



MAGISTRATURA DEMOCRATICA

“La riforma della giustizia civile”

SETTIMO SEMINARIO, 22 giugno 2023 ore 15:30

La giustizia complementare.

RESOCONTO

Il 22 giugno 2023 si è svolto il **settimo seminario** del ciclo di incontri promosso da **Magistratura Democratica** sulla riforma introdotta (in attuazione della legge delega n. 206/2021) dai d.lgs. n. 149/2022, n. 151/2022 e succ. mod.

Nel primo seminario, tenutosi il 1° dicembre 2022, è stata esaminata la disciplina transitoria ex art. 35 d.lgs. n. 149/2022 (nel testo vigente anteriormente alle modifiche di cui alla legge n. 197/2022 e al d.l. n. 198/2022 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 14/2023), con particolare riferimento alle disposizioni che sarebbero entrate in vigore il 1° gennaio 23.

Il secondo seminario, tenutosi il 19 gennaio 2023, ha avuto ad oggetto le modifiche relative al giudizio di primo grado: processo ordinario di cognizione innanzi al tribunale; processo “semplificato”; ordinanze anticipatorie; processo “unificato” in materia di persone, famiglia e minori. Il terzo, tenutosi il 15 febbraio 2023, è stato dedicato ad approfondimenti su quest’ultimo tema. Nel quarto (2 marzo 2023) sono state trattate le novità relative al giudizio di impugnazione. Nel quinto (22 marzo 2023) si è discusso delle controversie di lavoro.

Nel sesto (13 aprile 2023) si è parlato delle riforme del processo esecutivo. Quello del 22 giugno, infine, è stato dedicato agli interventi in tema di “*giustizia complementare*”, a cui vanno ricondotte la “*mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*” e la “*convenzione di negoziazione assistita da avvocati*”¹.

Nel corso del seminario si è tenuto conto della disciplina in vigore alla data del 22 giugno 2023 e quindi, per quanto concerne la *mediazione*, del testo originario di cui al d.lgs. n. 28/2010 con le successive modifiche sino al d.lgs. n. 149/2022 e alla legge n.197/2022, e per quanto riguarda la *negoziazione assistita* del d.l. n. 132/2014 convertito, con modificazioni, nella legge n. 162/2014 e succ. mod. di cui alla legge n. 197/2022, senza poter considerare, ovviamente, le modificazioni “correttive” introdotte con il d. lgs. n. 216/ 2024.

La registrazione del seminario è accessibile dal link che segue²:
<https://youtu.be/xSTapTN1piY>

¹ Tra i temi trattati nel seminario è stata inserito anche un riferimento alla mediazione familiare, che in realtà ha una disciplina diversa e autonoma rispetto a quella regolata dal d.lgs. n.28/2010 e succ. mod. (in particolare il carattere volontario della mediazione familiare impedisce di configurarla quale condizione di procedibilità e di assimilarla pertanto, sotto questo profilo, alla mediazione obbligatoria o demandata), ma che fa comunque parte del composito quadro della riforma.

² È doveroso precisare che per ragioni di tempo non è stato possibile dare spazio nel corso del seminario al previsto intervento delle avv. Barbara Lanza e Brunella Tenuta, le quali hanno fatto pervenire un successivo contributo (*Negoziare in ambito familiaristico: tra innovazioni e nuove responsabilità degli avvocati negoziatori*, in *Questione Giustizia* online, 4 marzo 2024 <https://www.questionegiustizia.it/articolo/negozi-familiaristico>), mentre un inconveniente tecnico ha impedito l'intera registrazione dell'intervento dell'avv. Mario Paolo Stoppa e quello svolto in chiusura del seminario dall'avv. Marina Petrolo. Entrambi, tuttavia, hanno fatto pervenire appunti scritti del loro intervento, appunti di cui si è tenuto conto nella stesura del presente resoconto.

1. La funzione della mediazione a scopo di conciliazione e della negoziazione assistita.

La mediazione a scopo di conciliazione e la negoziazione assistita si collocano all'interno del dibattito che da decenni ha investito anche nel nostro Paese il rapporto tra processo civile e strumenti stragiudiziali di composizione dei conflitti: strumenti che, introdotti essenzialmente con lo scopo di deflazionare i carichi del lavoro giudiziario, sono venuti assumendo sempre più le caratteristiche di istituti riconducibili ad una più ampia sfera di giustizia *partecipativa* o, come detto con terminologia più recente, *consensuale*, secondo una concezione in base alla quale la ricerca di alternative non si pone in termini di contrapposizione rispetto alla tutela giudiziaria e giurisdizionale, ma rimanda a possibilità di appagamento diverse dal processo o perché aiutano a risolvere il conflitto attribuendo il bene della vita che altrimenti si chiederebbe alla giurisdizione o perché assicurano soddisfazione di bisogni ed interessi che il processo non sarebbe in grado di assicurare o di assicurare tempestivamente.

L'approdo di questa riflessione è costituito, com'è noto, dalla riforma "Cartabia" che, valorizzando le sedi di composizione stragiudiziale dei conflitti diversi dalla decisione, le ha assunte espressamente quali strumenti *complementari* alla giurisdizione³, per indicare una forma di giustizia non contrapposta né giustapposta a quella giurisdizionale, ma appunto ad essa *complementare*. Da questa configurazione discende che la giurisdizione e la giustizia complementare servono a risolvere le controversie con modalità e procedimenti diversi, anche se perseguono entrambe l'obiettivo di pervenire a soluzioni giuste.

Come è stato osservato, i sistemi di giustizia consensuale segnano un benefico mutamento di cultura rispetto al processo, sede di una giustizia tradizionalmente e ancora in gran parte autoritativa, e valorizzano l'aspetto relazionale che è stato un po' occultato dalla dimensione positivista e statualista della norma intesa quale comando che scende dall'alto, e rispetto al quale è possibile ipotizzare solo obbedienza e disobbedienza. La giustizia consensuale aiuta a recuperare questo aspetto relazionale del diritto, in quanto presuppone una concezione dell'essere umano come soggetto capace di comportarsi in modo autonomo e responsabile. Si tratta di un passaggio che incammina verso il recupero della "legge della fiducia"⁴ e che fa cogliere l'essenza della mediazione, la quale presuppone capacità di dialogo, di ascolto e di riconoscimento reciproco.

La fiducia si lega a un altro principio, quello della collaborazione e della lealtà processuale (cui rimandano anche le *Regole europee modello sul processo civile*, approvate nel 2020), collegato a sua volta al principio di proporzionalità, dal momento che le risorse della giustizia, consensuale o autoritativa, non sono infinite, e debbono essere utilizzate e distribuite in modo appropriato.

Il giudice del ventunesimo secolo non può essere quello che si occupa soltanto dei propri fascicoli, ma un giudice che prende parte attiva ai problemi connessi all'amministrazione della giustizia. Il sistema giudiziario deve caratterizzarsi per questo clima di cooperazione, di cui vanno resi partecipi e responsabili anche i cittadini, in un intreccio fecondo capace di far sì che il processo possa costituire davvero un luogo di promozione della giustizia consensuale, che a sua volta agisce quale fattore positivo di contaminazione del processo.

³ Tra i principi e i criteri direttivi della delega era previsto che (fatta eccezione per l'arbitrato, costituente un metodo di risoluzione eteronomo delle controversie), all'esito del monitoraggio effettuato sull'area di applicazione della mediazione obbligatoria la normativa in tema di mediazione e negoziazione assistita fosse armonizzata, al fine di redigere e elaborare un testo unico sugli strumenti di giustizia complementare.

Nell'attesa del necessario svolgimento del monitoraggio, il governo in sede di attuazione della delega e, cioè nel d.lgs. n.149/2022, non ha potuto attuare questo testo unico con la conseguenza che attualmente per i due istituti si è ancora in presenza di normative separate.

⁴ Tommaso Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, 2021.

La diversità di prospettiva e di risultato sul piano dell'*effettività* tra metodi di risoluzione autonomi (come la mediazione e la negoziazione assistita) e metodi eteronomi (quali la giurisdizione e l'arbitrato) costituisce conseguenza anche della diversità di percorsi procedurali e del modo di intendere i principi e le garanzie applicabili, nonostante coincidenze di denominazione che possono a volte riscontrarsi (si pensi, ad esempio, al diverso modo di intendere l'attuazione del contraddittorio nell'uno e nell'altro modello).

E' ovviamente compito anche dei diversi attori coinvolti della riforma concorrere a far sì che la relazione tra strumenti complementari e processo non si trasformi, come detto, in un rapporto conflittuale (quasi che l'ampliamento dell'ambito della mediazione e della negoziazione assistita perseguito dal legislatore si ponga in funzione *antagonistica* rispetto al processo, in una sorta di fuga dalla giurisdizione che finirebbe per porre anche problemi di compatibilità costituzionale), ma in una rete più articolata di tutele che presuppone, tra le altre condizioni, quella fondamentale relativa alla predisposizione di tutte le misure organizzative ed ordinamentali necessarie per assicurarne il funzionamento.

Come è stato osservato nel corso del seminario, il procedimento di mediazione affonda le radici nel dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione, perché con essa il legislatore ha inteso non già aprire una strada per "rottamare" i giudizi, quanto invece rendere le parti più responsabili, inducendole a cooperare tra loro per risolvere i conflitti - con l'ausilio del mediatore - in maniera diversa.

2. La disciplina della mediazione di cui alla legge n. 28/2010 come modificata dal d.lgs. n. 149/2022.

2.1. Il d. lgs. n. 149/2022, emanato in attuazione della legge delega n. 206/2021, ha lasciato sostanzialmente immutato l'impianto generale del d. lgs. n. 28/2010 sulla mediazione. In particolare, sono rimasti immutati i modelli di mediazione: la mediazione "obbligatoria"; quella facoltativa; la mediazione demandata e quella c.d. "da clausola" o facoltativamente obbligatoria; ed è rimasto ferma la regola secondo cui la mediazione ha ad oggetto controversie su diritti disponibili.

Il mediatore era e resta un "facilitatore" imparziale, ora anche indipendente, del raggiungimento della composizione amichevole della controversia, le vere protagoniste del procedimento essendo sempre le parti.

L'eventuale deroga al principio di riservatezza che governa la mediazione può avvenire tanto con riguardo alla riservatezza interna, quanto con riferimento alla riservatezza esterna, sempre e soltanto con il consenso delle parti. Particolarmente utile, a questo proposito, è la previsione che (rendendo esplicita un'eventualità cui poteva già pervenirsi sotto la disciplina anteriore, ed alla quale nell'esperienza pratica di alcuni uffici già si perveniva in via interpretativa) consente alle parti di rinunciare al vincolo di riservatezza su un'eventuale consulenza tecnica svolta in sede di procedimento di mediazione, ciò che tra l'altro rende possibile - in caso di esito negativo del procedimento - di utilizzare la CTM (con le integrazioni che si rendessero necessarie) nel giudizio di merito, quale argomento di prova e come base per tentare la conciliazione ex art.185- *bis* c.p.c.

La proposizione dell'istanza di mediazione è idonea a interrompere la prescrizione e a impedire la decadenza, senza precludere l'accesso alla tutela cautelare e la possibilità di provvedere alla trascrizione della domanda giudiziale. Il procedimento aveva e ha una durata contenuta⁵, salvo proroga in base ad accordo scritto stipulato anteriormente alla scadenza del primo termine. L'accordo di conciliazione non muta la propria natura e continua ad avere piena potenzialità esecutiva, il comportamento collaborativo o non

⁵ Tre mesi alla data in cui si è tenuto il seminario. Il termine è stato portato poi a sei mesi dall'art. 1, primo comma lett. e) del d.lgs. n. 216/2024.

collaborativo delle parti aveva e continua ad avere conseguenze con riguardo alle spese processuali.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, il d.lgs. n. 149/2022 ha inserito nel testo della legge n. 28/2010 un nuovo articolo 12 - *bis* in base al quale il giudice:

- dalla mancata partecipazione delle parti senza giustificato motivo al procedimento di mediazione può ricavare argomenti di prova ai sensi dell'articolo 116 c.p.c. (formula che rimane alquanto nebulosa, soprattutto quando a fondare l'argomento di prova sia una condotta preprocessuale);

- allorquando il tentativo di mediazione rappresenti una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, può condannare la parte costituita che non abbia partecipato alla mediazione senza giustificato motivo, al versamento alle casse dello Stato di una somma corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio: condanna che il giudice pronuncia "ex officio", anche se del caso nei confronti della parte non soccombente, e che si risolve in una sanzione civile per la mancata cooperazione alla buona amministrazione della giustizia, intesa nell'accezione che vede integrata alla giustizia giurisdizionale quella consensuale;

- sempre nel caso di mediazione obbligatoria e di mancata partecipazione senza giustificato motivo alla procedura di mediazione, con il provvedimento che definisce il giudizio e su istanza di parte, può condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della parte istante, di una somma equitativamente determinata che non può superare il massimo delle spese di giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione

Come è stato osservato nel seminario, si tratta di poteri di non poco rilievo, che vanno usati con oculatezza per evitare che il costo della giustizia consensuale si trasformi in un onere poco "virtuoso".

2.2. Peraltro il d.lgs. n. 149/2022 si pone in chiave di completamento della disciplina originaria, all'interno della quale (oltre a quelle accennate) sono state inserite previsioni che non potevano mancare nel cammino di una riforma che si pone come frutto di un intenso lavoro e delle riflessioni maturate tra gli operatori, gli accademici, nei seminari di studio, nella giurisprudenza, nell'ambito delle commissioni ministeriali e anche di progetti, come il progetto Nausicaa che, muovendosi in un ambiente europeo (le direttive e altre fonti europee) avevano visto la luce ancor prima del 2010, aprendo la strada a una cultura totalmente inesistente e che ha permesso, tra l'altro, di resistere allo tsunami delle riforme normative. Costituiscono esiti significativi di questa cultura - tra l'altro - la regola che l'invio in mediazione demandata deve configurarsi non come un obbligo imposto dall'alto, ma quale frutto di un'ordinanza motivata; la previsione relativa agli indici di mediabilità e agli addetti all'ufficio per il processo; l'affiancamento dei borsisti negli uffici giudiziari; la prescrizione relativa al monitoraggio e altro ancora.

Con il novellato articolo 8 del d.lgs. n. 28/2010 il legislatore, prescrivendo che al primo incontro il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione e che le parti e gli avvocati da cui esse sono assistite cooperano in buona fede al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse, ha inteso far sì che il c.d. primo incontro diventi un incontro *reale*, in cui le parti assistite dai propri legali e con l'aiuto del mediatore, si impegnano nell'esplorazione degli interessi sottesi alle pretese giuridiche, collaborando lealmente e in buona fede per verificare la possibilità di raggiungere un accordo: in tal modo abbandonando la visione (fatta propria anche dalla Corte di cassazione nella sentenza 8473 del 2019⁶) secondo cui, alla luce del testo dell'art. 8 allora vigente, nel primo incontro il mediatore avrebbe dovuto limitarsi a illustrare le caratteristiche della mediazione e a raccogliere l'eventuale volontà o il rifiuto delle parti di proseguire nel relativo procedimento. La circostanza che in base alla novella il primo incontro debba consistere in una vera e propria sessione di mediazione, comporta tra l'altro la necessità (recepita dalla

⁶ Nello stesso senso Cass. n.18968 del 2019.

riforma) di sottrarlo al regime di gratuità, anche nel caso in cui una conciliazione non sia raggiunta⁷.

Per favorire l'effettività della mediazione, è stato previsto che le parti partecipino personalmente al relativo procedimento, dal momento che (come già evidenziato dalla Corte di cassazione nella sentenza appena citata), se le parti si siedono di persona al tavolo di mediazione e quindi si mettono loro stesse in gioco in un dialogo diretto coadiuvato dal mediatore, più alte sono le probabilità che gli interessi reali sottesi alle pretese giuridiche vengano esplorati favorendo il raggiungimento di un accordo.

La possibilità di farsi rappresentare nel procedimento di mediazione presuppone la sussistenza di giustificati motivi (sarà la giurisprudenza a dare concretezza a tale previsione normativa) e richiede che il rappresentante sia a conoscenza dei fatti di causa nonché munito dei poteri per la composizione della controversia⁸.

Il legislatore ha omissis di fare chiarezza su una questione dibattuta nella pratica e, cioè, quale debba essere la forma di questa procura. Nel seminario è stata manifestata l'opinione che debba trovare applicazione la disciplina di diritto comune relativa al rilascio della procura sostanziale *ad negotia* ⁹.

2.3. Con la riforma Cartabia l'ambito di applicazione della mediazione "obbligatoria" è stata estesa ad una serie di serie di figure contrattuali apparentemente slegate l'una dalle altre (contratti di associazione e partecipazione, tra cui non possono rientrare le controversie di lavoro; contratti di consorzio, che tra l'altro conoscono una molteplicità di varianti normative, diversificate e disseminate nell'ambito del codice civile; controversie in materia di contratti di opera; contratti di rete, franchising, somministrazione; contratti di società di persone, sub forniture) ma in realtà accomunate dalla sussistenza di una relazione in qualche modo continuativa tra le parti, in coerenza con la scelta legislativa del 2010 che aveva incluso tra le materie originarie un gruppo di controversie caratterizzate dal fatto che la relazione tra le parti è destinata a durare nel tempo (ad esempio contratti di locazione, comodato, affitto di azienda).

La riforma non ha toccato la materia della responsabilità sanitaria, che è stata anzi confermata come una delle controversie rispetto alle quali è obbligatorio il procedimento di mediazione in via preliminare, nel caso in alternativa con l'accertamento tecnico preventivo di cui al 696-bis c.p.c.

Si deve tener conto del fatto che il procedimento sommario di cognizione è stato soppiantato dal procedimento semplificato di cognizione di cui all'art. 281-*decies* e seguenti del c.p.c., con la conseguenza che, in caso di fallimento della mediazione, occorre porsi il problema non più se e quando obbligatoriamente instaurare il processo con le forme del procedimento sommario, bensì con le forme del procedimento semplificato di cognizione.

Resta immutata la previsione che il convenuto ha l'onere di eccepire l'inosservanza della condizione di procedibilità, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, e che nel giudizio di primo grado il giudice può rilevarla d'ufficio fino alla prima udienza. Ciò non esclude che il rilievo possa avvenire in un momento anteriore, perché tra le verifiche preliminari che il giudice è tenuto ad effettuare in funzione del decreto ex art. 171-*bis* c.p.c.,

⁷ Nel seminario è stato fatto riferimento alle bozze del novellando decreto ministeriale n. 180/2010 (bozze che si sono successivamente tradotte nel d.m. n. 150/2023, sostitutivo del d.m. n. 180/2010) con l'osservazione, tra l'altro, che l'indennità sarebbe stata ivi determinata in una sorta di misura *calmierata*.

⁸ Altrettanto ragionevolmente è poi previsto che i soggetti diversi dalle persone fisiche possono partecipare alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati sempre a conoscenza dei fatti di causa e sempre muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia.

⁹ Il d.lgs. n. 216/2024 ha inserito nell'art. 8 della legge n. 28/2010 un comma 4-*bis* in base al quale "la delega per la partecipazione all'incontro ai sensi del comma 4 è conferita con atto sottoscritto con firma non autenticata e contiene gli estremi del documento di identità del delegante. Nei casi di cui all'articolo 11, comma 7, il delegante può conferire la delega con firma autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Il delegato a partecipare all'incontro di mediazione cura la presentazione e la consegna della delega conferita in conformità al presente comma, unitamente a copia non autenticata del proprio documento di identità, per la loro acquisizione agli atti della procedura".

la norma richiama espressamente quella attinente all'osservanza della condizione di procedibilità.

In base al novellato art. 163 c.p.c. l'attore ha l'onere di indicare, nell'atto di citazione, l'avvenuto esperimento nella condizione di procedibilità; ma non sembra che l'omissione di tale requisito possa determinare la nullità dell'atto, quanto meno nei casi in cui la mediazione sia stata esperita o il relativo procedimento almeno avviato.

2.4. Tra le novità positive vanno annoverate quelle relative agli incentivi, che sono stati incrementati dal legislatore (con tutti i limiti derivanti dalla concreta operatività e utilizzabilità delle relative previsioni) sia per le parti, sia per gli organismi di mediazione.

Per quanto concerne gli incentivi a favore delle parti, vengono in rilievo l'aumento dell'esenzione dall'imposta di registro (che non si sconta entro la soglia di valore di centomila euro, da rapportare al contenuto dell'accordo più che al verbale, come letteralmente recita l'art.17, secondo comma del d.lgs. n. 28/2010) e nuove ipotesi di crediti di imposta (art. 20 d.lgs. n. 28/2010) allorché sia raggiunto l'accordo di conciliazione. A quella già prevista con riferimento all'indennità di mediazione, si aggiunge (sempre entro il limite di 600 €) l'ipotesi di credito d'imposta inerente al compenso corrisposto al proprio avvocato per l'assistenza nella procedura di mediazione, nei casi di mediazione obbligatoria e in quelli di mediazione demandata dal giudice, con la specificazione che tali crediti sono utilizzabili dalla parte nel limite complessivo di 600 €, e fino ad un importo massimo annuale di 2.400 € per le persone fisiche e di 24.000 per le persone giuridiche. È stata inoltre aggiunta un'altra ipotesi di credito d'imposta commisurata all'indennità non esigibile dalla parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, nel limite dell'importo versato e fino a concorrenza di 518 €.

Un altro importante incentivo riguarda l'introduzione, fortemente auspicata, del patrocinio a spese dello Stato. La Corte costituzionale nel gennaio del 2022 era già pervenuta a questo risultato dichiarando l'incostituzionalità di alcune norme del testo unico in materia di spese di giustizia (DPR n. 115 del 2002) che per quanto concerne l'accesso al patrocinio a spese dello Stato facevano riferimento solo al processo e alle eventuali procedure derivate e accidentali, comunque connesse al processo, con l'incongrua conseguenza che l'esclusione delle procedure stragiudiziali dal beneficio avrebbe potuto indurre i non abbienti e i loro difensori ad adire comunque il giudice. I novellati articoli 15-bis e seguenti del d. lgs. n. 28/2010 disciplinano più o meno compiutamente questo istituto, riferendolo al modello della mediazione obbligatoria e a quello della mediazione demandata dal giudice, peraltro con il limite e a condizione che sia raggiunto l'accordo¹⁰.

È rimasto inoltre fermo che nei casi in cui la parte si trovi nelle condizioni di potersi avvalere del patrocinio a spese dello Stato, non è tenuta a pagare l'indennità agli organismi di mediazione, per i quali è stata prevista l'attribuzione di un credito d'imposta commisurato all'indennità non esigibile dalla parte che si trova nelle condizioni per essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato.

3. La mediazione telematica.

Sino al 2020, la mediazione, se le parti fossero state consenzienti, poteva essere svolta con modalità telematiche e con software specifici, soltanto se il regolamento dell'organismo di mediazione le avesse previste (cfr. il testo originario dell'art. 3, quarto comma e dell'art. 16, terzo comma d.lgs. n. 28/2010). L'avvocato non poteva dichiarare autografa la firma apposta a distanza dal cliente né esistevano disposizioni tali da attribuire al verbale di accordo telematico valore di titolo esecutivo, così come nessuna previsione normativa consentiva di estrarre copia cartacea di un verbale telematico di accordo. Nei rari casi in cui il verbale

¹⁰ Non si è ritenuto, evidentemente per limiti di spesa che lasciano comunque lacunosa la disciplina, di non estendere il beneficio ad altre ipotesi, ivi comprese le mediazioni non obbligatorie.

telematico fosse stato redatto in formato file pdf, questo veniva stampato e firmato a penna dagli avvocati.

Tale modalità è proseguita fino al 2020 allorquando, con l'arrivo della pandemia da Covid-19, il legislatore e il Ministero della giustizia hanno dovuto introdurre nuove disposizioni normative e operative per garantire la prosecuzione del servizio di mediazione adattandolo all'esigenza del momento che era quella di limitare gli spostamenti e i contatti fisici¹¹.

Per effetto di tali disposizioni, nel periodo pandemico:

- * restava invariata la necessità del consenso delle parti allo svolgimento telematico;
- * l'avvocato poteva dichiarare autografa la firma del cliente collegato a distanza (si tratta della "autografia" quale forma minore rispetto alla "autentica" del pubblico ufficiale, entrambe tenute ben distinte dall'art. 11, c. 3, d.lgs. n. 28/2010);
- * veniva attribuito valore di titolo esecutivo all'accordo telematico;
- * l'accordo telematico, sottoscritto digitalmente all'esito del procedimento on line poteva acquisire «forma analogica», cioè di documento cartaceo, necessario per poterlo porre in esecuzione quale titolo esecutivo;
- * vi era libertà di utilizzo di qualsiasi piattaforma di videoconferenza.

Terminato il periodo della pandemia, il legislatore della novella, dando attuazione alla legge delega n. 206/2021¹², ha previsto espressamente (anche qui riecheggiando alcune novità introdotte con la riforma Cartabia per il processo civile) che la mediazione possa svolgersi, sempre previo consenso delle parti, in modalità telematica, trasformando così tale forma di svolgimento della procedura da strumento di "soccorso" durante la fase dell'emergenza epidemiologica, a modalità alternativa fisiologica del procedimento quale aspetto della duttilità del modello procedimentale (novellato art. 8-bis d.lgs. n. 28/2010)¹³.

Il testo dell'articolo appena citato ha legato la mediazione telematica al rispetto del codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n.82/2005), stabilendo che:

- * quando la mediazione si svolge in modalità telematica, ciascun atto del procedimento è formato e sottoscritto nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale e può essere trasmesso a mezzo posta elettronica certificata o con altro servizio di recapito certificato qualificato (comma 1);
- * gli incontri si possono svolgere con collegamento audiovisivo da remoto e ciascuna parte può chiedere al responsabile dell'organismo di mediazione di partecipare da remoto o in presenza. Gli organismi devono garantire che i sistemi di collegamento audiovisivo utilizzati per gli incontri del procedimento di mediazione assicurino la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate (comma 2);
- * i verbali conclusivi di una mediazione svolta telematicamente (di mancato accordo o di assenza della parte convocata in mediazione) devono essere creati dal mediatore in formato file pdf nativo. Il verbale e l'eventuale accordo telematico devono essere sottoscritti dall'avvocato, dalle parti e dal mediatore con firma digitale o qualificata (commi 3 e 4);
- * la conservazione e l'esibizione dei documenti del procedimento di mediazione svolto con modalità telematiche avvengono a cura dell'organismo di mediazione, in conformità

¹¹ Si vedano l'art. 20-bis d.l. n. 18/2020 (convertito con modificazioni dalla legge n. 27/2020), introdotto per consentire agli avvocati e alle parti di svolgere gli incontri da remoto ed attribuire valore di titolo esecutivo agli accordi raggiunti a distanza; l'art 2-sexies d.l.28/2020 conv. in legge n. 70/2020, introdotto per consentire alla parte non inadempiente di un accordo di mediazione di porre in esecuzione un accordo telematico; l'Avviso del Ministero della Giustizia in data 4 maggio 2020, pubblicato con l'obiettivo di svincolare la possibilità della partecipazione da remoto alla necessaria sua previsione nel regolamento dell'organismo, fermo restando il consenso delle parti.

¹² Nel cui art. 1, lett. p) era prescritto di «prevedere che le procedure di mediazione e di negoziazione assistita possano essere svolte, su accordo delle parti, con modalità telematiche e che gli incontri possano svolgersi con collegamenti da remoto».

¹³ Il legislatore ha inteso distinguere la mediazione telematica (interamente digitalizzata a partire dal deposito della domanda di mediazione sino alla sua conclusione) dagli incontri svolti da remoto, prescrivendo il consenso delle parti solo nel primo caso.

all'articolo 43 del codice dell'amministrazione digitale che a sua volta rimanda alle Linee Guida Agid (comma 5).

Nella mediazione che si svolge con modalità non telematiche, è possibile partecipare a singoli incontri da remoto anche senza il consenso di tutte le parti e ciò al fine di incentivare la presenza di coloro che sono distanti dal luogo di svolgimento della mediazione, fermo restando il rispetto delle forme stabilite dal codice dell'amministrazione digitale¹⁴.

4. La mediazione demandata.

Per far sì che il processo possa assolvere alla sua funzione di garanzia fondamentale di protezione dei diritti nell'opera non di sovrapposizione ma di integrazione cui si è fatto accenno, un ruolo importante spetta alla mediazione *demandata*, che il legislatore ha inteso valorizzare e incentivare con una serie di prescrizioni dirette, tra l'altro, ad inserirla in un circuito collaborativo tra uffici giudiziari, università, avvocatura, organismi di mediazione, enti e associazioni professionali, quale anello di una cultura del raccordo la cui concreta esplicazione implica, tra l'altro, di affrontare con oculatezza i problemi posti dalla riforma circa l'individuazione del momento più appropriato per disporre nel rito ordinario di cognizione e in quello semplificato l'invio in mediazione, ciò che avverrà in particolare quando il giudice rileva che il processo si sta incanalando in situazioni e sottende rapporti e interessi che difficilmente risolveranno il problema delle parti davanti a lui¹⁵. E nella prospettiva di costruzione di una più ampia ed effettiva rete di protezione dei diritti, avranno indubbiamente un peso non secondario sia le garanzie di professionalità, correttezza e trasparenza degli organismi di mediazione e degli enti di formazione, sia quelle di imparzialità, idoneità professionale e, come il legislatore della novella ha voluto espressamente precisare, indipendenza dei mediatori.

Non sono poche le modifiche introdotte rispetto all'impianto originario della legge n. 28/2010. Sul piano sostanziale sono stati specificati gli indici di mediabilità, cioè gli elementi (natura della causa, stato dell'istruzione, comportamento delle parti e ogni altra circostanza: novellato art. 5-*quater* d.lgs. n. 28/2010) in base ai quali il giudice può disporre che le parti inizino un procedimento di mediazione con conseguenze sulla procedibilità della domanda. La mediazione demandata può essere disposta - anche in grado d'appello - con ordinanza *motivata*, rapportata cioè al caso concreto e alle caratteristiche della singola controversia, e non con formule di stile generiche e generali, e nell'ambito del procedimento ordinario può essere disposta dal giudice in ogni momento salvo il limite finale di cui all'art. 5-*quater* d.lgs. n. 28/2010¹⁶. Poiché l'invio in mediazione ha maggiori possibilità di successo quanto l'ordinanza relativa costituisca esito di un colloquio tra giudice, parti e difensori, si ritiene che esso non possa aver luogo con il decreto da emettere ad esito delle verifiche preliminari ex articolo 171-*bis* c.p.c., mentre può essere sicuramente disposto nel contesto della prima

¹⁴ L'art. 8-bis è stato poi sostituito nei seguenti termini dal "correttivo" di cui al d.lgs. n. 216/2024:

"1. Quando la mediazione, con il consenso delle parti, si svolge in modalità telematica, gli atti del procedimento sono formati dal mediatore e sottoscritti in conformità al presente decreto nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

2. A conclusione del procedimento il mediatore forma un documento informatico contenente il verbale e l'eventuale accordo per l'apposizione della firma da parte dei soggetti che vi sono tenuti. Il documento è immediatamente firmato e restituito al mediatore.

3. Il mediatore, ricevuto il documento di cui al comma 2, verificata l'apposizione, la validità e l'integrità delle firme, appone la propria firma e ne cura il deposito presso la segreteria dell'organismo, che lo invia alle parti e ai loro avvocati, se nominati.

4. La conservazione e l'esibizione dei documenti del procedimento di mediazione svolto con modalità telematiche avvengono, a cura dell'organismo di mediazione, in conformità all'articolo 43 del decreto legislativo n. 82 del 2005."

¹⁵ Nel seminario è stato fatto riferimento anche all'utilità che l'invio in mediazione può svolgere, ad esempio, in presenza di preclusioni tali da condurre ad esiti di improcedibilità con il rischio di dover poi iniziare un nuovo processo, con correlativo dispendio di attività e costi ulteriori.

¹⁶ "Fino al momento di precisazione delle conclusioni" in base al testo vigente alla data in cui si è tenuto il seminario; fino al momento in cui il giudice "fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione" in base all'art. 1, primo comma lett. d) del d.lgs. n. 216/2024.

udienza, allorché le parti compaiono davanti al giudice e quando tuttavia, essendo state le difese processuali già in gran parte svolte e le posizioni delle parti già ampiamente delimitate, il tasso avversariale è divenuto più alto e tale da far apparire l'invio in mediazione superfluo ed anzi contrastante con le finalità di composizione consensuale della lite. E' stato così ipotizzato che il giudice, ove ritenga sussistenti le condizioni per formulare una proposta conciliativa (anche facendo leva, se del caso, sull'antieconomicità della prosecuzione della lite, in particolare nelle cause di valore non eccessivo) o ritenga utile verificare con le parti la disponibilità a percorrere la strada della mediazione, possa disporre un'udienza ad hoc in sede di decreto ex articolo 171-bis c.p.c., contestualmente disponendo un rinvio sufficientemente lungo dell'udienza di comparizione prevista dalla norma al fine di impedire che decorrano i termini a ritroso.

Questa è anche la soluzione indicata dagli Osservatori sulla giustizia civile nell'assemblea nazionale tenutasi a Catania dal 16 al 18 giugno 2023 in linea con la tesi che la mediazione demandata, come osservato, ha maggiori chances di successo se l'ordinanza che la dispone è frutto di un colloquio processuale tra il giudice, gli avvocati e le parti e in armonia con il favore per il principio di oralità che la riforma del processo sembra aver sacrificato sostituendolo con una lunga serie di atti scritti, con la previsione di verifiche preliminari che il giudice compie in solitario e l'emissione di un decreto di fissazione dell'udienza di comparazione quando l'incontro delle parti arriva orma troppo tardi. Più in generale, la stabilizzazione delle misure adottate per consentire lo svolgimento dell'attività processuale durante la pandemia, ha pressoché determinato - con la sostituzione delle note scritte - la scomparsa dell'udienza, che non è più un luogo dove si parla e si ascolta, ma diventa un termine da cui decorrono altri termini, con una conseguente crisi della relazione tra i soggetti del processo e fenomeni di "spopolamento" dei tribunali¹⁷.

Con riguardo alla questione in esame, è stata suggerita anche la soluzione secondo cui, laddove sussista una disponibilità o comunque una non ostilità verso un percorso di mediazione, le parti (in particolare il convenuto, perché l'attore, se avesse avuto questa disponibilità, probabilmente avrebbe esperito una mediazione per conto suo) potrebbero farne dichiarazione nelle loro difese.

Queste soluzioni evidenziano come il metodo collaborativo possa svolgere una proficua funzione anche con riguardo alla mediazione demandata; e se il rinvio in mediazione non può risolversi in una restrizione dell'autonomia di svolgimento della relativa procedura, ciò non esclude che nell'ordinanza del giudice possa essere contenuto qualche utile indicazione, facendo riferimento ad esempio alla possibilità di acquisizione di una perizia che potrebbe agevolare l'esito positivo della mediazione.

Nel corso del seminario è stato poi sottolineato come tra conciliazione ex art. 185-bis c.p.c. e mediazione demandata corra non una relazione conflittuale, quanto piuttosto un rapporto di complementarità. Nella mediazione demandata il mediatore non agisce come un ausiliario del giudice; ma ciò non toglie che anche ai fini di un utile svolgimento della mediazione assume importanza (sia pure come punto di partenza, e non come punto di arrivo) ciò che il giudice ha scritto nell'ordinanza con cui l'ha disposta. Il fatto che l'ordinanza debba essere motivata sta a significare che essa deve essere idonea a far comprendere alle parti e allo stesso mediatore le ragioni del provvedimento, il perché si è ritenuto di non potersi avvalere dell'art. 185-bis c.p.c. e di far ricorso invece alla mediazione. E allorché questa fallisca, non è escluso che il giudice - anche approfondendo, eventualmente, le ragioni di tale esito negativo - proceda egli stesso a un ultimo tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c.

¹⁷ L'assemblea degli Osservatori cui si fa riferimento nel testo era proprio intitolata "*Il diritto come relazione*". Per contrastare questa deriva, nel documento finale approvato dall'assemblea, accanto ad altri suggerimenti di "buone prassi" anche con riguardo al rito semplificato, è stata ipotizzata una sorta di pre-trial, per far sì che la mediazione possa essere demandata prima del triplice giro di memoria, che il rito ordinario possa essere fruttuosamente convertito in quello semplificato, e che possa essere verificata una soluzione anticipata del processo.

5. La negoziazione assistita.

5.1. Anche con la *convenzione di negoziazione assistita da avvocati* di cui al d.l. n. 132/2014 convertito, con modificazioni, nella legge n. 162/2014 e succ. mod., il legislatore, sotto la sigla della *degiurisdizionalizzazione*, ha inteso estendere l'ambito delle controversie risolubili in sedi diverse da quella giurisdizionale, affidandone lo svolgimento all'autonomia e alla responsabilità delle parti, secondo una concezione del diritto inteso anzitutto come dialogo, piuttosto che come norma posta autoritativamente dall'alto: laddove - è stato osservato - il processo civile che emerge dalla riforma rischia di essere (soprattutto per quanto riguarda il rito ordinario) il processo delle solitudini e delle distanze, un labirinto di procedura scritta dove il libero convincimento appassisce e muore. La *giustizia consensuale* rimanda invece a una concezione che impegna tutti noi mette in campo la responsabilità, la cooperazione, il principio di solidarietà sociale. In questa prospettiva, la possibilità di pervenire, con l'assistenza di avvocati, alla separazione personale ed al divorzio mediante un'intesa diretta tra le parti, sia pure entro i limiti ed alle condizioni stabilite dalla legge, costituisce un'evoluzione delle connotazioni contrattualistiche che è venuta assumendo la disciplina positiva con riguardo all'ambito familiare, ciò che ha portato ad introdurre proprio nella delicata materia del diritto di famiglia - una deroga al principio di disponibilità dei diritti oggetto di negoziazione di cui all'articolo 2 della legge numero 161/2014 e ad una erosione del dogma dell'indisponibilità degli *status*.

Anche per questa ragione il legislatore ha valorizzato il ruolo degli avvocati, cui non soltanto spetta di assistere le parti nella ricerca della soluzione condivisa più congrua rispetto ai loro interessi e, quando vi sono, all'interesse primario dei figli¹⁸, ma ai quali il legislatore ha affidato oltre che compiti informativi che si traducono in altrettanti doveri nei confronti delle parti da loro assistite, anche funzioni certificative assai rilevanti ai fini della validità dell'accordo e della possibilità che esso possa costituire titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale: funzioni e responsabilità che portano a assimilarli in un certo senso a pubblici ufficiali, pur restando fermo che i trasferimenti immobiliari in sede di negoziazione assistita richiedono sempre l'intervento di un pubblico ufficiale in senso stretto e, cioè, di un soggetto diverso dall'avvocato¹⁹.

5.2. L'istituto (che si pone come condizione di procedibilità della domanda solo per le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti nonché - fuori dei casi previsti dall'art. 5, comma 1-*bis* della legge sulla mediazione obbligatoria - per le controversie relative a domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro: art. 3 d.l. n.132/2014 - non ha avuto il successo sperato con

¹⁸ In base al novellato art. 6, comma 3-*bis* della legge istitutiva, al coniuge o al *partner* dell'unione civile sprovvisto di mezzi adeguati o che comunque non possa procurarsi per ragioni oggettive (tenuto conto di tutti i parametri di cui al comma 6 dell'art. 5 l. div., come riletti dalle Sezioni Unite a seguito del *revirement* di cui alla sentenza n. 18287/2018), potrà essere riconosciuto un assegno *una tantum*, da versare in unica soluzione e la cui congruità - che nei giudizi relativi allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio è rimesso al tribunale ai sensi dell'art. 5, ottavo comma della legge n. 898/1970 e succ. mod. - è asseverata dagli avvocati che assistono le parti e sottoscrivono l'accordo.

Si tratta di una valutazione assai delicata, in quanto l'assegno *una tantum*, in luogo dell'assegno divorzile periodico, preclude in futuro la possibilità di proporre qualunque domanda di contenuto economico e finanche di ottenere una quota della pensione di reversibilità, il cui presupposto è da rinvenire nella titolarità attuale e concretamente fruibile dell'assegno divorzile al momento della morte dell'ex coniuge.

Peraltro, la valutazione dei difensori non vincola il convincimento del giudice nel caso in cui fosse proposta azione di annullamento o di dichiarazione di nullità della convenzione di negoziazione assistita o dell'accordo raggiunto dalle parti.

¹⁹ L'accordo di cui all'art. 6 della legge istitutiva e succ. mod. può contenere anche patti di trasferimenti immobiliari, seppure con meri effetti obbligatori, con la possibilità di fruire in sede di rogito dei benefici fiscali di cui all'art. 19 legge n. 74/1987 in materia di imposte catastali ed ipotecarie, così come modificata in virtù della pronuncia della corte costituzionale del 29/4 - 10/05/99 n.154, e ribadita dalle successive pronunce della corte di cassazione, avendo la cessione stessa funzione essenziale nell'economia degli accordi raggiunti dalle parti al fine di prevenire un ulteriore contenzioso familiare in merito alle condizioni di separazione/ divorzio. L'applicabilità di tali benefici anche all'accordo concluso in sede di negoziazione assistita è stata confermata dall'agenzia delle entrate con risoluzione n. 65 del 16 luglio 2015.

riguardo all'intento di ridurre l'arretrato giudiziale, ma si è dimostrato particolarmente utile per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, e loro modificazioni, e di alimenti (art. 6 d.l. citato)²⁰. Ciò - è stato rilevato - dovrebbe costituire un incentivo ad utilizzare questi strumenti, passando attraverso la negoziazione propriamente intesa e, cioè, attraverso quelle pratiche collaborative che si esprimono nel dialogo e sul dialogo si fondano nel significato anche etimologico del termine, anche se l'impossibilità di accedere, con riguardo a tali controversie, al patrocinio a spese dello Stato (la negoziazione assistita non configurandosi come condizione di procedibilità della domanda giudiziale), e negli altri casi l'accesso essendo consentito solo in quanto sia raggiunto un accordo, costituiscono un limite alla possibilità di una più ampia diffusione dell'istituto²².

5.3. Il rafforzamento della disciplina sotto il profilo appena accennato, trova adesso un tassello importante nella novità assoluta dell'istruzione stragiudiziale, e cioè nell'acquisizione (stragiudiziale) di dichiarazioni di terzi, che dalla legge sono definiti informatori ma che in realtà sono testimoni a tutti gli effetti, tanto vero che è stata introdotta una precisa fattispecie di reato nel codice penale per le false dichiarazioni da loro rese²³.

Negli interventi dedicati all'argomento nel corso del seminario è stata evidenziata l'utilità di questa pratica, tenendo conto dei limiti che caratterizzano l'istruzione probatoria nel processo civile a confronto del sistema della *direct and cross examination* proprio di altre strutture processuali e adesso anche del neoistituto Tribunale europeo dei brevetti, che è a tutti gli effetti un tribunale anche italiano, con divisione locale e divisione centrale italiana. Al riguardo si è fatto riferimento alla fase *pre-trial* dei processi all'americana con acquisizione delle prove nello studio degli avvocati, una pratica che conduce spesso (anche perché assistita da doveri da Statements of Truth molto forti) a *settlements* e *consiliations* prima di giungere al trial.

²⁰ In base all'art. 6 della legge istitutiva, come modificato dal d.lgs. n. 149/2022, la convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte può essere conclusa:

* tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo e3, primo comma, numero 2, lettera b) della legge n. 898/1970 e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio;

* tra i genitori al fine di raggiungere una soluzione consensuale per la disciplina delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori del matrimonio, nonché per la disciplina delle modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori del matrimonio e per la modifica delle condizioni già determinate;

* tra le parti per raggiungere una soluzione consensuale per la determinazione dell'assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente e per la determinazione degli alimenti, ai sensi dell'art. 433 c.c. e per la modifica di tali determinazioni.

²¹ Si discute se gli effetti dell'accordo raggiunto a seguito di convenzione assistita decorrano dal momento in cui il pubblico ministero ha rilasciato il nullaosta o l'autorizzazione (o, meglio, dal momento della comunicazione alle parti dell'esito positivo del controllo svolto dal pubblico ministero) o se, una volta intervenuti il nullaosta o l'autorizzazione, essi retroagiscano alla data dell'accordo, conclusione quest'ultima avallata dall'opinione maggioritaria secondo cui la "*condicio juris*" opera retroattivamente. L'opinione prevalente in dottrina sembra tuttavia nel senso che gli effetti si producano *ex nunc*, salva l'ipotesi correlata al disposto dell'art. 3 della legge n. 898/1970 e succ. mod., laddove è previsto (per la parte che qui interessa) che ai fini della proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio le separazioni devono essersi protratte ininterrottamente per almeno sei mesi *dalla data certificata nell'accordo di separazione* raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita.

²² Cfr., in argomento, Cass. n.3888/2023, che ha respinto il dubbio di legittimità costituzionale relativamente all'esclusione del patrocinio a spese dello Stato argomentando appunto dal carattere facoltativo della negoziazione assistita in materia familiare.

È stato osservato come ulteriori remore all'applicazione dell'istituto possano derivare dall'obbligo per ciascuna parte di essere assistita da un avvocato, ciò che aumenta i costi, soprattutto per i soggetti economicamente svantaggiati, e dalla maggiore responsabilità percepita dagli avvocati rispetto ai procedimenti giudiziari nella convinzione (invero errata) che l'intervento e il controllo del giudice possano sollevare i professionisti dalla responsabilità relativa al contenuto degli accordi raggiunti dalle parti con il loro supporto.

²³ La possibilità di acquisire dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia, come pure quella di acquisire dichiarazioni confessorie della controparte sulla verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste, debbono essere espressamente previste nella convenzione di negoziazione assistita.

I verbali di acquisizione delle dichiarazioni in esame, redatti e sottoscritti dagli avvocati, faranno piena prova di quanto avvenuto in presenza degli avvocati medesimi: la terminologia utilizzata dal legislatore richiama infatti l'efficacia probatoria estrinseca degli atti pubblici.

È stato tuttavia prospettato il timore che l'opportunità in tal modo introdotta dal legislatore (particolarmente utile soprattutto nelle materie di famiglia in cui la disclosure svolge un ruolo importantissimo per giungere a un'adeguata quantificazione dei contributi di mantenimento degli assegni divorzili per la prole e via dicendo) non abbia nella pratica il riscontro che meriterebbe, soprattutto per il fatto che queste dichiarazioni vengono poi acquisite nel processo, con il rischio di non conservare la riservatezza propria di qualunque tavolo negoziale.

5.4. A suo modo rivoluzionaria è anche la norma che consente, con la negoziazione assistita, di stipulare accordi in materia di lavoro subordinato e parasubordinato, fermo quanto disposto dall'art. 412-ter c.p.c. riguardo alle altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva.

Non si devono dimenticare le resistenze che si sono avute rispetto a un'innovazione di questo genere. Nello stesso tempo, però, è giusto avvertire della necessità di vigilare con cura sull'autenticità, l'efficienza e l'efficacia dell'assistenza prestata alle parti deboli del rapporto, essendovi il pericolo di abusi o di elusioni. Quindi libertà di trovare accordi che resistano e abbiano la stabilità propria dell'articolo 2113 c.c. riconosciuta agli accordi in sede protetta, ma nel contempo accurata vigilanza e attenzione sulla effettività delle difese di cui possono disporre i lavoratori.

5.5. L'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita²⁴ deve essere trasmesso con modalità telematiche, a cura degli avvocati che assistono le parti, al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente ai fini del rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione, cui l'accordo medesimo è sospensivamente condizionato.

Il procuratore della Repubblica, quando appone il nullaosta o rilascia l'autorizzazione, trasmette l'accordo sottoscritto digitalmente agli avvocati di tutte le parti, mentre, quando ritiene che esso non risponda all'interesse dei figli o che sia opportuno procedere al loro ascolto, lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale. L'ascolto del minore, dunque, non avverrà nel corso della negoziazione, sotto la direzione (e la responsabilità) degli avvocati delle parti, bensì - ed eventualmente - solo in fase di "autorizzazione" dell'accordo negoziato, e sarà effettuato dal presidente del tribunale. La riforma cerca in tal modo di dare risposta ad un problema teorico (garantire al minore la possibilità di essere ascoltato anche in un contesto degiurisdizionalizzato) e ad uno pratico (agevolare la circolazione all'estero degli accordi negoziati). In effetti, il Regolamento UE n. 1111/2019, per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale, all'art. 68, par. 3 prevede che il riconoscimento di un accordo sulla responsabilità genitoriale raggiunto o registrato in un altro Stato membro possa essere negato qualora non sia stata data, al minore capace di discernimento, la possibilità di esprimere la sua opinione al riguardo. Con la previsione dell'ascolto da parte del presidente del tribunale, dunque, si aumenteranno le possibilità di fare eseguire all'estero accordi italiani di negoziazione assistita relativi a prole minorenni, anche se la novità implicherà un fisiologico allungamento dei tempi di perfezionamento dell'accordo di negoziazione; e resta incerto, peraltro, come si debba sviluppare il procedimento avanti al presidente del tribunale a seguito del trasferimento degli atti da parte del p.m.: si è persa, in effetti, l'occasione per colmare una lacuna che ha creato non pochi dubbi nella prassi. Rispetto ad accordi destinati alla circolazione in altri Stati membri, sarà comunque interesse delle stesse

²⁴ Nella seduta del 24 febbraio 2023 il CNF ha approvato tre nuovi modelli per la conclusione delle convenzioni di negoziazione assistita, così come previsto dal novellato art. 2, comma 7-bis, della legge istitutiva.

parti rappresentare tale "opportunità" al p.m., per sollecitare esse stesse l'intervento del presidente del tribunale, sempre che - in considerazione dell'inevitabile allungamento dei tempi - esse non si orientino nel senso di ricorrere direttamente ai tradizionali procedimenti "a domanda congiunta".

5.6. È da precisare, infine, che in base alle modifiche apportate alla legge istitutiva, la negoziazione assistita può svolgersi con modalità telematiche e gli incontri possono tenersi mediante collegamenti audiovisivi a distanza, sempre che tali possibilità siano previste nella convenzione con la quale viene dato inizio al relativo procedimento.

Quando la negoziazione si svolge in modalità telematica, gli atti del procedimento, ivi compreso l'accordo conclusivo, sono formati e sottoscritti nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al d.lgs. n. 82/2005.

6. Mediazione familiare²⁵.

Come si desume dalla relazione illustrativa al decreto legislativo n.149, la mediazione familiare non costituisce propriamente un istituto di risoluzione alternativa delle controversie, perché essa, anche quando produce un accordo, richiede sempre un ulteriore e necessario passaggio giuridico formale, che potrà essere il provvedimento giurisdizionale o anche l'accordo di negoziazione assistita; e infatti l'articolo 6 del d.l. n.132/2014 pone un collegamento fra la negoziazione assistita e la mediazione familiare anche in ambito di negoziazione assistita.

Gli avvocati devono informare le parti della possibilità di esperire questo percorso.

Dalle numerose norme contenute con riguardo all'istituto sia nella legge delega sia nel d.lgs. n. 149/2022, si desume che la mediazione familiare può essere definita come l'attività professionale svolta in ambito familiare avente per obiettivo quello di aiutare la coppia e i genitori a ridisegnare un nuovo assetto. Questa definizione, suggerita da una parte della dottrina che si è occupata dell'argomento, ricalca quella proposta dalla società italiana di mediazione familiare come appunto un percorso di riorganizzazione delle relazioni familiari in crisi, un percorso che deve essere sollecitato dalle parti o comunque essere da queste condiviso, nella garanzia del segreto professionale e in autonomia dall'ambito giudiziario.

Prima della riforma questo istituto, che pure era conosciuto in ambito sovranazionale (in alcune convenzioni era anzi espressamente trattato unitamente agli altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie) ha fatto ingresso nel nostro ordinamento con la legge sull'affido condiviso e l'articolo 155 – *sexies* cc., successivamente sostituito dal poi abrogato art. 337 - *octies* c.c. che faceva appunto riferimento alla possibilità per il giudice di rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 cc. all'esito di un percorso di mediazione.

Nella legge delega n. 206/2021 ben quattro lettere dell'articolo 1, comma 23 (quello dedicato alla riforma del rito unificato sulla famiglia) riguardano la mediazione familiare. Le prime due, la *f*) e la *n*), riguardano il ruolo del giudice sia nella fase iniziale del procedimento, allorché nel decreto con il quale viene fissata la prima udienza informa le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare, sia con riguardo al giudice relatore e quindi alla possibilità, che viene accordata appunto dal legislatore delegante, di invitare le parti ad esperire un tentativo di mediazione familiare con esclusione delle ipotesi in cui siano allegare violenze di genere o domestiche. Le altre due lettere del comma 23 riguardano l'attività del mediatore, che dovrà poi costituire oggetto di una più puntuale normazione secondaria e che dovrà ispirarsi ai principi generali stabiliti dalla legge del 2013 n. 4 in materia di professioni non organizzate in ordini e collegi. L'ultima delle quattro lettere del comma 23 è una disposizione che riguarda l'elenco dei mediatori familiari, e che ha trovato

²⁵ Cfr. quanto precisato in nota 1.

poi una puntuale attuazione nell'all'articolo 12-*bis* e seguenti delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile²⁶.

L'art. 473-*bis*.10 c.p.c. costituisce la norma di raccordo fra il nuovo processo unificato in materia di famiglia e la mediazione familiare. Vengono qui ancora una volta sottolineati i compiti che la legge attribuisce al giudice in tema di informazione sulla possibilità di avvalersi dello strumento, l'invito ad esperire la mediazione, rivolgendosi ai mediatori di cui all'elenco, e la necessità che il relativo percorso (all'esito del quale poi potranno poi essere adottati i provvedimenti di cui all'articolo 473-*bis*.22 c.p.c.) venga attivato su base consensuale.

In attuazione della legge delega, l'art. 473-*bis*. 43 c.p.c. prevede il divieto assoluto di iniziare questo percorso in presenza di sentenza di condanna e di applicazione della pena o in tendenza, di procedimento penale per le condotte di abusi familiari, violenza domestica o di genere, nonché anche nell'ipotesi in cui queste condotte siano meramente allegate o emergano in corso di causa, on l'obbligo del mediatore di interrompere immediatamente il percorso di mediazione nel caso in cui emergano notizie di abusi o violenze. L'art. 473 - *bis*. 42 c.p.c., introducendo un temperamento a questi divieti, consente al giudice di invitare le parti a rivolgersi ad un mediatore se nel corso del giudizio si ravvisi l'insussistenza delle condotte allegate.

7. L'attività di formazione e le garanzie di buon funzionamento degli organi preposti all'attività di mediazione.

Come poteva leggersi nei lavori preparatori della riforma, il perseguimento degli obiettivi di qualità ed efficacia della mediazione avrebbe implicato necessariamente il rinnovo ed il rafforzamento della formazione iniziale e permanente dei professionisti e degli operatori del sistema e la revisione dei criteri per l'accreditamento degli organismi di mediazione, dei mediatori, degli enti di formazione e dei formatori, con il conseguente adeguamento anche del decreto del Ministro della giustizia n. 189/2010 nel solco tracciato dall'articolo 4 della Direttiva 26 2008/52/CE)²⁷.

In più interventi del seminario è stata sottolineata l'importanza fondamentale della formazione, cui la legge affida anche la valorizzazione della mediazione demandata correlandovi un'attività di monitoraggio, la regola della tracciabilità dell'attività del giudice²⁸ e l'individuazione dei protagonisti della formazione (art. 5-*quinquies* d. lg. n. 28/2010, inserito dall'art. 7, comma 1, lett. e), d. lgs, n. 149/2022).

Il magistrato è tenuto a curare la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche attraverso le strutture didattiche di formazione decentrata, nonché per il tramite di una più ampia rete culturale che affida al capo dell'ufficio giudiziario (peraltro con la solita clausola di invarianza finanziaria) la possibilità di promuovere progetti di collaborazione con università, ordini degli avvocati, organismi di mediazione, enti di formazione e altri enti e associazioni professionali e di categoria, nel rispetto della

²⁶ Elenco che deve essere istituito presso ogni tribunale e tenuto dal presidente dell'Ufficio. L'art 12 -*sexies* di queste disposizioni di attuazione rimanda alla normazione secondaria per quanto riguarda l'attività professionale del mediatore familiare, la sua formazione, le regole deontologiche e le tariffe applicabili.

²⁷ Veniva in particolare evidenziato che nella revisione dei programmi sarebbe stato necessario prendere in considerazione i requisiti minimi di formazione per i mediatori indicati dal CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice) e, per il potenziamento dei requisiti di qualità e trasparenza degli organismi di mediazione, avrebbero dovuto essere recepiti i principi del Codice di Condotta Europeo per gli Organismi di Mediazione (documento approvato dall'Assemblea plenaria del CEPEJ del Consiglio d'Europa nel dicembre del 2018 con l'obiettivo di promuovere l'armonizzazione europea dei servizi di mediazione). La disciplina di dettaglio è contenuta nel già citato d.m. n. 150/2023, che ha sostituito il d.m. n. 183/2010.

²⁸ Le ordinanze con cui il magistrato demanda le parti in mediazione e le controversie definite a seguito della loro adozione sono oggetto di specifica rilevazione statistica: novellato art. 5-*quinquies*, terzo comma, d.lgs. n. 28/2010.

reciproca autonomia, allo scopo di favorire la formazione in materia di mediazione ed il ricorso alla mediazione demandata: finalità, quest'ultima, che il legislatore ha inteso incentivare con la previsione secondo cui la frequentazione di seminari e corsi cui si è fatto cenno, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi assumono rilievo ai fini della valutazione di professionalità del magistrato, costituendo indicatori del suo impegno e della sua capacità e laboriosità.

La previsione non è andata immune da critiche, prospettandosi il rischio che possa tradursi in modalità sanzionatorie riguardo all'attività del magistrato, o favorire comportamenti defatiganti di quest'ultimo il quale, confidando sulla quantità delle mediazioni demandate come fattore di valutazione positiva della professionalità, sarebbe indotto a prestare attenzione più alla quantità dei provvedimenti di invio in mediazione che alle condizioni cui è subordinata la relativa adozione; ma non può esserci dubbio che il legislatore, nell'introdurre la norma, abbia inteso perseguire finalità incentivanti della mediazione.

Ovviamente il giudice può disporre in maniera proficua la mediazione o formulare una valida proposta conciliativa solo se ha conoscenza adeguata della controversia, giacché se non conosce la controversia non può cogliere gli elementi "esterni" sui quali è possibile lavorare per raggiungere una soluzione che miri non tanto alla deflazione o alla sistemazione del proprio ruolo (anche se questo può essere un effetto benefico), quanto ad una reale soddisfazione degli interessi in gioco

Nella valutazione del magistrato (e, prima ancora, per renderla possibile) indubbiamente ha un peso la tracciabilità dei provvedimenti, che ne costituisce anzi un presupposto e funge da condizione incentivante, da valorizzare e "combinare" con l'attività di formazione del magistrato nell'approfondimento dei concreti indici di mediabilità. Ed al riguardo è da segnalare l'importante delibera con la quale il CSM ha stabilito di mettere in condivisione con la Scuola Superiore della Magistratura le informazioni relative al percorso professionale dei magistrati, a fronte della trasmissione, da parte di questa, delle notizie relative ai corsi frequentati da ciascuno nella veste di discente o docente, così prevedendosi uno scambio di informazioni che possono giovare per la valorizzazione della funzione istituzionale dell'uno e dell'altra²⁹.

La lettera o) del comma quattro della legge delega n. 206/2021, oltre alla formazione dei magistrati, contempla anche quella dei mediatori; ed è molto importante che tale attività sia valorizzata e formi oggetto di una disciplina dettagliata, così come al fine di assicurare i requisiti di qualità e trasparenza del procedimento di mediazione, assumono importanza centrale i requisiti di serietà ed efficienza degli enti pubblici o privati deputati a costituire gli organismi di mediazione, le modalità della loro documentazione per l'iscrizione nell'apposito registro, i criteri di valutazione dell'idoneità del responsabile dell'organismo di mediazione, gli obblighi del responsabile dell'organismo di mediazione e del responsabile scientifico dell'ente di formazione (cfr. il novellato art. 16 del d. lgs. n. 218/2010, come novellato in base alla lettera m), comma 4 della legge delega appena citata)³⁰.

²⁹ La delibera è stata assunta all'unanimità nella riunione plenaria del 21 giugno 2023.

³⁰ Come osservato, la disciplina di dettaglio, che era in fase di preparazione alla data del seminario, è stata poi emanata con il richiamato d.m. n.150/2023.