

PIERO SANDULLI

LE TUTELE ALTERNATIVE AL PROCESSO CIVILE.

(LA CULTURA DELLA PACIFICAZIONE).

SOMMARIO

1. Premessa. - **2.** Analisi dell'attuale codice di procedura civile. – a) Il Codice del 1940. – b) La modifica dell'articolo 111 della Costituzione. - c) La mediazione. – d) La negoziazione assistita. – e) La conciliazione nel rito del lavoro ed in quello previdenziale. - f) La mediazione familiare. – **3.** Il coinvolgimento degli ausiliari del giudice nella conciliazione. – **4.** La conciliazione del giudice di pace. – **5.** Le ipotesi di rinuncia al giudizio. – **6.** Conclusione.

1. Premessa.

Il tema della conciliazione delle parti litiganti è, da sempre, presente nella nostra cultura giuridica ed è intrinseco al valore sociale della persona, che anela la armonia dei rapporti (*neminem laedere*), in virtù della radicata consapevolezza che il proprio diritto trova i suoi limiti di esercizio dove inizia il diritto dell'altro.

Invero, la socialità propria dell'individuo conduce, fisiologicamente, alla soluzione dei conflitti lasciando il tema del giudizio contenzioso in secondo piano, come rimedio residuale, finalizzato al ripristino, forzoso, dell'ordine leso, attraverso la formazione del giudicato che ha il compito di recuperare l'equilibrio dei rapporti, anche attraverso la “rassegnazione” al *dictum* del giudice, i latini saggiamente ricordavano, al riguardo, che il giudicato: *facit de*

albo nigro, vale a dire impone il necessario adeguamento alla decisione del giudice, divenuta, ormai, incontrovertibile.

2. Analisi dell'attuale codice di procedura civile.

a) Il Codice del 1940.

Dopo aver ricordato che in quasi tutte le codificazioni preunitarie vi è un richiamo alla conciliazione, in particolare, in quella del Regno delle due Sicilie del 1819, nella quale l'intero primo libro è dedicato alla conciliazione¹, senza voler portare la nostra analisi troppo indietro nel tempo, appare opportuno limitarla, nel presente studio, al vigente codice di procedura civile.

Deve essere ricordato che l'attuale impianto del processo civile risale al 1940, quando, al termine della lunga e travagliata stagione della riforma (avviatasi con la riflessione chiovendiana, basata sul trionomio: concentrazione-oralità-immediatezza, del 1920, che voleva trasformare il processo da scritto, quale era sotto l'imperio del precedente codice del 1865, in orale²) fu varato l'ordito dell'attuale codice di rito civile, ridotto, ormai, a distanza di

¹ Sintomatica, al riguardo, è l'analisi della normativa del Regno delle due Sicilie che, dopo la codificazione del 1819, dette vita ad "un conciliatore" che contribuì ad eliminare un gran numero di controversie minori che, altrimenti, avrebbero inceppato il funzionamento della macchina giudiziaria. Vedi, sul punto, la voce Conciliatore, nella Enciclopedia giuridica di N. Picardi, Roma 1988, vol. VII.

² Vedi, sul punto, G. Chiovenda, Prefazione alla terza edizione del volume Principi di diritto processuale civile, Napoli 1923, XIX, in particolare la nota n. 1

ottantacinque anni e dopo le tante modifiche subite, ad un mosaico di sopravvivenze, come ha segnalato Picardi³.

Dalle prime ipotesi di Chiovenda, dopo circa venti anni, operate ulteriori successive meditazioni relative alla bozza normativa, presentata dal guardasigilli Solmi nel 1938, con la ulteriore rilettura operata dai tre massimi studiosi del processo civile dell'epoca: Redenti, Carnelutti e Calamandrei, dopo una successiva manipolazione dell'Ufficio legislativo del Ministero, nel 1940, ad opera del Ministro Guardasigilli Grandi, il Codice fu, finalmente, pubblicato il 28 ottobre 1940, per entrare in vigore, dopo un consistente periodo di *vacatio legis* (per consentirne lo studio), il 21 aprile 1942⁴.

Quel codice, relativo al rito civile, dava, sulla scorta delle codificazioni precedenti, ampio spazio al potere del giudice di conciliare la lite, non limitando tale prerogativa al solo primo grado (art. 185) del giudizio, ma estendendola anche alla fase di appello (art. 350) ed assegnandola, in alcune circostanze, anche agli ausiliari del giudice, ad esempio, il consulente contabile (art. 198)⁵.

³ Al riguardo: N. Picardi, Prefazione alla quinta edizione del “Codice di procedura civile”, Milano 2010, XXXIII.

⁴ La ampia pausa tra emanazione ed entrata in vigore era necessaria in quanto il processo civile mutava integralmente la sua struttura. Pochi anni dopo, però, nel 1950 (L. 14 luglio 1950, n. 581), con le modifiche entrate in vigore nel 1951, si dette vita al ritorno ad un processo prevalentemente scritto, lasciando, comunque, immutato il potere del giudice di conciliare le liti.

⁵ Le modifiche apportate alla fase introduttiva del processo dalla “Riforma Cartabia”, in particolare quella relativa all'art. 183 cpc che impone la presenza delle parti sostanziali in udienza, ai fini dell'interrogatorio libero

Dunque, sin dagli albori dell'attuale processo civile, si poneva il tema della conciliazione, come efficace alternativa al giudizio; inoltre, veniva ipotizzato l'arbitrato (art. 806) in quanto valida sostituzione del giudice statale; invero, erano suggerite, nel codice di rito civile, soluzioni alternative al processo⁶, affidando (su accordo scritto delle parti) la decisione, relativa a diritti disponibili, a soggetti privati investiti (dalle parti stesse) del compito di decidere la lite sulla base di un lodo che, successivamente, per ciò che concerne quello definito rituale (art. 824 bis)⁷, sarà equiparato alla sentenza sotto ogni profilo, sia sostanziale, che processuale⁸.

Forse per le resistenze della classe forense la prerogativa di conciliare le liti assegnate al giudice, in virtù della natura dispositiva del processo civile, fu marginalizzata e venne enfatizzato solo il potere di *dicere jus* del magistrato⁹.

e del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 185, sono finalizzate a ribadire la importanza della conciliazione e del potere del giudice in tal senso.

⁶ Sin dalla sua prima stesura, nel quarto libro del codice di procedura civile, erano ipotizzate due diverse tipologie di arbitrato, quello di natura negoziale, definito irrituale e quello il cui procedimento era regolato dal codice, chiamato, invece, rituale.

⁷ La modifica relativa alla efficacia del lodo arbitrale è intervenuta con il decreto legislativo n. 40 del 2 febbraio 2006, che ha inserito, nell'ordito del codice di rito civile, l'articolo 824 bis.

⁸ Anche il codice di procedura penale con l'articolo 444 ha previsto, dal 1987, un procedimento speciale che prevede, per l'irrogazione della pena, un accordo tra le parti del processo (il pubblico Ministero e l'imputato) sotto il controllo del giudice. Detta procedura è, però, finalizzata alla quantificazione della pena ed integra, comunque, una pronuncia di condanna (art. 445). Ciò emerge, chiaramente, anche dalla rubrica dell'articolo 444: "applicazione della pena su richiesta". Nel 2003, con la legge n. 134, il procedimento è stato modificato. E' necessario ricordare che a norma dell'articolo 445, comma 1 bis, c.p.p. la sentenza resa a norma dell'art. 444 non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi.

⁹ Prova di ciò può essere trovata nello scarsissimo uso che fu fatto dell'articolo 322 cpc che attribuiva al conciliatore (prima) ed al giudice di pace (poi) la competenza a conciliare le liti anche al di fuori dei poteri ad essi assegnati dal riparto delle competenze.

b) La modifica dell'articolo 111 della Costituzione.

Con l'avvento del terzo millennio, dopo la modifica operata all'art. 111 della Costituzione, nel quale è stato inserito il principio di "ragionevole durata del processo"¹⁰ non solo per l'Italia, ma per l'intera Unione Europea, si sono esaminate le alternative al processo finalizzate a trovare le soluzioni, più rapide e meno costose, che potessero sostituire, alla cultura della lite, da attuarsi attraverso il giudizio, la cultura della pacificazione, cui pervenire con soluzioni auto-determinate delle vertenze, idonee a ridurre anche il contenzioso ed i suoi arretrati.

Invero, il fenomeno della durata eccessiva dei processi, dà vita ad un freno che, a causa di tale rallentata tempistica, costituisce un grave *vulnus* per lo sviluppo economico dell'intero mondo occidentale, in quanto dà vita ad uno stato di incertezza sui tempi della giustizia che spesso distoglie gli imprenditori stranieri dall'investire in Italia.

Alla luce di tali considerazioni, nel 2001, l'Unione Europea pose mano ad una indagine ricognitiva in tutti gli Stati membri (libro bianco)¹¹ e due anni dopo, in base alla prima

¹⁰ Con la legge costituzionale numero 2, del 23 novembre 1999, sono stati anteposti all'originario testo dell'articolo 111 i primi cinque commi. Con l'ultima parte del nuovo secondo comma si prevede che "la legge assicura la ragionevole durata del processo".

¹¹ Vedi la raccomandazione del 4 aprile 2001, n. 2001/319 EC.

indagine, prospettò alcune soluzioni (libro verde)¹², che portarono, nel giro di qualche anno, alla emanazione della direttiva n. 52 del 2008¹³, in tema di mediazione¹⁴.

Detta direttiva, nel nostro Paese, fu recepita dalla legge n. 69, del 2009, che conteneva la delega, all'esecutivo, di inserire nel processo civile un filtro all'azione, di natura obbligatoria, per le materie indicate dall'articolo 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010¹⁵.

c) La mediazione.

A seguito dell'espletamento di detta indicazione, contenuta nell'art. 60¹⁶, della legge delega, è stato inserito nel processo civile, un filtro di accesso all'azione.

¹² Il libro verde è del 19 aprile 2002, successivamente fu emanata la proposta di direttiva il 22 ottobre 2004, com/2004/718. Vedi, sul punto, F. Ghirga, Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea, in Riv. Dir. Proc. 2006, 463.

¹³ La direttiva n. 52 è del 21 maggio 2008. Vedi, al riguardo, F. Ghirga, Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?, in Riv. Dir. proc. 2009, 357.

¹⁴ Come chiarisce F. Cuomo Ulloa, La mediazione nel processo civile riformato, Bologna 2011, 18, il termine mediazione sostituisce, con non poche perplessità sollevate dalla dottrina, il più utilizzato e coerente termine di conciliazione. Invero, il termine di mediazione era stato utilizzato, fino a quel momento, per indicare procedure non decisorie operanti in altri settori: quali la mediazione sociale; la mediazione culturale; la mediazione penale; la mediazione scolastica; la mediazione familiare (per tutte tali ipotesi integranti i diversi tipi di mediazione vedi il capitolo primo del testo La mediazione familiare, a cura di A. Cagnazzo, Torino 2012, 19 e ss). Questa discutibile scelta del nostro legislatore, non può essere condivisa in quanto, oltre ad ingenerare confusione con altri istituti presenti nel Codice civile (art. 1754) non pone nella giusta luce l'attività dell' "autorevole compositore" che con il suo consilium pone le parti in condizione di chiudere la lite. Per un più esauriente quadro dell'utilizzazione delle ADR in Europa, si veda l'ampia ricostruzione operata da C. Hodges, I. Benöhr, N. Creutzfeldt-Banda, Oxford 2012, 25 e seguenti.

¹⁵ "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di 1) **condominio**, 2) **diritti reali**, 3) **divisione**, 4) **successioni ereditarie**, 5) **patti di famiglia**, 6) **locazione**, 7) **comodato**, 8) **affitto di aziende**, 9) **risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria**, 10) **diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità**, 11) **contratti assicurativi**, 12) **bancari e finanziari**, 13) **associazione in partecipazione**, 14) **consorzio**, 15) **franchising**, 16) **opera**, 17) **rete**, 18) **somministrazione**, 19) **società di persone**, 20) **subfornitura**, è tenuto, preliminarmente, ad esperire il procedimento di mediazione.

¹⁶ 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto ed in coerenza con la normativa comunitaria ed in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1, sono adottati su proposta del Ministro della Giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine

Tale procedura ha, inizialmente, suscitato non poche perplessità presso la classe forense, che riteneva che l'obbligatorietà potesse costituire un inutile allungamento del tempo per l'accesso al giudice, senza dar luogo ad alcun effettivo vantaggio per le parti. Fu necessario

di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni.

3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione; c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della Giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato "Registro", vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro; d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia; e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli; f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro; g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali; h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro; i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche; l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali; m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti; n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione; o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della Giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181; p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115; q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi; r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni; s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

attendere la decisione n. 272, del 2012, della Corte Costituzionale¹⁷, con la quale i Giudici della legittimità delle leggi, accogliendo alcuni dubbi di costituzionalità della norma, imposero modificazioni al dettato dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, facendo riscrivere l'intero primo comma di esso, ma soprattutto, chiarendo che non si dava vita ad alcun irragionevole allungamento dei tempi processuali, bensì si consentiva l'opportunità di risolvere, nell'accordo delle parti, la vertenza, senza trasferire la lite in un'aula giudiziaria¹⁸.

Inoltre, i giudici della Consulta chiarirono che il realizzare una cultura del dialogo e della pacificazione costituiva una valida alternativa al processo per la tutela dei diritti e delle altre situazioni giuridiche protette.

d) La negoziazione assistita.

Anche a seguito dei chiarimenti forniti dalla Corte Costituzionale il legislatore, con la legge n. 162 del 2014¹⁹, rilanciando un'attitudine, comunque, propria degli avvocati, dette vita ad un

¹⁷ Vedi: Corte Costituzionale, decisione del 6 dicembre 2012, n. 272, in Giur. Cost. 2013, 1, 497, con nota di G. Cosmelli.

¹⁸ La Corte Costituzionale, anche sulla scorta della precedente pronuncia della stessa Corte n. 276 del 2000, solleva dubbi sulla effettiva necessità dell'obbligo di mediazione quale filtro all'azione, tuttavia ritiene meritevoli "le finalità deflattive volte a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia".

¹⁹ Con la legge n. 162, del 10 novembre 2014 è stato convertito il decreto legge del 12 settembre 2014 n. 132. Con l'art. 3 di detta legge il legislatore prevede che "chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di **risarcimento del danno di circolazione di veicoli e natanti**, deve tramite il suo avvocato, indicare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere fuori dai casi previsti dal periodo precedente e dall'art. 5 comma 1 bis del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento, a qualsiasi titolo di **somme non eccedenti cinquantamila euro**. L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale".

secondo e diverso filtro, di natura obbligatoria, integrante la necessità di istaurare una procedura di negoziazione assistita, prima di adire il giudice civile.

In virtù di tale normativa, successivamente integrata e modificata dalla riforma Cartabia del 2022²⁰ e dal correttivo del 2024²¹, è fatto obbligo, per “chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa ad una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti”, invitare la parte convenuta a stipulare una convenzione di negoziazione assistita da un legale²². Inoltre, sempre avviando una previa procedura di negoziazione assistita, deve procedere “chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento, a qualsiasi titolo, di somme non eccedenti cinquantamila euro”.

Per tutte e due le ipotesi sopra ricordate, la norma prescrive che “l’esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale”.

e) La conciliazione nel rito del lavoro ed in quello previdenziale.

Va, inoltre, rilevato che il tema della conciliazione/mediazione è sempre stato presente nel rito del lavoro, a far data dalla legge istitutiva del nuovo processo del lavoro, la numero 533 del

²⁰ Decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149.

²¹ Decreto legislativo del 31 ottobre 2024, n. 164.

²² L’art. 3 della legge numero 162 del 2014, pur essendo stato modificato dal decreto legislativo n. 149 del 2022, non ha chiarito i rapporti tra detta procedura e quella, pure prevista nell’art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, nonché con la normativa contenuta nella legge n. 990 del 1969, in tema di infortunistica stradale.

1973, attualmente, a seguito della riforma intervenuta con la cosiddetta normativa Cartabia, è possibile operare, in via di negoziazione, assistita per le controversie di lavoro²³, anche se, in questa ipotesi la negoziazione non è condizione di procedibilità, ma è solo una opportunità offerta alla tutela del lavoro dipendente²⁴.

L'intera materia delle alternative al processo, ivi compresa anche l'ipotesi di arbitrato che costituisce, non già una alternativa al processo, bensì un'alternativa del processo, è tornata di piena attualità dopo che la ragionevole durata dei giudizi e la necessità di abbattere l'arretrato dei processi civili, sono andate a far parte integrante degli obiettivi che il Piano Nazionale di ripresa e resilienza, redatto nel gennaio del 2021, ha posto come profilo fondamentale unitamente all'abbattimento dell'arretrato in materia civile.

Invero, la notevole mole di arretrati, oltre a suggerire l'ampliamento delle competenze dei giudici di pace²⁵ (la cui piena attuazione è prevista per il giugno 2026), ha imposto il recupero

²³ **Art. 2-ter (Negoziazione assistita nelle controversie di lavoro).** 1. Per le controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, fermo restando quanto disposto dall'articolo 412-ter del medesimo codice, le parti possono ricorrere alla negoziazione assistita senza che ciò costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Ciascuna parte e' assistita da almeno un avvocato e può essere anche assistita da un consulente del lavoro. All'accordo raggiunto all'esito della procedura di negoziazione assistita si applica l'articolo 2113, quarto comma, del codice civile.

L'accordo e' trasmesso a cura di una delle due parti, entro dieci giorni, ad uno degli organismi di cui all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

²⁴ Deve essere ricordato che a norma dell'articolo 420 cpc, novellato nel 2010 e nel 2013, il giudice del lavoro all'atto della prima udienza di trattazione "formula alle parti una proposta transattiva o conciliativa". Inoltre, gli articoli 410 e 412 ter si occupano delle ipotesi di possibile esperimento di una procedura conciliativa, non obbligatoria, per le vertenze di lavoro.

²⁵ Ad opera della cosiddetta "Riforma Cartabia" sono state aumentate le competenze per valore del Giudice di Pace contenute nell'articolo 7 cpc, al quale dal "correttivo" è stato assegnato il rito semplificato. Vedi, sul punto, P. Sandulli, Dal rito sommario al rito semplificato, alla luce del correttivo, Roma 2025, 69.

delle alternative al processo, in particolare della mediazione e della negoziazione assistita, che sono state oggetto, come ricordano sia la legge di delega n. 206, del 26 novembre 2021, che il decreto attuativo della stessa delega, n. 149 del 10 ottobre 2022²⁶.

Inoltre il “correttivo” della riforma Cartabia, intervenuto con il decreto legislativo n. 164, del 31 ottobre 2024²⁷, si è occupato di tornare sul tema delle ADR ponendo in essere alcune rilevanti modifiche sui rapporti sussistenti tra i procedimenti alternativi al processo ed il giudizio stesso.

f) La mediazione familiare.

Infine, nell’esaminare il nuovo processo per le persone, per i minori e per le famiglie, collocato nel secondo libro del codice di procedura civile ed individuabile con gli articoli che vanno dal 473 bis al 473 bis.72, il legislatore delegato, sulla base delle indicazioni contenute nella legge n. 206 del 2021, si è preoccupato di dare concreta regolamentazione al tema della mediazione familiare, con l’articolo 473 bis.10²⁸. In detto articolo si legge che “il giudice può, in ogni momento (*del giudizio pendente*), informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare ed invitarle a rivolgersi ad un mediatore, da loro scelto tra le persone

²⁶ Vedi, sul punto, A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, Torino 2023.

²⁷ In vigore dal 26 novembre 2024.

²⁸ Vedi, l’approfondita analisi del tema in, *La mediazione familiare*, a cura di A. Cagnazzo, Torino 2012. In particolare si veda il capitolo primo della seconda parte redatto da C. Cerrai, *La mediazione familiare nell’ordinamento italiano*, 261.

iscritte nell'elenco formato a norma delle disposizioni di attuazione del presente codice (*di rito*), per ricevere informazione circa le finalità, i contenuti e le modalità del percorso e valutare se intraprenderlo”²⁹.

L'espletamento di tale procedura, come ricorda il secondo comma dell'articolo 473.10, può suggerire al giudice di differire i propri provvedimenti (articolo 473 bis.22).

Come è facile vedere, il legislatore del 2022, ha realizzato il corretto inserimento della procedura di mediazione familiare all'interno del processo civile, procedura che invece, in precedenza, veniva esperita, in quanto contenuta nel codice sostanziale³⁰, senza un preciso collegamento con la normativa processuale in materia³¹.

Tuttavia, una puntuale analisi dell'istituto deve farcelo escludere dalle ipotesi delle alternative al giudizio, in quanto esso non mira al perseguimento della conciliazione dei coniugi, lasciata

²⁹ In relazione all'istituto della mediazione familiare è necessario chiarire che non costituisce propriamente un istituto di risoluzione delle controversie di natura alternativa, ma integra, piuttosto, la riorganizzazione dei rapporti tra i coniugi separati, nell'interesse dei minori, come chiarisce il decreto legislativo n. 149 del 2022.

Sul punto, vedi: M. Malagoli Togliatti, La mediazione familiare e altri metodi di aiuto alla risoluzione della coppia in crisi, in *Servizi Sociali* 1996, f. 5-6, 105; C. Perago - A. Albanese, Finalità e caratteristiche della mediazione familiare “riformata” in *Judicium*, 23 maggio 2023.

³⁰ Vedi al riguardo l'articolo 337 octies del codice civile “[Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 337 ter, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo. Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 337 ter per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.]

³¹ Vedi sul punto: *Diritto civile minorile*, a cura di A. Cordiano e R. Senigallia, in particolare cfr. il capitolo XVII, Il processo per i minori e le famiglie, di C. Cecchella, Napoli 2024, p. 449.

al giudice, sia nella fase presidenziale, che in quella istruttoria, bensì ad individuare le nuove modalità di esercizio condiviso della potestà genitoriale³².

3. Il coinvolgimento degli ausiliari del giudice nella conciliazione.

Con il decreto legge n. 35 del 14 marzo 2005, convertito con la legge n. 80 del 2005, è stato individuato, nell'ambito del processo civile, più propriamente nella fase prodromica del giudizio stesso, un nuovo strumento per tentare la conciliazione della lite³³, che successivamente ha trovato la sua attuazione nel processo previdenziale con l'articolo 445 bis, inserito nell'ordito del codice di rito con la legge n. 111 del luglio 2011³⁴, e nel procedimento prodromico relativo ai giudizi per responsabilità medica³⁵.

³² Storicamente il tema della mediazione familiare trova la sua prima regolamentazione nella normativa sull'affido condiviso: la legge n. 54 del 2006, in attuazione del cosiddetto diritto alla bi-genitorialità

³³ Le potenzialità conciliative degli ausiliari del giudice, in precedenza rilevate esclusivamente dall'art. 198 del codice di rito civile, in tema di consulenza contabile, sono state nel 2005 estese attraverso l'inserimento nel codice di rito civile dell'art. 696 bis, integrante la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. Del primo comma di detto nuovo articolo (il 696 bis cpc), per ragioni di completezza di analisi, viene di seguito riportato: "L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti. Se le parti si sono conciliate, si forma il processo verbale della conciliazione verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Il processo verbale è esente dall'imposta di registro. Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può richiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito. Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili".

³⁴ La legge n. 111 del 17 luglio 2011 aveva convertito il decreto legge n. 98 del 6 luglio 2011.

³⁵ Vedi, al riguardo, l'art. 8 della legge del 8 marzo 2017, n. 24 che impone, con il suo secondo comma, un procedimento di conciliazione obbligatoria a norma dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010 o, in via alternativa, la fruizione della procedura prevista dall'art. 696 bis, finalizzata alla composizione della lite.

Il procedimento inserito nel 2005 all'interno del codice di rito civile, appare particolarmente rilevante ed utile al perseguimento delle finalità conciliative, in quanto consente alle parti, sotto la guida di un autorevole compositore, un consulente tecnico d'ufficio nominato dal giudice esperto in materia, di razionalizzare le questioni che hanno determinato l'insorgere della vertenza.

E' interessante ricordare che l'applicazione di detta procedura prescinde dai requisiti contenuti nel primo comma dell'articolo 696 c.p.c., pertanto, la fruizione di essa è svincolata dai presupposti propri dei procedimenti cautelari in tema di *fumus* e di *periculum*. Inoltre, deve essere ricordato che la procedura d'istruzione preventiva, sia di natura tradizionale cioè cautelare, che finalizzata alla conciliazione, non è preclusa al giudice di pace, come emerge chiaramente dal terzo comma dell'articolo 696 c.p.c., ciò ha fatto ritenere³⁶ che non ci si trovi propriamente in presenza di un procedimento cautelare, ma di una fattispecie processuale che risponde a regole diverse, circostanza questa che emerge anche dalla lettura delle nuove norme in materia di procedimento cautelare uniforme (art. 669 bis e seguenti). Tale istituto, pur dotato di notevolissime potenzialità conciliative, non è, però, stato accolto favorevolmente

³⁶ Vedi, sul punto, A. Scarpa, Commento agli articoli 696 e 696 bis, in Commentario al codice di procedura civile, a cura di P. Cendon, Milano 2012, p. 1013.

dalla dottrina che ha posto in luce l'ambiguità dello stesso³⁷. In relazione a detto articolo sono intervenute alcune pronunce della Corte Costituzionale che ne hanno limitato la potenzialità³⁸. Deve, però, essere rilanciata la notevole potenzialità dell'istituto che, a mio avviso, ancora non ha potuto realizzare a pieno le sue potenzialità nel sistema della tutela. Ed in particolare nella ricerca di una soluzione soddisfattiva alternativa al giudizio. Invero, detto istituto è in grado, assai più efficacemente degli organismi di mediazione, di offrire una autorevole e specializzata valutazione del tema del contendere che può indurre le parti alla conciliazione della lite, offrendo una valida ipotesi alternativa di tutela.

4. La conciliazione del giudice di pace.

L'articolo 322 del codice di rito civile, sin dalla sua originaria formulazione nella quale si richiama la figura del giudice conciliatore, ha previsto che può essere operata la conciliazione, in sede non contenziosa presso il giudice di pace competente per territorio anche nelle ipotesi in cui la controversia non rientri nella sua competenza. Tale norma ha

³⁷ Vedi, sul punto A. Tedoldi, La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis cpc, in Riv. Dir. Proc. 2019, p. 805; A. Romano, Il nuovo art. 696 bis cpc tra mediation ed anticipazione della prova, in Corriere Giuridico 2006, p. 405; L. Salvaneschi, Arbitrato e consulenza tecnica preventiva dopo l'abolizione di divieto di cautela arbitrale, in Rivista dell'arbitrato, f. 3, p. 457.

³⁸ Vedi, al riguardo, Corte Costituzionale 28 gennaio 2010, n. 26; Corte Costituzionale 10 novembre 2023, n. 202; Corte Costituzionale 21 dicembre 2023, n. 222.

avuto scarsissima diffusione e viene definita dalla dottrina un istituto ormai superato³⁹. E' necessario, però, chiarire che la conciliazione non contenziosa si caratterizza per essere un procedimento autonomo, facoltativo e preventivo rispetto all'esercizio dell'azione giudiziale, ma è pur sempre un procedimento giudiziario, in quanto attuato da un giudice.

La peculiarità di detto istituto risiede nella circostanza che esso attribuisce al giudice di pace una funzione conciliativa di tutte le possibili controversie civili, senza alcun limite di legittimazione se non quello della transigibilità della causa stessa.

Ciò consente di escludere dalla applicazione della norma le cause relative a tasse, imposte e contributi, nonché quelle in materia di famiglia e di *status* e capacità delle persone, in quanto esse hanno ad oggetto diritti indisponibili⁴⁰.

Come ricordato in precedenza, l'istituto ha avuto scarsissima applicazione ma esso segnalava la necessità avvertita dal legislatore nel 1940, di disporre al di là dei limiti della competenza del giudice, uno strumento idoneo a produrre la realizzazione di un verbale di conciliazione idoneo ad essere trascritto⁴¹. Quindi, al di là della effettiva utilizzazione, l'istituto tende ad

³⁹ Vedi, sul punto, L. Lucioti, Commento all'articolo 322 in Commentario al codice di procedura civile a cura di P. Cendon. Milano 2012, p. 2107.

⁴⁰ Cfr. sul punto, Cassazione civile, 3 giugno 1983 n. 3789.

⁴¹ Cfr. Corte d'Appello di Torino, 22 aprile 2005; Tribunale civile di Firenze, 27 novembre 1986, in Foro It. 1987, I, c. 3130.

inserire nel processo civile, accanto alla cultura della lite anche una significativa ipotesi di pacificazione⁴².

5. Le ipotesi di rinuncia al giudizio.

Per ragioni di completezza d'analisi, è necessario, nel contesto del processo civile di natura dispositiva, esaminare anche le ipotesi di rinuncia agli atti del processo ed all'azione processuale, teorizzate nell'articolo 306 del codice di rito civile.

Invero, mentre la rinuncia agli atti del processo non implica alcuna effettiva rinuncia alla tutela, se non quella relativa a quello specifico giudizio, la rinuncia all'azione dà luogo a una effettiva rinuncia alla tutela, in quanto la parte non può più esercitare il suo diritto all'azione avendovi rinunciato e, conseguentemente, con tale diniego ha rinunciato alla tutela concreta della situazione giuridica protetta vantata. Presumibilmente, tale rinuncia è legata ad una modalità diversa di disposizione del diritto, sempre possibile in un processo dispositivo, pertanto, è da ritenere che prima della rinuncia all'azione, punta dell'iceberg emergente nel processo, vi sia un atto transattivo, che ha disposto del diritto azionato in virtù dell'accordo raggiunto tra le parti litiganti, che ne ha regolamentato l'esercizio.

⁴² Vedi, sul punto, G. Tarsia, Lineamenti del nuovo processo di cognizione, Milano 2007, p. 213

In definitiva, anche questa fattispecie, sia pure indirettamente, è collegabile alle vicende conciliative della lite in quanto la rinuncia all'azione è determinata dal perseguimento di un atto di transazione che prescinde dalla pronuncia del giudice ed, anzi, la impedisce⁴³, poiché le parti hanno disposto, in via transattiva, dal loro diritto.

6. Conclusione.

In conclusione, dovendo abbozzare una valutazione del tema relativo alle misure alternative alla lite, sia gestita ad opera di un soggetto terzo, “l'autorevole compositore”, come avviene nella mediazione (*rectius*: conciliazione), ovvero nella previsione di un dialogo costruttivo tra le parti, come è possibile fare nelle ipotesi della negoziazione assistita dai legali⁴⁴ si perviene, comunque, alla tutela delle posizioni giuridiche protette vantate, dalle parti. Pertanto, anche attraverso l'applicazione degli strumenti alternativi si giunge all'attuazione della tutela e si garantisce l'esercizio del mandato professionale, che non si attua soltanto in via contenziosa.

Invero, il ripristino delle situazioni lese (o delle quali si lamenta la lesione) può intervenire anche attraverso percorsi di razionalizzazione operati dalle parti e dai loro difensori, percorsi

⁴³ Vedi in merito, Il commento all'articolo 306 del codice di rito civile, di R. Giordano, in Commentario al codice di procedura civile, a cura di P. Cendon, Milano 2012, p. 1893.

⁴⁴ Ricordando, comunque, che il tema della transazione della lite è parte integrante della attività professionale e dunque anche attraverso di essa si esercita la tutela del proprio assistito.

che, sotto il profilo economico, possono sortire effetti positivi consentendo alle intraprese comuni⁴⁵ di proseguire senza che tale attività venga impedita da una decisione di un giudice che, per forza di cose, determina un vinto ed un vincitore⁴⁶.

Per giungere a perseguire tale traguardo, è, però, necessario che la classe forense acquisisca la consapevolezza che accanto alla cultura della lite, che si esercita nel processo ed anche nell'arbitrato (che delega, su diritti disponibili, la decisione ad arbitri privati)⁴⁷, è importante, comprendere ed interiorizzare che anche attraverso l'attività di conciliazione, e/o di negoziazione, si esercita il mandato professionale e si tutelano, talvolta con maggiore efficacia e certamente con minore spesa, i diritti dei propri assistiti.

Al fine di giungere alla pienezza di questo assioma è indispensabile che nelle università e nelle scuole forensi, accanto alla cultura della lite ed alle sue tecniche, vengano istituite cattedre di negoziazione e siano impartiti insegnamenti tesi ad enfatizzare le tecniche di conciliazione, incrementando le istruzioni per recuperare il dialogo tra le parti litiganti.

⁴⁵ Si pensi ai contratti di durata, quali la fornitura e la somministrazione.

⁴⁶ Vedi, sul punto, M. De Rita, *Negoziare e creare valore ESG*, Milano 2025.

⁴⁷ Invero nell'arbitrato è possibile individuare, attraverso la lettura del lodo arbitrale (articolo 823 cpc), la parte vittoriosa e quella soccombente.

In definitiva la pace, anche in ottica giuridica, si costruisce nel dialogo e nella reciproca illustrazione delle proprie ragioni nella buona fede delle parti che debbono recuperare i valori, spesso dimenticati, della lealtà e della probità.

Il codice di procedura civile, come si è cercato di chiarire, offre tutti gli elementi per poterlo fare, se effettivamente si vogliono comprendere anche le ragioni dell'altro.