. Le origini della mediazione.

L'uomo ha sentito, sin dai tempi più antichi, l'esigenza di associarsi e vivere in comunità. Tuttavia, la coesistenza dei consociati all'interno di qualsiasi comunità determina dei problemi e delle conflittualità: le relazioni tra i soggetti, infatti, non si svolgono sempre in maniera fisiologica ma possono presentare delle patologie.

Banalmente, anche da una superficiale osservazione dei rapporti tra le persone si evince che, spesso, il perseguimento degli obiettivi personali prende il sopravvento rispetto all'accordo raggiunto o, ancora, il sopravvenire di fatti imprevisi riconfigura diversamente alcuni equilibri. Naturalmente, ove vi sia un simile conflitto, la ricerca della soluzione, nel corso della storia dell'umanità, è stata affidata, tendenzialmente, ad un soggetto terzo, imparziale ed equidistante rispetto alle parti: il giudice.

Il successivo affinarsi del pensiero giuridico ha poi gradualmente portato alla definizione di un procedimento civile denso di garanzie procedurali ma particolarmente lungo e oneroso per le parti in causa e per il sistema giustizia in generale.

Tralasciando per il momento questi aspetti tecnici, è opportuno sottolineare che con la decisione giudiziale si prediligono le ragioni di uno dei contendenti a discapito di quelle dell'altro.

Tutto ciò, però, presenta dei costi sociali: in primo luogo, come anticipato, si accontenta un soggetto e se ne scontenta un altro; in secondo luogo, le pronunce giurisdizionali non soddisfano di per sé le ragioni dell'attore ma necessitano di essere attuate e non sempre il soccombente adempie spontaneamente; in terzo luogo, infine, lo stesso trascorrere del tempo pregiudica la piena realizzazione delle istanze del soggetto vittorioso in giudizio.

Per le ragioni sopraesposte, l'uomo nel corso del tempo ha sperimentato metodologie alternative di risoluzione delle controversie.

In particolare, lo strumento principe, oggetto di questa trattazione, è la mediazione, il ricorso alla quale è stato sperimentato sin dai tempi più antichi.

Già nell'antica Roma, infatti, era consuetudine che i contendenti, prima di recarsi dal pretore, cercassero di trovare un accordo amichevole con l'ausilio di un soggetto terzo e imparziale, nell'ottica di conservare per quanto possibile la pace e il quieto vivere della comunità.

Qualora le parti fossero riuscite a raggiungere un accordo con l'intervento di un terzo, il magistrato si limitava ad emettere una sentenza conforme all'accordo raggiunto¹.

A tal proposito, occorre specificare che il procedimento conciliativo poteva intervenire anche in un momento successivo rispetto all'instaurarsi del giudizio.

Nell'universo religioso, i parroci, quali figure di riferimento all'interno della comunità, svolgevano (e, almeno in parte, continuano a svolgere) un'importante attività di avvicinamento tra i fedeli in lite, facilitandone il dialogo al fine di pervenire ad una soluzione concordata. Ancora, senza indulgere in indagini di tipo comparativo, le tradizioni del continente asiatico offrono importanti spunti di riflessione.

In Cina, anche grazie alla istituzionalizzazione delle idee di Confucio², era particolarmente sentita l'esigenza di raggiungere una soluzione concordata della controversia ed evitare l'insorgere di un procedimento giudiziale. Alla base di questa tendenza, peraltro, vi era la considerazione che le norme giuridiche fossero entità troppo rigide ed incapaci di adattarsi alla immensa varietà delle conflittualità umane. In sostanza, la decisione giudiziale era confinata al ruolo di *extrema ratio*³⁴.

2. Gli strumenti ADR

Terminata questa breve indagine storica sulle origini della mediazione, occorre dare contezza della varietà di strumenti dei quali dispongono i privati che vogliono sottrarre le proprie controversie ai procedimenti rigidi della giustizia ordinaria.

Con l'acronimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*) si fa riferimento, infatti, ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

Essi si caratterizzano per la gestione privata del conflitto e si possono raggruppare idealmente in tre categorie: in primo luogo, vi sono le procedure di autocomposizione delle liti, nelle quali le parti raggiungono l'accordo in piena autonomia; in secondo luogo, si conoscono le procedure di composizione eterodirette, nelle quali un terzo imparziale esprime una valutazione vincolante per le parti; in terzo luogo, infine, esistono le procedure di autocomposizione eterodirette, nelle quali

¹ *Storia della mediazione civile e commerciale in Italia*, Alfonso Lanfranconi, in *Alfonsolanfranconi.it*.

² *Confucio, La Grande Dottrina e i Dialoghi*, Burr, Rizzoli, 1996, chiarisce che un cittadino leso nei suoi diritti doveva, prioritariamente, adoperarsi per pervenire ad una soluzione amichevole della lite ed evitare di far valere le proprie ragioni dinanzi all'autorità giudiziaria. La controversia, infatti, altro non era se non la rottura dell'equilibrio e dell'armonia all'interno della comunità. Esso era un valore importantissimo che la sanzione irrogata dal giudice non era in grado di ripristinare.

³ *Carlo Alberto Calcagno, "La mediazione familiare in Italia e in Europa" in Studio Cataldi, il diritto quotidiano, 15/09/2020*. Ivi si precisa che obiettivo preminente dei governanti era insegnare al popolo a vivere senza contenzioso ed evitare che il diritto intervenisse in maniera punitiva nei confronti dei trasgressori. Ciò era dovuto anche al fatto che la società era costituita, per lo più, da contadini e artigiani legati tra loro da legami di parentela.

⁴ In questo senso anche "*Cenni storici sulla mediazione*", Giovanni Matteucci, in [www. Accademia.edu](http://www.Accademia.edu).

il terzo agevola il confronto tra le parti valorizzandone i rispettivi interessi avendo cura, comunque, di lasciare alle stesse la ricerca della soluzione (limitandosi, al massimo, a fornire dei suggerimenti)⁵.

Rimandando al prosieguo della trattazione l'analisi approfondita dell'istituto della mediazione, è opportuno soffermarsi brevemente sull'arbitrato e sulla negoziazione assistita.

2.1. L'arbitrato

L'arbitrato è una procedura con la quale le parti decidono di sottoporre la definizione di una controversia ad un soggetto terzo, monocratico o collegiale.

Se ne conoscono due forme: l'arbitrato rituale e quello irrituale.

Il primo presenta numerose somiglianze rispetto al procedimento ordinario: infatti, si configura, sostanzialmente, come un processo privato affidato a un soggetto terzo e imparziale, su mandato delle parti, con il potere di emettere una decisione vincolante, chiamata lodo arbitrale. Esso diviene, a tutti gli effetti, titolo esecutivo mediante il deposito presso la cancelleria del Tribunale di riferimento.

Il secondo, invece, consiste in un'attività negoziale e non giurisdizionale. Esso, pertanto, è radicalmente svincolata dalla disciplina processuale e sostanziale e non si chiude con una pronuncia vincolante⁶.

Ancora, si può distinguere tra arbitrato ad hoc e arbitrato amministrato: nel primo caso, sono le stesse parti a dettare le regole secondo le quali si svolgerà la procedura; nel secondo, invece, i litiganti si affidano ad istituzioni arbitrali capaci di svolgere apposito servizio, sulle quali solamente ricade il compito di gestire la procedura e definirne i relativi costi.

L'arbitrato presenta dei notevoli vantaggi: emerge, infatti, una drastica riduzione dei tempi processuali, anche grazie all'eliminazione di molti dei formalismi che contraddistinguono il rito ordinario. Non deve trascurarsi, inoltre, il fatto che, spesso, il terzo individuato dalle parti è un soggetto estremamente competente nella materia oggetto del contendere ed è capace, pertanto, di pervenire a soluzioni estremamente apprezzabili sotto il profilo tecnico⁷.

⁵ *"I metodi A.D.R.: tipologie, natura, prospettive"*, Caterina Frisco, Diritto.it, 24/03/2011.

⁶ *"Arbitrato, mediazione, negoziazione assistita: le diversità nel mondo ADR"*, Nadia Bortoni, Diritto.it, 10/01/2019.

⁷ *"I metodi A.D.R.: tipologie, natura, prospettive"*, Caterina Frisco, Diritto.it, 24/03/2011. Il contributo in nota ha il merito di sottolineare che l'inserimento dell'arbitrato tra gli ADR è questione particolarmente discussa in dottrina: infatti, si argomenta che l'arbitrato rituale non si discosta poi così nettamente dal procedimento ordinario, in quanto si chiude con una pronuncia vincolante e, in ogni caso, presenta un apprezzabile tasso di formalismo; l'arbitrato irrituale, invece, pur avendo natura negoziale rimanda comunque alla decisione di un terzo.

2.2. La negoziazione assistita

Presenta alcune caratteristiche peculiari il procedimento di negoziazione assistita, la cui disciplina è stata introdotta negli artt.2 e ss. del d.l. 12 settembre 2014, n.132, convertito con legge 10 novembre 2014, n.162.

Tale procedura consiste nella ricerca di un accordo conciliativo tra le stesse parti della controversia, assistite dai rispettivi avvocati. Pertanto, non interviene alcun soggetto terzo e imparziale e il buon esito è sostanzialmente affidato alla competenza e alle capacità professionali di chi assiste i litiganti.

Per questa ragione, le parti devono sottoscrivere un accordo scritto, a pena di nullità, con il quale si impegnano a collaborare in buona fede e reciproca lealtà per risolvere amichevolmente la lite. Attualmente⁸, costituisce condizione di procedibilità per le domande giudiziali in materia del risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e per quelle aventi ad oggetto il pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro (fuori dei casi nei quali sia prescritta la procedura di mediazioni dinnanzi ad un organismo a ciò abilitato). Il procedimento in parola presenta dei notevoli vantaggi in termini di riduzione dei tempi e di abbattimento dei costi.

Sotto il primo profilo, infatti, esso può avere una durata non inferiore ad un mese e non superiore ai tre mesi (prorogabili per una sola volta di ulteriori trenta giorni); sotto il secondo profilo, invece, gli unici oneri gravanti sulle parti sono costituiti dal compenso dei rispettivi avvocati.

L'attività delle parti confluisce in un accordo sottoscritto dalle parti e della professionisti che hanno prestato la propria assistenza, il quale costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale⁹.

Le peculiarità della procedura meritano una considerazione: mancando l'intervento di soggetti terzi, essa avrà maggiori possibilità di concludersi con esito positivo ove i litiganti abbiano maturato un'intesa sugli aspetti salienti della contesa e si apprestino a definire gli elementi di dettaglio. Pertanto, settori fertili per la riuscita della negoziazione assistita sono la separazione personale consensuale e il divorzio congiunto.

⁸ Per un approfondimento della disciplina, anche alla luce della recente riforma Cartabia, che ha esteso potenzialmente l'ambito applicativo dell'istituto a materie fino a questo momento escluse (si pensi, a titolo esemplificativo, alle controversie in tema di lavoro), si veda "*Negoziazione assistita, mediazione civile e arbitrato dopo la riforma Cartabia*", Elisabetta Mazzoli, Daniela Savio, Andrea Sirotti Gaudenzi, Maggioli Editore, 2023.

⁹ "*Diritto Processuale Civile*", Giovanni Verde, Zanichelli Editore, sesta edizione, 2023.

Al contrario, proprio l'assenza di soggetti imparziali rappresenta il fattore alla base del frequente fallimento del procedimento analizzato¹⁰.

3. La mediazione nel diritto penale: la giustizia riparativa.

La tendenza alla ricerca di metodi di risoluzione alternativa delle controversie attraversa tutto l'ordinamento, al punto che perfino il diritto penale ne è rimasto influenzato, come dimostrano gli ultimi sviluppi legislativi sul punto.

In particolare, con la riforma Cartabia, vi è stato uno scatto deciso verso il fenomeno della giustizia riparativa.

In altri termini, l'auspicio è quello di mettere al centro della vicenda punitiva anche gli interessi della persona offesa dal reato, laddove, in precedenza, l'attenzione massima era rivolta verso la figura del reo.

In quest'ottica, è molto importante il ruolo dei mediatori: essi indirizzano e guidano le parti verso un dialogo costruttivo e si adoperano per creare uno spazio di ascolto e di libera espressione, ove i soggetti coinvolti riescano ad esprimere i propri bisogni e a comunicare il proprio vissuto senza temere alcun giudizio.

Data la peculiarità della materia, è bene sgombrare il campo da possibili obiezioni: la potestà punitiva dello Stato è irrinunciabile, poiché ne uscirebbe gravemente compromessa la tutela della vittima e la sicurezza della collettività.

La giustizia riparativa, infatti, opera in senso complementare rispetto ai tradizionali strumenti sanzionatori. Tuttavia, essa presenta delle caratteristiche che la rendono estremamente importante, prima fra tutte la mancanza di rigidità e di tassatività che connota le pene classiche: in questo modo è idonea ad attagliarsi alle caratteristiche del caso concreto e ad offrire risposte adeguate agli interessi delle parti.

Ancora, la misura del suo successo è legata alla volontarietà della scelta di aderire ai relativi programmi. Proprio questo aspetto implica che non possa venire mai a mancare la potestà punitiva dello Stato¹¹.

A tal proposito, il riferimento normativo principale si rinviene nel d.lgs.150/2022, il quale contiene alcune definizioni precise e chiarisce gli obiettivi della disciplina.

A mente dell'art.42, in particolare, per giustizia riparativa si intende “*ogni programma che*

¹⁰ In questo senso si esprime Frisco Caterina in “*I metodi A.D.R.: tipologie, natura, prospettive*”, Diritto.it, 24/03/2011.

¹¹ Molto chiara sul punto Elisabetta Ficco in “*Giustizia riparativa e Mediazione: una nuova forma di giustizia complementare al diritto penale*”, Diritto.it, 15/10/2020.

consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore"; ancora, individua l'(eventuale) esito riparativo in *"qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti"*.

Il legislatore delegato, nelle disposizioni seguenti, esplicita alcuni principi fondamentali: come chiarito, è necessaria la partecipazione attiva e volontaria dei soggetti interessati, con il coinvolgimento della comunità, avendo cura comunque di garantire equa considerazione al reo e alla vittima; sotto il profilo degli obiettivi, invece, viene sottolineata l'importanza della responsabilizzazione dell'autore dell'offesa e della ricostituzione di legami di questo con la società.

Non è trascurabile, infine, la previsione di numerosi meccanismi che fungono da incentivo all'accesso ai programmi di giustizia riparativa. Esso, in particolare, avviene sempre a titolo gratuito e non vi sono preclusioni rispetto al titolo di reato o alla gravità della fattispecie (unico limite è rappresentato dall'ipotesi in cui lo svolgimento del programma riparativo determini un pericolo concreto per i partecipanti); inoltre, la scelta di ricorrere ad uno degli strumenti riparativi è possibile in ogni stato e grado del procedimento.

Tali percorsi, per di più, sono circondati da numerose garanzie: in primo luogo, i partecipanti, al fine di esprimere un consenso effettivo, devono essere destinatari di informazioni esaustive in merito agli aspetti rilevanti della materia; in secondo luogo, sul mediatore ricadono doveri di riservatezza sugli atti, sulle attività e sulle dichiarazioni e informazioni delle quali sia venuto a conoscenza nello svolgimento del suo incarico.

Naturalmente, grazie al coordinamento della disciplina in commento con quella sostanziale e processuale, al reo che abbia partecipato con profitto ai programmi di giustizia riparativa sono riconosciuti importanti vantaggi: su tutti, all'art.62 c.p., in tema di circostanze attenuanti, si prevede ora che l'attenuazione della pena può derivare anche dall'*"aver partecipato ad un programma di giustizia riparativa con esito riparativo"*.

In generale, al termine del programma il mediatore redige una relazione e la trasmette all'autorità giudiziaria procedente. In essa vengono descritte le attività svolte e l'esito riparativo raggiunto (esso può essere simbolico, come una dichiarazione di scuse, o materiale ove si proceda all'effettiva riparazione del danno e alle restituzioni).

All'autorità giudiziaria sono inoltre comunicate la mancata effettuazione del programma,

l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo.

L'autorità giudiziaria valuta lo svolgimento del programma e l'eventuale esito riparativo per le determinazioni di competenza, anche ai fini di cui all'art. 133 c.p. in tema di commisurazione della pena. Tuttavia, la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non possono comunque produrre effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa¹².

4. Le tappe dell'evoluzione della disciplina della mediazione.

Volgendo lo sguardo in particolare sull'universo della giustizia civile in Italia, ben si comprendono le ragioni dell'introduzione dell'istituto della mediazione in Italia.

Nel secolo scorso si è avuta una “*esplosione di diritti individuali e collettivi*”¹³, costantemente trasformate in pretese da azionare dinnanzi ai giudici competenti, ed un proliferare di garanzie processuali a tutela degli interessi delle parti in causa.

Tutto ciò ha comportato, inevitabilmente, un aumento esponenziale del contenzioso ed un allungamento dei tempi processuali.

Le statistiche a riguardo sono impietose: nel contesto di quarantacinque Paesi europei, l'Italia rappresenta il fanalino di coda in relazione alla durata dei processi civili¹⁴.

Nello specifico, una causa civile dura mediamente, in Italia, più di sette anni e tre mesi nei suoi tre gradi di giudizio (2.655 giorni)¹⁵, tempi ben lontani da altri europei.

Non bisogna trascurare, inoltre, che il nostro sistema è gravato da un imponente arretrato¹⁶.

I fattori sopra esposti hanno delle ricadute importanti sull'economia del Paese poiché da tempo si

¹² “*Riforma penale e disciplina organica della giustizia riparativa*”, Francesco Marengi, Altalex, 07/11/2022.

¹³ “*Diritto Processuale Civile*”, Giovanni Verde, Zanichelli Editore, sesta edizione, 2023.

¹⁴ Si tratta di dati recentemente divulgati dalla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (la CEPEJ, istituita in seno al Consiglio d'Europa). Essi, precisamente, sono stati resi noti nell'anno 2020 e fotografano lo stato delle cose al termine del 2018.

¹⁵ “I tempi della giustizia civile in Italia”, Gabriele Chiarini, NT+ Diritto, 07/01/2021. Dall'approfondimento in esame si evince che il confronto con altre realtà europee è impietoso: la durata media in Grecia è di quattro anni e tre mesi (1.552 giorni), tre anni e quattro mesi in Francia (1.221 giorni) e in Spagna (1.238 giorni), un anno e mezzo in Romania (530 giorni), un anno in Svezia (377 giorni), appena nove mesi e mezzo in Portogallo (285 giorni). Peraltro, vi è da considerare che si tratta di valori medi “falsati” dai limiti connaturati alle scienze statistiche: infatti, nel campione considerato rientrano anche quelle tipologie di procedimenti estremamente brevi (a titolo esemplificativo, si pensi ai procedimenti cautelari, instaurati inaudita altera parte, successivamente dichiarati inammissibili e chiusi anche nel giro di pochissime settimane).

¹⁶ Deve segnalarsi, a ben vedere, come sul punto vi sia un'importante inversione di tendenza: infatti, si registra negli ultimi anni una sensibile diminuzione delle iscrizioni a ruolo sia davanti ai tribunali che alle corti d'appello; inoltre, il tasso di smaltimento, nell'ultimo periodo, si attesta costantemente ad un livello superiore al 100%: ciò vuol dire che vengono definiti ogni anno più cause di quelle instaurate nel medesimo lasso temporale. A riprova di quanto detto, rispetto alla precedente rilevazione, l'arretrato si è considerevolmente ridotto (dai 4,5 milioni di procedimenti pendenti nel 2014 si è passati ai 3,3 milioni nel 2020).

denuncia il fatto che i tempi inaccettabili della giustizia civile italiana stanno allontanando importanti occasioni di investimenti di capitali esteri verso altre realtà (anche europee). Inoltre, le difficoltà che attanagliano la macchina della giustizia minano alla base il valore dell'effettività e della credibilità delle pronunce giurisdizionali. A tal riguardo, già nel 1999 la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha emesso quattro sentenze di condanna nei confronti dell'Italia a causa della lentezza dei processi celebrati di fronte ai giudici italiani¹⁷.

In tale occasione la Corte ha affermato con forza *“l'importanza del principio che la giustizia non sia amministrata con dei ritardi che ne possano compromettere l'efficacia e la credibilità [...] e che la lentezza eccessiva della giustizia rappresenta un pericolo importante, segnatamente per lo Stato di diritto”*.

Nel quadro sopra ricostruito, la mediazione è solamente uno degli strumenti cui nelle ultime legislature è ricorso il legislatore, talvolta con affanno, per tentare di alleggerire il carico di lavoro dei giudici ordinari e smaltire l'arretrato. Si richiama, a titolo esemplificativo, l'introduzione dei cd “balzelli”, ossia contributi forfettari da versare all'atto dell'introduzione della lite (in questo modo, per la verità, si intende anche scoraggiare il cittadino dal rivolgersi al giudice ordinario costringendolo a ponderare la scelta anche in relazione all'importanza della pretesa) e l'escogitazione di procedimenti semplificati e sommari per alcune materie.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 28 del 2010 la mediazione era sostanzialmente volontaria e, poiché dipendeva dalla libera scelta dei litiganti, rivestiva un ruolo del tutto marginale. Il legislatore, tuttavia, aveva introdotto alcune ipotesi obbligatorie in determinate materie. Mancava, dunque, una disciplina organica dell'istituto.

Tuttavia, in Europa vi era una sensibilità diversa sull'argomento, al punto che, già nel luglio del 2004, la Commissione Europea aveva adottato il *“Codice di condotta per i mediatori”*: in particolare, esso enunciava una serie di principi ai quali i singoli mediatori potevano spontaneamente aderire.

Sebbene non si trattasse di una normativa vincolante, essa ha avuto come effetto l'adozione di codici di condotta maggiormente dettagliati da parte dei singoli organismi di mediazione. Peraltro, l'adesione al codice in argomento non comportava alcun pregiudizio rispetto all'operatività della legislazione nazionale e delle regole proprie delle singole professioni.

La vera svolta, a ben vedere, è rappresentata dalla Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008. Sebbene essa fosse destinata a regolare nello specifico le mediazioni transfrontaliere, lasciava la facoltà agli Stati membri di estendere la disciplina anche alle procedure di mediazione svolte in ambito nazionale. Trattandosi di una direttiva, inoltre, gli Stati membri si trovano ad essere vincolati

¹⁷ Corte europea dei Diritti dell'Uomo, casi Bottazzi, A. P., Di Mauro, e Ferrari Contro Italia, sentenze del 28 luglio 1999.

solo rispetto al risultato prescritto, ben potendo introdurre regole più severe al fine di facilitare la mediazione.

L'obiettivo principale, sotteso all'introduzione della mediazione, è quello di snellire il lavoro dei giudici offrendo alle parti la possibilità di affidare le proprie controversie ad un conciliatore, senza tuttavia privarli della possibilità di adire il giudice. La tutela giurisdizionale, pertanto, viene semplicemente differita.

Tuttavia, un'attenta lettura della normativa di derivazione comunitaria evidenzia come lo snellimento del carico di lavoro dei tribunali non esaurisce le potenzialità dello strumento conciliatorio. Nel preambolo della direttiva citata, al considerando n.6 si legge che *“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”*.

Nel passaggio sopra esposto, che chiarisce le intenzioni del legislatore europeo, si sottolinea che la mediazione non ha solo il merito di alleggerire il carico di lavoro del sistema giustizia ma è anche idoneo a tutelare i diritti dei litiganti con soluzioni concordate, accolte dalle parti in causa e stabili nel tempo. Come sottolinea la più autorevole dottrina, in effetti, tale metodo di risoluzione delle controversie ha il pregio di permettere ai soggetti di esprimere i loro reali interessi attraverso la creazione di uno spazio di ascolto e di ricercare una composizione che si presti a soddisfare realmente le pretese in campo, senza incappare nei rigidi formalismi propri del processo ordinario.

Quanto detto, tuttavia, non è in linea con l'approccio pragmatico adottato dal legislatore italiano: l'intitolazione del testo del d.l. 132 del 2014, infatti, recita *“Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”*. In particolare, il termine *“degiurisdizionalizzazione”* lascia intendere l'auspicio di riuscire a *“togliere qualcosa”* alla giurisdizione ordinaria per tentare di risolvere l'annoso problema del sovraccarico di lavoro degli uffici giudiziari.

In altre parole, vi è una differenza di approccio tra il legislatore italiano e quello europeo: il primo, infatti, è fortemente condizionato dalla situazione emergenziale sopra descritta, mentre il secondo guarda alla mediazione con uno sguardo d'insieme che abbraccia anche la prospettiva di offrire ai consociati una nuova forma di tutela effettiva dei propri diritti¹⁸.

Per dare attuazione alla Direttiva, il Parlamento Italiano ha adottato la l. 18 giugno 2009, n.69 recante

¹⁸ *“I tempi della giustizia civile in Italia”*, Gabriele Chiarini, NT+ Diritto, 07/01/2021. L'articolo mette in luce come alla base dello scarso utilizzo dello strumento in Italia vi sia proprio la mancanza della *“cultura della mediazione”*: tale strumento viene valorizzato solo nell'ottica di sgravare il sistema giustizia di parte del contenzioso civile. Al momento, invece, non si apprezzano le potenzialità di concreta risoluzione delle controversie.

“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”.

Nell’ambito di un complesso intervento di riforma del processo civile, l’art.60 conteneva la delega al Governo per l’adozione di uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale da attuarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore.

Il Governo esercita il potere conferitogli con l’emanazione del d.lgs. 4 marzo 2010, n.28. Sebbene si rimanda al prosieguo della trattazione per un’analisi approfondita della disciplina, si deve sottolineare fin d’ora che l’art.5 comma 1 ha reso obbligatorio esperire un tentativo di conciliazione in alcune materie, introducendo, di fatto, una condizione di procedibilità.

Nel corso dello stesso anno, poi, il Ministero della Giustizia (in virtù del rimando contenuto nell’art.16 del d.lgs.28 del 2010) ha emanato il D.M. numero 180 contenente il Regolamento per 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 (normativa poi modificata dal successivo D.M. 6 luglio 2011, n.145)¹⁹.

La più recente riforma Cartabia, infine, è intervenuta anche su tale segmento della normativa con il D.M. 21 ottobre 2023, numero150 che ha abrogato il decreto di cui sopra e dettato nuove regole. Come meglio si chiarirà nel capitolo seguente, il legislatore ha inteso dettagliare i requisiti di cui devono essere in possesso gli organismi di mediazione al fine di accrescerne la riconoscibilità e la professionalità, nell’ottica di ottenere una maggiore qualità e affidabilità del servizio complessivamente offerto agli utenti.

La disciplina del d.lgs. 28 del 2010 ha conosciuto la scure dell’illegittimità costituzionale. L’aspetto più controverso, fin dal momento dell’entrata in vigore della normativa in analisi, che ha determinato numerose ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale, è proprio l’art.5 di cui sopra. Come si avrà modo di chiarire meglio in seguito, si riteneva che rendere obbligatorio l’esperimento di un tentativo di conciliazione extragiudiziale contrastasse con il disposto dell’art.24 della legge fondamentale, a mente del quale *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”*.

In altri termini, si era da più parti sostenuto che tale meccanismo introducesse un ostacolo illegittimo all’accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti dei consociati.

In realtà, la Corte Costituzionale fece proprio un altro motivo di ricorso, di carattere formale, e lo

¹⁹ Nel capitolo successivo verranno illustrati con maggiore precisione i requisiti che il mediatore deve possedere. Deve sottolinearsi che tale aspetto della disciplina incontrò la forte opposizione delle organizzazioni rappresentative dell’avvocatura italiana, le quali sostenevano che la mediazione non avrebbe prodotto alcun effetto utile e si sarebbe risolto solamente in un allungamento dei tempi processuali. Peraltro, poiché per essere mediatore non occorre una formazione giuridica, gli avvocati italiani vedevano danneggiati i propri interessi. Tali perplessità portarono il Ministero della Giustizia ad adottare il correttivo sopra citato.

ritenne assorbente rispetto a quello nel merito. La Consulta, infatti, ravvisò un eccesso di delega e una violazione del disposto degli articoli 76 e 77 della Costituzione ed argomento che né la Direttiva comunitaria né l'art. 60 della legge delega n. 69 del 2009 avevano autorizzato il Governo ad introdurre l'obbligatorietà della mediazione.

Cionondimeno, in vari passaggi della sentenza 272 del 2012²⁰, si legge che, sotto questo profilo, che la Direttiva comunitaria 2008/52/CE è neutra, nel senso che lascia agli Stati membri la facoltà di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione.

Anche sulla scorta delle considerazioni sopra svolte e della posizione assunta dal Giudice delle leggi, l'obbligatorietà della mediazione fu presto reintrodotta.

Con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 ("Decreto del fare") contenente misure urgenti per il rilancio dell'economia, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, il Governo ha apportato modifiche al D.lgs. 28/2010 riproponendo la mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Nello specifico, fu introdotto il comma 1 bis all'interno dell'art.5, il quale reca tutt'ora l'elenco di materie nelle quali è obbligatorio esperire un tentativo di conciliazione prima di adire il giudice ordinario.

A ben vedere, si trattava di una disciplina temporanea che venne stabilizzata solo nel giugno del 2017, quando fu approvata in via definitiva la legge di conversione del d.l. 24 aprile 2017, n.50 in materia finanziaria (cd. "Manovrina"): essa, tra le altre cose, contiene alcune correzioni al d.lgs. 28 del 2010 finalizzate alla stabilizzazione della mediazione obbligatoria, che diventa in questo modo "permanente".

L'ultima e più recente novella, operata con la Riforma Cartabia, è oggetto del presente lavoro sarà analizzata nei capitoli che seguono.

²⁰ Si tratta di una sentenza manipolativa, di accoglimento parziale, che dichiara illegittimo l'art.5 del d.lgs. 28 del 2010, nella parte in cui era previsto l'esperimento della procedura di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale in determinate materie. Pertanto, l'ambito di applicazione della disciplina della mediazione si restringe, temporaneamente, alle procedure di mediazione volontarie, a quelle delegate dal giudice e a quelle derivanti da clausole contrattuali.