

## INTRODUZIONE

Il D.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010 ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina organica e dettagliata del procedimento di mediazione nelle controversie di natura civili e commerciali.

L'istituto, di origini nordamericane, si iscrive a pieno titolo tra gli strumenti di *Alternative Dispute Resolution* (ADR) e mira alla composizione bonaria di una controversia con l'ausilio di un soggetto terzo, equiprossimo e privo del potere di rendere giudizi vincolanti: il mediatore.

A differenza dei classici metodi di risoluzione delle controversie affidati all'autorità giurisdizionale, la mediazione valorizza il rapporto tra le parti che, nell'ambito della propria autonomia negoziale, possono porre fine ad una controversia in materia di diritti disponibili senza l'intervento del giudice.

La possibilità di autoregolamentare i propri interessi è la cifra distintiva della mediazione. L'efficacia del procedimento, tuttavia, è massima in presenza di soggetti disposti ad andare oltre la semplice questione giuridica; la logica di fondo che anima l'istituto è quella *win-win*, contrapposta nettamente a quella *win-lose*. Entrambe le parti, dunque, possono trarre dal procedimento di mediazione vantaggi maggiori rispetto a quelli che avrebbero potuto ottenere in giudizio; l'approccio integrativo della mediazione si contrappone nettamente a quello distributivo del processo.

L'obiettivo del presente lavoro è quello di analizzare a 360 gradi la disciplina della mediazione e di comprendere se, allo stato attuale e a distanza di oltre un decennio dalla sua introduzione, l'istituto abbia acquisito una propria autonomia ovvero sia ancora uno strumento utile al solo fine di risolvere l'annoso problema dell'inefficienza della giustizia italiana e della deflazione del contenzioso.

Per raggiungere tale obiettivo si è ritenuto opportuno strutturare l'elaborato in tre capitoli.

Il primo capitolo ripercorre le origini e la diffusione della mediazione civile, con particolare riguardo al contesto americano ed europeo. Inoltre, ampio spazio è riservato all'analisi delle principali tipologie di ADR (negoziiazione, arbitrato, ecc.).

Il secondo capitolo contiene una analisi dettagliata ed esaustiva della disciplina della mediazione così come prevista dal D.lgs. 28/2010, in particolare della mediazione demandata.

Nello specifico, vengono analizzate le fasi del procedimento di mediazione (presentazione della domanda, incontri, conclusione) nonché i principali soggetti coinvolti (parti, avvocati, mediatori, CTM). Specifica attenzione, infine, viene riservata alle modifiche apportate dalla riforma Cartabia (D.lgs. 149/2022) e, da ultimo, ai possibili utilizzi dell'intelligenza artificiale nel procedimento di mediazione.

Il terzo ed ultimo capitolo, infine, analizza la tipologia di mediazione che più di tutte concorre a delineare il modello italiano: la mediazione obbligatoria. Il focus, in particolare, è sull'ambito di applicazione oggettivo della mediazione obbligatoria e sul dibattito dottrinale in tema di incostituzionalità della mediazione obbligatoria per violazione dell'art. 24 Cost.

## CAPITOLO I

### ORIGINI E DIFFUSIONE DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

SOMMARIO: 1. Le origini delle Alternative Dispute Resolution (ADR) – 2. Modelli e caratteristiche comuni delle ADR – 2.1. La negoziazione – 2.2. L’arbitrato – 2.3. Le Online Dispute Resolution (ODR) – 2.4. La negoziazione assistita – 2.5. La mediazione – 3. La mediazione civile nella normativa comunitaria: la Direttiva 2008/52/CE – 4. Mediazione e PNRR

#### 1. Le origini delle *Alternative Dispute Resolution* (ADR)

Nella tradizione giuridica dei Paesi di *common law*, il termine *Alternative Dispute Resolution* individua una serie di tecniche di risoluzione delle controversie di natura civile alternative alla giustizia ordinaria (es. mediazione, arbitrato, negoziazione assistita).

Sebbene l’origine sia di natura anglosassone, tali tecniche, con il passare del tempo, si sono diffuse anche nei Paesi di *civil law*, assumendo di fatto sempre più natura transnazionale<sup>1</sup>. Al riguardo è stato sostenuto che la diffusione delle ADR in tutti gli ordinamenti giuridici rappresenta uno “dei più impressionanti e riusciti *legal transplant* mai effettuati”<sup>2</sup>.

Le ADR nascono principalmente per rispondere alla crescente incapacità dei sistemi giudiziari occidentali di soddisfare, in tempi ragionevoli e con risultati adeguati, i bisogni di tutela della società<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. FODDAI M.A., *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d’America*, in Rivista di diritto dell’economia, dei trasporti e dell’ambiente, vol. X – 2012, p. 407 e MARIANELLO M., *L’evoluzione delle procedure ADR nel diritto privato italiano*, in Jorge Tomillo Urbina-Isabel Alvarez Vega-Giovanna Capilli. Soluciones alternativas a los conflictos de consumo (2016) vol. 1, pp. 439-454, Granada, Editorial Comares

<sup>2</sup> BESSO C., *La mediazione civile e commerciale*, Torino, Giappichelli Editore, I ed., 2010, p. 7

<sup>3</sup> In tal senso cfr. PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, IV ed., 2019, p. 751

I primi movimenti a favore di metodi di risoluzione alternativa delle controversie civili si diffondono negli Stati Uniti d'America nella seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso. Nel 1976 a Chicago, in occasione dei 70 anni dal discorso di Roscoe Pound<sup>4</sup> alla *Convention* annuale della *American Bar Association* sul tema della “*Dissatisfaction with the Administration of Justice*”, si tenne una Conferenza dedicata al tema della crisi dell'accesso alla giustizia.

I giuristi americani, rifacendosi al pensiero di Pound, invocavano una nuova giustizia caratterizzata da una pluralità di strumenti di risoluzione delle controversie (*Multi-Door Court House*)<sup>5</sup>, tra i quali spiccava la mediazione (*Mediation*)<sup>6</sup>. La *ratio* di tali istanze era da ricercare nella necessità di ridurre il sovraccarico delle Corti, trattando con metodi alternativi al processo le controversie di natura bagatellare (c.d. *small claims*)<sup>7</sup>, che finivano di fatto per bloccare il lavoro delle Corti stesse ed allungare i tempi della giustizia.

Tra l'altro, secondo i giuristi americani, l'accesso ad istituti alternativi, liberi dal formalismo e dal tecnicismo delle aule di tribunale, avrebbe consentito alle parti un notevole risparmio di tempo, di risorse economiche nonché di valorizzare l'autonomia privata anche nel campo della giustizia<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Giurista statunitense, preside della facoltà di giurisprudenza di Harvard. Pound individuava nel funzionamento meccanico delle norme (“*necessarily mechanical operation of legal rules*”) la principale causa di insoddisfazione nei confronti della giustizia di tutti i tempi. In tal senso v. POUND R., *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *Nebraska Collage of Law* (<https://law.unl.edu/>).

<sup>5</sup> La *Multi-Door Cort House*, secondo Frank Sander, dovrebbe consentire al cittadino di proporre la domanda non ad una Corte ma ad un “dispute resolution center”, responsabile poi di indirizzare la doglianza al meccanismo di risoluzione più adatto. In tal senso BESSO C., *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 8

<sup>6</sup> Sul punto v. TROISI C., *Mediazione e conciliazione*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli Editore, II ed., 2014, p. 44 ss.

<sup>7</sup> Tra gli anni Settanta e Novanta, infatti, il numero delle cause avviate dinanzi alle Corti Federali statunitensi aumentò del trecento per cento e tra il 1962 e il 1974 raddoppiò anche il numero il rapporto tra cause avviate ed abitanti, passando da 260 a 500 per ogni milione di americano. Per approfondimenti cfr. . FODDAI M.A., *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America*, cit.

<sup>8</sup> RUMI T., *La mediazione civile e commerciale e le novità della legge delega n. 206 del 2021*, in *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, no 1, 1o quadrimestre de 2022, p. 16

Sulla scia di questo nuovo movimento giuridico e culturale, negli anni a seguire, le ADR assumeranno sempre di più un ruolo centrale negli USA e, successivamente, in tutti i sistemi giuridici occidentali.

Nel 1988 venne promulgato l'*Alternative Dispute Resolution Act* che prevedeva l'obbligo per ciascuna corte federale di garantire, per ogni controversia civile, almeno un metodo alternativo di risoluzione della stessa, potendo altresì obbligare le parti a ricorrere preventivamente ad un metodo di ADR<sup>9</sup>; una sorta di condizione di procedibilità *ante litteram*. Come rilevato in dottrina, "con l'Act del 1988, pertanto, l'ADR è passato dalla sperimentazione alla istituzionalizzazione: più della metà delle corti statali e praticamente tutte le corti federali oggi hanno programmi di ADR"<sup>10</sup>.

## 2. Modelli e caratteristiche comuni delle ADR

Prima di addentrarci nell'analisi dei modelli e delle caratteristiche delle ADR occorre fare una precisazione terminologica. Il termine "*Alternative*", infatti, ha da sempre suscitato numerosi dibattiti e contrapposizioni. Parte della dottrina, dinanzi all'affermarsi di queste nuove tecniche, ha continuato a sostenere il concetto di priorità della giurisdizione statale; secondo tale orientamento, la tutela giurisdizionale dei diritti, essendo attività costituzionalmente necessaria, non può essere circoscritta ovvero eliminata dal legislatore ordinario<sup>11</sup> e deve essere la via prioritaria di risoluzione delle controversie.

Questa impostazione è stata ormai superata da gran parte dalla dottrina moderna che sostiene invece che "le procedure di ADR sono alternative-aggiuntive

---

<sup>9</sup> Testo del provvedimento consultabile liberamente al seguente link: <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-bill/3528>

Sul punto v. FODDAI M.A., *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 419

<sup>10</sup> BESSO C., *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 11

<sup>11</sup> Cfr. RUMI T., *La mediazione civile e commerciale e le novità della legge delega n. 206 del 2021*, cit., p. 31

e non sostitutive alla tutela giurisdizionale”<sup>12</sup> e che si differenziano rispetto ai tradizionali mezzi aggiudicativi per il fatto che con essi “non si tende ad attribuire ragione o torto ad una delle parti in base all’applicazione del diritto, piuttosto attraverso un’opera maieutica di emersione degli interessi in gioco (...) di fornire ai confliggenti una prospettiva compositiva”<sup>13</sup>.

Con particolare riferimento all’art. 24 Cost., autorevole dottrina ha affermato che “se da una parte potrebbe sostenersi una lesione del diritto di difesa, posto che si instaura una procedura alternativa al giudizio, va però considerato che non vi sarebbe una contrapposizione con l’art. 24 Cost., in quanto avvalersi della mediazione (così come delle ADR) non comporta una necessaria rinuncia alla possibilità di agire successivamente in giudizio, in caso di mancato accordo. La mediazione non limiterebbe, dunque, il diritto d’azione in senso sostanziale; soltanto in termini temporali, inciderebbe sull’esperimento dei rimedi giurisdizionali volti a salvaguardare gli interessi generali, imponendo degli oneri (in senso lato) senza un eccessivo sacrificio del diritto di azione, posto che la tutela giurisdizionale sarebbe (soltanto) rinviata”<sup>14</sup>.

Pertanto, aderendo a questa impostazione, le ADR rappresentano strumenti complementari alla giustizia ordinaria (*complementary dispute composition*) che contribuiscono alla valorizzazione del principio di sussidiarietà, in virtù del quale l’intervento pubblico è opportuno solo ove sia necessario<sup>15</sup>.

Da un punto di vista teorico<sup>16</sup>, le tecniche di ADR possono essere ricondotte a due modelli fondamentali: *evaluative* (es. mediazione, negoziazione diretta, ecc.) o *adjudicative* (es. arbitrato). Detti modelli differiscono per le modalità di

---

<sup>12</sup> BELLUARDO S., *La media-conciliazione: la nuova nata tra le ADR*, in *diritto.it*, 2011, p. 4

<sup>13</sup> AUTORINO G., *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 17

<sup>14</sup> LORENZETTI A., *Il tessuto costituzionale della mediazione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2015, pp. 235-236

<sup>15</sup> Si veda ancora RUMI T., *La mediazione civile e commerciale e le novità della legge delega n. 206 del 2021*, cit., p. 31

<sup>16</sup> TROISI C., *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 45 ss.

definizione della controversia; le tecniche di tipo “*evaluative*” comportano un coinvolgimento attivo delle parti, le quali, su base volontaria, possono dialogare e confrontarsi con l’obiettivo di raggiungere un accordo rispondente ai rispettivi interessi<sup>17</sup>. Al contrario, le tecniche di tipo “*adjudicative*” necessitano della presenza di un soggetto terzo – diverso dal giudice – che definisce la controversia applicando regole giuridiche. I successivi paragrafi analizzeranno le principali caratteristiche delle ADR presenti negli ordinamenti di *civil law* e di *common law*.

A prescindere dal sistema giuridico di riferimento e dalla riconduzione ad uno dei due modelli teorici, tutte le tecniche di ADR condividono alcune caratteristiche comuni: la disponibilità del diritto, il consenso delle parti, la non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume e l’assenza di pesanti formalità<sup>18</sup>.

Quanto al primo punto è opportuno sottolineare che per i diritti disponibili (es. proprietà) le parti possono comporre la controversia insorta mediante accordi che individuano i rispettivi diritti e doveri. Tale possibilità, invece, è completamente preclusa per i diritti indisponibili (es. diritto al nome, all’immagine, ecc.), per i quali è esclusa qualsiasi forma alternativa alla giustizia ordinaria<sup>19</sup>.

In relazione al consenso delle parti, invece, l’utilizzo delle ADR è possibile solamente nel momento in cui tutte le parti coinvolte nella controversia decidano di ricorrervi. Le parti sono protagoniste assolute delle ADR ed in quanto tali scelgono una procedura alternativa in luogo della giustizia ordinaria. Tale scelta, in ogni caso, non può mai precludere il successivo accesso alla giustizia ordinaria,

---

<sup>17</sup> Come autorevolmente sostenuto da AUTORINO G., *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 17, talvolta le parti raggiungono risultati soddisfacenti al punto da mantenere le relazioni future, specialmente di tipo commerciale.

<sup>18</sup> L’individuazione delle caratteristiche comuni delle ADR è stata formulata analizzando i lavori di PICARDI N., *Manuale del processo civile*, cit., pp. 753 – 754 e AUTORINO G., *Mediazione e conciliazione*, cit., pp. 15 ss.

<sup>19</sup> Si veda BELLUARDO S., *La media-conciliazione: la nuova nata tra le ADR*, cit., p. 3

garantito dall'art. 24 Cost. e 6 CEDU. Ciò significa che alle parti vada riconosciuto sempre e comunque “il diritto di recedere dalla procedura in qualsiasi momento per adire il tribunale o altro meccanismo stragiudiziale di composizione della controversia”<sup>20</sup>.

Infine, le ADR si caratterizzano per l'assenza, almeno in parte, delle formalità proprie della giustizia ordinaria. La maggiore flessibilità di tali procedimenti, unita alla minore complessità delle regole applicabili, consente alla volontà delle parti di esercitare un ruolo primario nella decisione delle procedure da seguire. Questa flessibilità, in teoria, dovrebbe produrre una serie di vantaggi ulteriori quali: riduzione dei tempi della giustizia, contenimento dei costi, miglioramento della qualità dell'accordo, riservatezza circa la materia del contendere e ripresa dei rapporti<sup>21</sup>.

## **2.1. La negoziazione**

Tutti i conflitti possono essere risolti con due modalità: la modalità coercitiva e la modalità negoziale. Con la prima, le parti accettano regole di tipo formali poste dall'esterno, senza poter controllare in alcun modo l'esito del procedimento. Con la modalità negoziale, invece, le parti hanno il pieno controllo sulla procedura e sul risultato finale, potendo in tal modo esaltare la propria autonomia negoziale.

Il negoziato, seppur non istituzionalizzato quale tecnica specifica di risoluzione dei conflitti, è insito nella natura dell'uomo. Negli affari, sovente, le parti preferiscono negoziare un accordo piuttosto che affidarsi a modalità di

---

<sup>20</sup> Così PICARDI N., *Manuale del processo civile*, cit., p. 754

<sup>21</sup> In tal senso cfr. BELLUARDO S., *La media-conciliazione: la nuova nata tra le ADR*, cit. e AUTORINO G., *Mediazione e conciliazione*, cit, p. 16



risoluzione delle controversie di tipo antagonistico; in sostanza si preferisce la logica collaborativa a quella contenziosa<sup>22</sup>.

La negoziazione, pertanto, è un processo cui si assiste “in tutte quelle situazioni in cui due o più parti riconoscono l’esistenza di differenze di interessi o di valori tra di loro ma intendono o sono costretti a raggiungere un accordo”<sup>23</sup>.

Qualsiasi negoziato, inoltre, è governato da due regole auree: le parti dovrebbero trarre un vantaggio dall’accordo; le parti, in applicazione del principio di reciprocità, dovrebbero offrire agli altri qualcosa di utile a soddisfare i loro bisogni (*do ut des*)<sup>24</sup>.

Da un punto di vista prettamente teorico si distinguono due tipologie di negoziazione: negoziazione diretta e negoziazione indiretta.

La negoziazione diretta avviene esclusivamente tra le parti, senza l’intervento di un soggetto terzo e si basa esclusivamente sui rapporti di forza esistenti tra le stesse<sup>25</sup>.

La negoziazione indiretta, invece, presuppone la presenza di uno o più soggetti terzi che si interpongono per facilitare la comunicazione tra i litiganti. Tale modalità di negoziazione è da preferire allorché la tensione emotiva impedisce alle parti di discutere faccia a faccia<sup>26</sup>.

Un’ulteriore distinzione in tema di negoziazione riguarda il metodo di conduzione della trattativa; la negoziazione, in tal senso, può essere distributiva ovvero integrativa (cooperativa).

La negoziazione distributiva è un gioco “a somma zero”, nel senso che le parti tendono a dividere e distribuire il bene oggetto di negoziazione per limitare

---

<sup>22</sup> TROISI C., *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 46 ss.

<sup>23</sup> H. RAIFFA, *The art and Science of Negotiation*, Harvard, 1982

<sup>24</sup> ROSSI O.D., *Cultura negoziale*, Roma, I For Mediate, V ed., 2021, p. 3

<sup>25</sup> Cfr. TROISI C., *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 48 ss.

<sup>26</sup> Sul punto vedi ROSSI O.D., *Cultura negoziale*, cit., p. 12