

GIUSEPPINA FANELLI

“Interferenze” ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» e la legge n. 98/2013¹.

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Mediazione e giurisdizione. – 3.1. La domanda di mediazione e *(segue)*... – 3.2. *(segue)*... lo strano caso della competenza territoriale: osmosi e contaminazioni? – 4. Il nuovo volto del primo incontro. – 5. L’assistenza dell’avvocato. – 6.1. Vita, morte e *(segue)*.... – 6.2. *(segue)* ...miracoli della mediazione forzata. – 6.3. Novità in tema di materie. – 6.4. Mediazione *ex officio*: una mediazione forzata di seconda generazione? – 7. Il comportamento della parte. – 8. Occasioni perse: il raccordo con la tutela cautelare, soprattutto se *ante causam* e conservativa. – 9. Conclusioni.

1. Premesse.

Con il c.d. «decreto del fare»² e la legge di conversione n. 98/2013³, il legislatore interviene ancora più incisivamente sul rapporto tra procedimento di mediazione e processo civile⁴. Detto rapporto può essere concepito secondo svariate accezioni:

1) in primo luogo, e a monte, come rapporto tra mediazione e giurisdizione, inquadrandolo nella complessa problematica dei rapporti tra tutela giurisdizionale e «giustizia alternativa» o, *rectius*, «alternative alla giustizia». Sotto la “lente” di questo confronto, si analizzerà la fase introduttiva della procedura di mediazione per la quale il legislatore ha previsto (sin da principio,

¹ Il presente testo costituisce la base dell’intervento alla giornata di studio del 17 gennaio 2014 a Brindisi, organizzata dal Centro Studi Persona Diritto e Mercato. Si è aggiunto al testo un essenziale impianto di note.

² Il decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, recante *Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia*, pubblicato in *G.U., Serie Generale* n. 144 del 21 giugno 2013.

³ La Legge di conversione con modificazioni 9 agosto 2013, pubblicata sul *Suppl. Ord.* n. 63, *G.U.* del 20 agosto 2013, n. 194.

⁴ Dell’aspetto si sono occupati, da ultimo e specificamente, GARPERINI, *Rapporti tra mediazione e giudizio contenzioso nel d. lgs. 4 marzo 2010*, n. 28, in www.judicium.it, 2013 e LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in www.judicium.it, 2012.

o in un secondo momento, intervenendo anche sul d. lgs. n. 28/2010) alcune “garanzie minime” del procedimento. Ci riferiamo, a titolo esemplificativo, alla disciplina degli effetti della domanda di mediazione, al criterio per individuare il “mediatore naturalmente competente”, alla durata massima del procedimento di mediazione, alla necessaria assistenza dell’avvocato, *etc.*;

2) in secondo luogo, come rapporto tra mediazione e processo o – più opportunamente – processi, riferendosi sia al processo in corso, sul quale può innestarsi il tentativo di conciliazione, sia al processo che sarà instaurato in caso di fallimento del tentativo. Vengono in rilievo: ove la volontà di conciliarsi sorga spontaneamente nel corso del giudizio, la mediazione c.d. facoltativa; ove la controversia rientri tra una delle materie contemplate dall’attuale comma 1 *bis* dell’art. 5 d. lgs. n. 28/2010, quella c.d. obbligatoria (e quindi il previo esperimento della mediazione come condizione di procedibilità della domanda); ove la mediazione si innesti su un giudizio in corso per ordine del giudice, la mediazione c.d. *ex officio* (alla quale il legislatore ha, come vedremo⁵, esteso il regime d’improcedibilità della domanda per mancato esperimento della mediazione).

Tuttavia le “interferenze” qualificate – perché volute dal legislatore – tra mediazione e processi non si sostanziano unicamente in una relazione cronologica⁶ tra la prima e i secondi, o in una mera (a volte indebita) dilatazione dei tempi processuali⁷. Dette connessioni si colgono soprattutto nei casi di mancata conciliazione poiché il procedimento di mediazione, lungi dallo “sparire nel nulla”, ha delle importanti ricadute sul giudizio in seguito promosso.

E sono proprio tali ricadute che si proverà ad analizzare in questa sede con particolare attenzione ai sistemi di “raccordo” tra mediazione e processo (se e come) ridisegnati dai più recenti interventi normativi o riempiti di contenuto dalla giurisprudenza⁸. Se è vero che tra le

⁵ Vedi, *infra*, § 6.4.

⁶ Così, LUPOI, *op. cit.*, 1.

⁷ Non computata, come è noto, ai fini della maturazione del diritto all’equa riparazione di cui alla L. n. 89/2001 (la c.d. legge Pinto). Così l’art. 7 d. lgs. n. 28/2010.

⁸ Si esclude dal campo della presente indagine, se non per accenni, l’importantissima previsione di cui all’art. 13 del d. lgs. n. 28/2010 che, accanto a quella dell’art. 8, 4 *bis*, secondo periodo, d. lgs. cit., contempla una sanzione

novità campeggia il ritorno dell'obbligatorietà del previo esperimento del tentativo di c.d. *media-conciliazione* ai fini della procedibilità della domanda, nondimeno l'art. 84 d.l. n. 69/2013 cit. (che costituisce l'intero Capo VIII, *Misure in materia di mediazione civile e commerciale*) contiene importanti regole concernenti altri aspetti del fenomeno. Si registra, inoltre, già una Circolare del 27 novembre 2013 del Ministero della Giustizia, prot. n. 168322⁹, adottata con il dichiarato scopo di chiarire «alcuni profili problematici inerenti la corretta interpretazione ed applicazione della normativa» di nuovo conio.

Sulla scorta di tale scenario normativo e paranormativo, e senza indugiare sulla professione di fede del legislatore, ancora una volta confermata, nel «mito della riforma perenne»¹⁰, avviamo la nostra riflessione.

2. Mediazione e giurisdizione.

Il rapporto tra mediazione e giurisdizione può essere descritto come rapporto tra il sistema processuale e gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, e cioè tra forme (in diversi sensi) alternativi di tutela (dichiarativa)¹¹.

economica nelle ipotesi in cui il provvedimento che chiuda il giudizio corrisponda in tutto o in parte alla proposta formulata dal mediatore ma disattesa dalle parti. La scelta è dovuta alla constatazione che la disposizione non risulta sensibilmente incisa dall'ultimo intervento legislativo. Si rinvia, per tutti, al commento che ne fa TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d. lgs. n. 28/2010, e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, 283-294.

⁹ Su http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?previousPage=mg_1_8&contentId=SDC971358.

¹⁰ Anche perché trattasi di compito già autorevolmente assolto. Senza pretese di completezza, si rinvia a SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.*, 2012 e CAPPONI, *Il diritto processuale civile «non sostenibile»*, in www.judicium.it, 2013. Si vedano anche le riflessioni di MONTELEONE, *Il processo civile in mano al governo dei tecnici*, in www.judicium.it, 2012; MOTTO, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile del 2011 e 2012*, in www.judicium.it, 2012; SANTANGELI, *Riduzione dei tempi della giustizia civile. efficienza e effettività. l'impatto dell'ultima legislazione riformista*, in www.judicium.it, 2012.

¹¹ Quantomeno nel nostro Ordinamento.

Nella “gerarchia” tra i diversi sistemi di risoluzione sembra oggi doversi affermare un principio nuovo, non più di primazia della giurisdizione statale¹², ma di «sussidiarietà»¹³: «ove percorribili, le strade alternative devono avere la precedenza, restando la giurisdizione l’ultima opzione (sempre garantita) per l’ipotesi in cui gli altri strumenti non possano funzionare»¹⁴. La centralità della giurisdizione statale non viene offuscata ma cambia natura: la tutela giurisdizionale resta fondamentale non perché cronologicamente o logicamente prioritaria ma in quanto unico mezzo sempre¹⁵ efficace¹⁶, giacché assistita da strumenti pervasivi e caratterizzata da un più ampio raggio d’azione¹⁷.

Posto questo rinnovato approccio alla vecchia conciliazione, si comprende come il legislatore si “sforzi” di imporre la natura di *extrema ratio* della giurisdizione statale, sia in presenza di un processo pendente che in assenza dello stesso. Dal primo punto di vista prevedendo che, ove nel corso del giudizio la mediazione appaia come alternativa praticabile, debba essere promosso il procedimento di mediazione con temporanea paralisi del giudizio. Dal secondo punto di vista, permettendo al procedimento di mediazione (esperito ma fallito) di “interferire” col processo successivamente instaurato. È evidente che il legislatore voglia perseguire una finalità (se non proprio sanzionatoria per le parti che non hanno affrontato “seriamente” la procedura quantomeno) “educativa”, volta alla diffusione dello strumento. Che poi detta funzione sia

¹² Che la giurisdizione statale stia andando incontro ad una progressiva erosione delle sue prerogative è ormai dato evidente e non connesso al deficit del sistema-giustizia. In proposito, PICARDI, *La giurisdizione all’alba del terzo millennio*, Milano, 2007, spec. 13 ss.

¹³ Secondo quanto chiarito da attenta dottrina, vedi LUISO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino 2009, 13, 187; TISCINI, *La mediazione cit.*, spec. 2-4.

¹⁴ TISCINI, *ult. op. cit.*, 3.

¹⁵ Almeno teoricamente.

¹⁶ LUISO, *Istituzioni cit.*, 187, TISCINI, *ult. op. loc. cit.*

¹⁷ Quanto alla mediazione, il procedimento previsto dal d. lgs. n. 28/2010, che è solo uno dei modelli procedurali di cui le parti possono avvalersi per tentare la conciliazione, è esperibile, in forza dell’art. 2 del l. lgs. cit., solo per le controversie vertenti su diritti disponibili.

imposta dal ricatto del sovraccarico dei Tribunali civili è ritornello che conosciamo sin troppo bene¹⁸.

3.1. La domanda di mediazione e (segue)...

Da tempo la Corte Costituzionale afferma che gli strumenti alternativi di risoluzione del contenzioso siano praticabili a patto di non rendere troppo gravoso l'accesso alla tutela giurisdizionale. Sulla compatibilità tra l'art. 24 Cost. ed i filtri di accesso alla tutela giurisdizionale la Consulta ha già avuto modo di pronunciarsi in passato¹⁹. Nel solco di questa tradizionale giurisprudenza, alcuni accorgimenti si sono resi necessari affinché il tentativo di mediazione non avesse, sulle possibilità di difesa del proprio diritto, effetti ulteriori e diversi rispetto a quelli presi di mira dal legislatore e potesse, così, sopravvivere all'insindacabile verdetto della Corte delle Leggi.

Tra questi accorgimenti, anzitutto va ricordata la (quasi) equiparazione²⁰, in punto di effetti sostanziali, tra domanda di mediazione e domanda giudiziale. L'art. 5, comma 6, del d. lgs. n. 28/2010 recita: «*Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta (...)*».

Quanto alla prescrizione, dunque, la domanda di mediazione ha sul diritto gli stessi effetti di cui all'art. 2493, commi 1 e 2 c.c. e all'art. 2945 c.c. (i noti effetti interruttivi e sospensivi²¹).

¹⁸ Per la dimostrazione che solo il buon funzionamento del sistema giustizia permette una buona mediazione e non il contrario, vedi LUISO, *Diritto processuale civile*, 7^a ed., v. 5, Milano, 2013, 35.

¹⁹ Cfr. Corte Cost. 26 luglio 1979, n. 93, in *Foro it.*, 1979, I, 2542; Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 82, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost. 30 novembre 2007, n. 403 in www.cortecostituzionale.it.

²⁰ In proposito e per i problemi che pone l'art. 5, comma 6, TISCINI, *La mediazione cit.*, spec. 229 ss. e SANTAGADA, in AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, SANTAGADA-SASSANI (a cura di), 3^a ed., Dike giuridica Roma, 2014, in corso di pubblicazione.

²¹ SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, 3^a ed., Milano, 2012, 136-137.

Quanto alla decadenza dalla possibilità di proporre l'azione a tutela del diritto, invece, è previsto, in deroga alle regole generali (di cui all'art. 2964 c.c.), che la decadenza sia impedita una sola volta. Se la conciliazione fallisce, ha cura di specificare l'ultimo periodo dell'art. 5, comma 6, l'azione dovrà essere proposta entro il termine originario di decadenza che decorrerà dal deposito del verbale negativo di conciliazione presso la segreteria (ai sensi dell'art. 11 del d. lgs. n. 28/2010).

La domanda di mediazione²² deve avere forma scritta – deve, cioè, essere incorporata in un'istanza soggetta a deposito, *ex art. 4, comma 1, d. lgs. cit.* – ma non v'è rigidità nella sua redazione. Il legislatore ha ritenuto opportuno enucleare il solo contenuto minimo dell'atto introduttivo, che dovrà «*indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa*» (così, art. 4, comma 2, cit.).

Gli Organismi di mediazione hanno finora messo a disposizione formulari prestampati da compilare, anche *online*, ma bisogna chiedersi se le cose cambieranno con l'introduzione dell'obbligo di assistenza dell'avvocato, sin dalla redazione del primo atto e per tutta la durata della procedura di mediazione²³.

In merito alla comunicazione, l'art. 8, comma 1, secondo periodo, recita: «*All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante*». Il legislatore ha, così, realizzato una scissione temporale tra il “tempo della domanda” da considerare ai fini dell'individuazione del mediatore competente (nel caso di più domande che interessano la stessa controversia), che si sostanzia nel «deposito dell'istanza»; ed il “tempo della domanda” cui è

²² Sulla domanda di mediazione si rinvia ulteriormente, senza pretese di completezza, a IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in www.judicium.it, 2011; ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corr giur.*, 2011, 566 ss.

²³ Vedi, *infra*, § 5.

collegata la produzione degli effetti regolati dall'art. 5, comma 6 appena visto, individuato invece nella «comunicazione della domanda»²⁴.

Diversamente dalla presentazione dell'istanza (per la quale, non è prevista espressamente una forma alternativa al deposito presso la segreteria dell'Organismo territorialmente competente²⁵), per la comunicazione della domanda è sufficiente utilizzare un mezzo idoneo ad assicurare la ricezione e, quindi, v'è una maggiore flessibilità. L'art. 8 d. lgs. n. 28/2010 conferma, indirettamente, che il deposito debba avvenire prima della comunicazione all'altra parte della domanda, poiché quest'ultima è accompagnata dall'atto con il quale il mediatore ha fissato la data del primo incontro.

3.2. (segue)... lo strano caso della competenza del mediatore: osmosi e contaminazioni?

Proprio in riferimento all'Organismo territorialmente competente, il legislatore dimostra un cambio di rotta²⁶: il vecchio art. 4 non prevedeva alcun criterio per l'individuazione del mediatore competente²⁷. Nella Relazione illustrativa al d. lgs. n. 28/2010, veniva chiarito che la scelta era frutto del tentativo di incentivare un'assoluta *deformalizzazione* del procedimento²⁸. La scelta era stata salutata con favore anche da parte della dottrina sulla base del fatto che, evitando

²⁴ Che, si noti, può essere effettuata dalla Segreteria dell'Organismo scelto ovvero dalla parte istante.

²⁵ Secondo Trib. Busto Arsizio, 15 giugno 2012, sez. Gallarate, su www.iusexplorer.it, la spedizione a mezzo posta non è forma equipollente al deposito materiale dell'istanza. Ci sembra, però, che i regolamenti di procedura degli Organismi possano prevedere forme di presentazione dell'istanza sostitutive al deposito.

²⁶ *Recte*, è proprio il "tipo" di legislatore a cambiare.

²⁷ Sul problema della competenza territoriale, sia rispetto alla precedente formulazione dell'art. 4 che a quella attuale, si veda TISCINI, *La mediazione cit.*, 236-239; SANNA, *La competenza per territorio nel procedimento di mediazione ex d.lgs. n. 28/2010: spunti per una riflessione*, in www.judicium.it, 2011; VACCARI, *Il rebus della dell'organismo di mediazione nell'epoca "del fare": una proposta di soluzione*, in www.judicium.it, 2013.

²⁸ La Relazione illustrativa può leggersi anche in AAVV. *Mediazione e conciliazione cit.*, in *Appendice normativa*.

una rigida distribuzione delle controversie, si sarebbero evitati i problemi connessi all'applicazione di una siffatta regola e le eventuali «pretestuose eccezioni di incompetenza»²⁹.

Le Commissioni Giustizia delle due Camere del Parlamento avevano criticato la mancata indicazione di un criterio di distribuzione territoriale delle controversie³⁰. Il legislatore delegato aveva disatteso tali osservazioni, ma aveva raccolto, come sembra emergere dalla Relazione illustrativa cit., il diverso suggerimento delle Camere circa l'inserimento, tra i giustificati motivi di mancata partecipazione alla mediazione della parte poi costituitasi in giudizio (*ex art. 8*, come si vedrà³¹), di quello costituito dall'individuazione di un Organismo di mediazione senza alcun collegamento con la residenza o sede delle parti, con il loro domicilio o con i fatti oggetto di conflitto³², ipotizzando una sorta di “non esigibilità” della partecipazione in caso di surrettizie strumentalizzazioni del dettato normativo³³.

Anche il Consiglio Superiore della Magistratura, nel Parere allo schema di decreto legislativo³⁴, aveva criticato aspramente l'omissione, sostenendo che «il buon esito del procedimento [dovesse essere] legato anche alla localizzazione degli organismi di conciliazione in relazione alla domanda presentata; il luogo in cui la mediazione si svolge deve essere facilmente accessibile alle parti, diversamente risolvendosi in un ulteriore ostacolo al

²⁹ ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Le Soc.*, 2010, 628.

³⁰ Si leggano i Pareri del 20 gennaio 2010 dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati e del 27 gennaio della Commissione Giustizia al Senato, in <http://www.scribd.com/doc/26193227/Mediazione-Pareri-Commissioni-Giustizia>.

³¹ Vedi, *infra*, § 7.

³² In proposito, si veda DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in www.judicium.it, 2010, § 5; BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in www.judicium.it, 2010.

³³ Strumentalizzazioni rilevate subito da CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 Legge n. 69/2009*, su www.ilcaso.it, Sezione II, *Dottrina, opinioni ed interventi*, 11. Meno critica TISCINI, *ult. op. cit. loc. cit.*

³⁴ In <http://www.csm.it/documenti%20pdf/Parere4febbraioSesta.pdf>.

raggiungimento dell'accordo, per favorire il quale è necessario limitare al minimo sia i disagi sia le spese che gli interessati devono affrontare per la conciliazione»³⁵.

Altra parte della dottrina aveva rilevato che, essendo il procedimento di mediazione previsto come obbligatorio per un rilevante numero di controversie, doveva pretendersi un generale buon livello di "affidabilità" dei vari Organismi, a prescindere dal funzionamento spontaneo del mercato³⁶.

Così, il nuovo art. 4, comma 1, "incassa il colpo" e viene riformulato prescrivendo che l'istanza di mediazione debba essere depositata «*presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia*»³⁷ e che, in caso di più domande relative alla stessa controversia, «*la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda*».

In base alle considerazioni appena svolte, ci si poteva attendere dal legislatore una maggior precisione poiché la disposizione, se risolve il problema dell'individuazione dell'Organismo di

³⁵ Secondo il Csm, in commento al vecchio art. 4 d. lgs. n. 28/2010, «La strutturazione della norma si presta a strumentalizzazioni nel momento della scelta dell'organismo di conciliazione, così da favorire indebite individuazioni di tale organismo che ne potrebbero pregiudicare la terzietà e l'imparzialità. In merito non si può condividere l'impostazione del legislatore delegato, il quale ritiene che in virtù della disposizione in commento "Le parti saranno così libere di investire concordemente o singolarmente l'organismo ritenuto maggiormente affidabile". Costituisce insanabile contraddizione logica adottare politiche normative per la promozione della mediazione e, al contempo, consentire la differenziazione degli organismi di conciliazione in base alla loro affidabilità: il quadro di normazione primaria deve essere in grado di garantire che tutti gli organismi di conciliazione presentino il medesimo qualificato livello di affidabilità, a maggior ragione allorché le parti siano obbligate al preventivo tentativo di conciliazione. Da un punto di vista processuale, peraltro, non si comprende secondo quale logica e coerenza normativa possa imporsi il ricorso alla mediazione quale condizione di procedibilità e, contestualmente, sganciare il relativo procedimento da ogni collegamento territoriale con l'autorità giudiziaria procedente, tenuta - in caso di mancato espletamento della mediazione - a fissare una nuova udienza innanzi a sé all'esito del decorso del termine fissato dall'art. 6. L'applicazione della disposizione in commento consentirebbe alla parte, in relazione ad una domanda correttamente proposta innanzi al Tribunale di Palermo ma non preceduta dall'espletamento dell'obbligatorio procedimento di mediazione, di rivolgersi ad un organismo di conciliazione con sede in Milano».

³⁶ Così SANTAGADA, *La mediazione cit.*, 25.

³⁷ Indicazione che, parallelamente, sparisce dall'art. 12 d. lgs. n. 28/2010 che non individua più il giudice territorialmente competente in caso di omologazione. Scrive BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, in www.judicium.it, 2013, 9: « Questa omissione sembra voler implicitamente indicare all'interprete che il giudice dell'exequatur debba essere territorialmente individuato in base alle ordinarie regole di competenza che avrebbero presieduto all'instaurazione del processo per la causa risolta.».

mediazione competente³⁸, ne lascia comunque sopravvivere tanti altri. E anche l'intervento chiarificatore realizzato con la Circolare cit. del 27 novembre scorso non scioglie tutti i nodi.

In quell'atto ci si limita a individuare la sede dell'Organismo rilevante per poter ritenere lo stesso incluso o meno nella circoscrizione del Tribunale ai fini del corretto deposito della domanda di mediazione. Tale è qualsiasi sede idonea ad «assicurare agli utenti un servizio efficiente e stabile» sia essa la sede principale (*rectius*, legale) sia essa una sede secondaria, purché regolarmente comunicata al Ministero della Giustizia ed oggetto di provvedimento di iscrizione. Peraltro, la previsione stride con le indicazioni date in passato proprio dal Ministero, secondo il quale la domanda si riteneva depositata ritualmente solo presso la sede legale dell'Organismo, anche se gli incontri potevano svolgersi nelle sedi secondarie, purché idonee³⁹.

I principali dubbi, però, più che porsi sull'esatta individuazione delle sedi degli Organismi, si pongono sulla possibilità di derogare il criterio di competenza previsto e sul regime del “difetto” di competenza dell'Organismo scelto, incertezze destinate ad acuirsi nei casi di mediazione obbligatoria.

Vediamo da vicino tali aspetti.

Quanto al possibile accordo di deroga, sembra potersi sostenere che la competenza territoriale del mediatore sia liberamente derogabile⁴⁰, poiché sarebbe irragionevole pensare che la deroga della competenza del mediatore risponda a regole più rigide di quelle che disciplinano la deroga della competenza del giudice⁴¹ e che non sono sicuramente estensibili.

³⁸ Il termine «competenza» è qui usato sempre in modo improprio.

³⁹ Forse, date le modifiche, si potrà rimettere in discussione anche la possibilità che gli incontri si svolgano in sedi diverse rispetto a quella nella quale è stata depositata l'istanza di mediazione. In altri termini, avendo previsto il legislatore la possibilità che il deposito avvenga ritualmente non solo presso la sede legale ma anche presso sedi secondarie, purché comunicate e registrate (e registrate solo se idonee), si potrà forse pensare ad una necessaria corrispondenza tra luogo del deposito e luogo di svolgimento del procedimento, almeno nei casi in cui le sedi comunicate siano più di una. Sul punto, si vedano comunque le osservazioni di TISCINI, *La mediazione cit.*, 238-239.

⁴⁰ In tal senso anche il Parere della Commissione Giustizia del Senato cit. Nello stesso senso BOVE, *L'accordo cit.*, 5, nota 10.

⁴¹ Lo rileva correttamente anche VACCARI, *Il rebus cit.*, 4. Ci si riferisce all'art. 28 c.p.c., secondo il quale la competenza territoriale è generalmente derogabile, fatti salvi i casi espressamente menzionati dalla norma. Peraltro,

La soluzione favorevole alla generale derogabilità del criterio fornito dal legislatore, se valida per il più controverso istituto della mediazione obbligatoria, sembrerebbe anche doversi estendere alla mediazione facoltativa e a quella concordata. Quando alla mediazione facoltativa, se le parti sono disponibili a conciliarsi, non sarà difficile per loro scegliere di comune accordo l'Organismo territorialmente competente e non v'è alcun motivo ostativo a che la volontà delle parti non debba essere valorizzata. Per le ipotesi di mediazione concordata, invece, dal tenore dell'art. 5, comma 5, del d. lgs. n. 28/2010, sembra potersi dedurre che il criterio territoriale fornito dall'art. 4 sia destinato ad essere sussidiario nel caso in cui la scelta dell'Organismo sia contenuta nella clausola di mediazione prevista dal contratto, dallo statuto o dall'atto istitutivo dell'ente.

Quali le forme per un accordo di deroga della competenza? Non riteniamo si possa applicare analogicamente l'art. 29 c.p.c., e, pertanto, si escludono forme rigide e sarà sufficiente un mero intendimento, anche verbale, tra le parti sul mediatore da individuare.

Parallelamente al problema della derogabilità pattizia della competenza, si pone il problema della possibile deroga "per attrazione". La questione è immaginabile perché non è sempre vero che la competenza territoriale del mediatore coincida con quella del giudice, seppur in riferimento alla stessa controversia. Questo, non solo per l'operare di criteri di competenza alternativi previsti dal codice di rito, ma anche perché la mediazione ha il vantaggio di poter considerare (non la singola lite ma) tutta la vicenda che fa capo al rapporto giuridico controverso e, pertanto, non può essere escluso che il più largo ambito oggettivo di "cognizione" possa determinare la variazione della competenza territoriale.

È, pertanto, legittimo chiedersi: in caso di procedimento di mediazione obbligatoria promosso lite pendente *ex art. 5, comma 1 bis* o comma 2 del d. lgs. cit., la competenza per il giudizio deve "attirare a sé" la competenza per il procedimento di mediazione (similmente a quanto previsto

v'è una quasi coincidenza tra controversie sottratte – in misura diversa, *ex art. 5, commi 3 e 4, d. lgs. n. 28/2010* – all'esperimento del tentativo di mediazione obbligatorio e controversie per le quali la competenza territoriale è inderogabile.

dall'art. 669 *quater* c.p.c.)? O ancora, le parti che hanno pattiziamente derogato la competenza territoriale del giudice, devono comunque individuare il mediatore in base al luogo in cui ha sede il giudice che sarebbe stato territorialmente competente in assenza di accordo di deroga? O infine, le parti che non derogano la competenza territoriale del giudice, possono derogare negoziabilmente quella del mediatore?

Rispetto a detti quesiti, riteniamo che la risposta sia unica e, tendenzialmente, nel senso del non funzionamento della regola della coincidenza tra la competenza territoriale del mediatore e quella del giudice del processo (futuro o pendente⁴²). Con il criterio adottato a seguito delle modifiche del c.d. «decreto del fare» all'art. 4 d. lgs. n. 28/2010, il legislatore non sembra voler incentivare la vicinanza *tout court* tra mediatore e giudice quanto, piuttosto, sembra “prendere in prestito” i criteri previsti dal codice di rito per risolvere il problema della distribuzione territoriale delle controversie da conciliare. Avrebbe, però, anche potuto dettare regole diverse. In buona sostanza, il legislatore non si è posto il problema dell'eventuale “facilità” degli spostamenti tra uffici giudiziari e sedi dell'Organismo, quanto quello della “difficoltà” degli spostamenti per la parte chiamata, nelle ipotesi di scelta individuale, effettuata “in mala fede”, di un Organismo che non presenti alcun legame con la controversia.

Per il resto, il legislatore si è mosso nel senso della “non interferenza” tra competenza del mediatore e competenza del giudice. Prima della conversione in legge, l'art. 84 del d.l. n. 69/2013, in punto di modifica dell'art. 5, comma 2, prevedeva che il giudice dovesse indicare l'Organismo presso il quale doveva svolgersi la mediazione quando da egli stesso ordinata. La previsione è stata cancellata, sicché è da ritenere che l'eventuale indicazione contenuta nel provvedimento che dispone la mediazione *ex officio* non sia assolutamente vincolante.

⁴² Prima di noi, VACCARI, *ult. op. cit.*, 5. Nel senso dell'applicazione dell'art. 669 *quater* c.p.c. e, quindi, del funzionamento della regola dell'“attrazione”, ARIETA, *La domanda di mediazione cit.*, 571.

Ciò detto, però, il vero *punctum dolens* riguarda l'individuazione delle conseguenze dell'errata scelta dell'Organismo di mediazione⁴³, sulle quali il legislatore tace completamente. Ci sembra opportuno ragionare partitamente⁴⁴:

a) se la parte chiamata in mediazione aderisce e partecipa al procedimento di mediazione non contestando la competenza, si realizza una sorta di accordo tacito di deroga della competenza e, riteniamo, le parti possano validamente conciliarsi, anche dinanzi ad un mediatore che, secondo le prescrizioni dell'art. 4 del d. lgs. cit., sarebbe invece incompetente.

b) se la parte "convenuta" non aderisce adducendo come unica ragione, in maniera informale al fine di evitare i costi di avvio della procedura⁴⁵, il "difetto" di competenza del mediatore, riteniamo che l'Organismo debba astenersi dall'avviare la procedura con la conseguenza che la parte istante che ha sbagliato dovrà incardinare il procedimento nuovamente presso l'Organismo competente. Questa soluzione interpretativa, cercando di contenere l'inerzia della parte chiamata in mediazione, è senza dubbio quella che valorizza l'effettività del tentativo di mediazione o, quantomeno, il dovere di collaborazione che il d. lgs. n. 28/2010 sembra aver imposto in capo alla parte⁴⁶.

c) se la parte "convenuta" non aderisce né adduce alcun motivo nel corso del procedimento di mediazione, potrebbe adottarsi un approccio rigoroso, basato sull'esistenza di altri indici normativi (in materia di mediazione nelle controversie condominiali, sulle quali si ritornerà a breve⁴⁷), secondo il quale il mediatore dovrebbe dichiarare inammissibile la domanda di mediazione e non soddisfatta la condizione di procedibilità. Questa impostazione, inoltre, ci pare

⁴³ Si deve, pertanto, escludere sia l'ipotesi in cui la parte istante depositi la domanda in un Organismo incompetente a seguito di previo accordo di deroga con l'altra, come pure il caso in cui la parte si rivolga all'Organismo individuato nella clausola di mediazione.

⁴⁴ E avendo in mente soprattutto la tipologia di mediazione c.d. forzata.

⁴⁵ In base a quanto prescritto dall'art. 16 del D.M. n. 180/2010 i costi sono dovuti da entrambe le parti e, pertanto, anche dalla parte che aderisce al procedimento.

⁴⁶ Che emerge, come si vedrà *infra*, § 7, più chiaramente da altre disposizioni.

⁴⁷ Il riferimento è al nuovo art. 71 *quater* disp. att. c.p.c. Vedi *infra* § 6.3.

dover portare con sé il rilievo *ex officio* dell'incompetenza⁴⁸. La soluzione del rilievo officioso potrebbe essere confortata ulteriormente da quell'interpretazione secondo la quale, in sede di omologazione del verbale di mediazione, tra le irregolarità formali ostative all'omologazione (art. 12, comma 1, del d. lgs. n. 28/2010) vi rientri la violazione della regola sulla competenza territoriale⁴⁹. In questo senso, al mediatore spetterebbe il compito di rilevare la propria incompetenza per "impedire" il verificarsi una di quelle irregolarità che potrebbero non consentire l'omologazione del verbale.

Detto orientamento rischia però di essere eccessivamente rigido. Non emerge, inoltre, con chiarezza dai dati normativi che il mediatore abbia il potere di valutare la propria competenza, ma sembra più verosimile che egli debba limitarsi ad attestare una eventuale irregolarità dell'instaurazione del procedimento di mediazione che sarà, poi, valutata dal giudice. Tanto si argomenta dall'art. 8, vecchio comma 4, attuale comma 4 *bis*, del d. lgs. cit. che lascia al giudice la valutazione di un'altra vicenda che si configura nel corso della mediazione, ossia la mancanza della parte⁵⁰.

Si potrebbe sommare a questo argomento un altro di più ampio respiro: se si parte dal presupposto che nell'*intentio legis* v'era la volontà di evitare l'eccessiva "giurisdizionalizzazione" del procedimento di mediazione, sembra poco ragionevole collegare alla domanda di mediazione proposta al mediatore incompetente la sanzione dell'inammissibilità rilevabile d'ufficio, sanzione che la legge non commina neppure per la domanda introduttiva del giudizio erroneamente proposta dinanzi ad un giudice incompetente;

⁴⁸ Non così VACCARI, *ult. op. cit.*, 6-7. Per l'Autore, il mediatore dovrebbe dichiarare inammissibile la domanda e non soddisfatta la condizione di procedibilità, ma solo su contestazione, anche informale, della parte chiamata in mediazione che dovrebbe anche indicare l'Organismo ritenuto competente.

⁴⁹ Cosa che non condividiamo. Si legga sul punto BOVE, *L'accordo conciliativo cit.*, 10, secondo il quale l'errata individuazione dell'Organismo non dovrebbe impedire l'omologazione: «ove la mediazione sia stata gestita da un organismo non collocato nel luogo a cui si ancora la competenza per territorio per la controversia, evidentemente l'istanza di omologazione andrà presentata pur sempre al presidente del tribunale del luogo a cui sarebbe stata territorialmente ancorata la controversia e non al presidente del luogo nel cui circondario ha sede l'organismo che di fatto ha gestito la mediazione».

⁵⁰ In proposito ancora VACCARI, *ult. op. cit.*, § 4.

d) sempre nel caso di errata individuazione dell'Organismo da parte dell'istante e totale inerzia della parte convenuta, si può sostenere che quest'ultima possa addurre nel corso del giudizio che la sua mancata partecipazione sia "scusabile" in virtù del «giustificato motivo» ex art. 8 d. lgs. n. 28/2010. Come già visto, nella Relazione illustrativa cit. si faceva espressamente riferimento a questa interpretazione ma in un contesto diverso, e cioè in assenza dell'esplicitazione un criterio di distribuzione territoriale. Ove non dovesse sposarsi la soluzione *sub b)*, il vantaggio di quest'altra sarebbe indiscutibile: la parte chiamata in mediazione non sarebbe costretta a pagare le spese di avvio del procedimento al solo fine di provocare la decisione del mediatore di non poter esperire la procedura perché incompetente, né rischierebbe di incorrere nelle conseguenze negative che l'art. 8 d. lgs. n. 28/2010 collega alla mancata partecipazione. È pur vero, però, che in tal modo si rischia di mettere nelle mani del "convenuto", che non ha alcun interesse a facilitare l'incardine di un procedimento contro di sé, un'arma con la quale dilatare, soprattutto nei casi di mediazione obbligatoria, in maniera sensibile i tempi di tutela per l'istante. Il comportamento di totale inerzia fino al giudizio non sembra essere scoraggiato dal fatto che il giudice, ove ritenga che la parte istante abbia promosso il procedimento di mediazione dinanzi ad un Organismo correttamente individuato, debba condannare la parte alla sanzione prevista dall'art. 8, attuale comma 4 *bis*, c.p.c. per insussistenza (in concreto) del giustificato motivo addotto⁵¹.

All'esito dell'analisi dei possibili scenari, si esprime la preferenza per la soluzione *sub b)*, anche se si riconosce che la praticabilità di quella soluzione dipenderà in gran parte dalle prassi che si affermeranno. Come detto, la parte chiamata non dovrebbe essere costretta a versare le spese di avvio del procedimento – seppur contenute, soprattutto nel caso di mediazione vincolante – solo per manifestare, nel corso del primo incontro, la sua intenzione di non accettare la competenza territoriale del mediatore. Allo stesso modo, però, non dovrebbe esserle

⁵¹ In generale sulla scarsa efficacia deterrente della sanzione per la mancata partecipazione si legga l'esempio concreto di LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in www.judicium.it.

consentito di “bloccare” la domanda giudiziale con un atteggiamento di inattività iniziale e “ritardata” contestazione, atteggiamento difficilmente arginabile se protetto dall’èlgida del giustificato motivo.

4. Il nuovo volto del primo incontro.

E veniamo al primo incontro di mediazione che cambia decisamente natura.

Lo si evince non solo dalla descrizione che ne fa l’art. 8, comma 1, del d. lgs. n. 28/2010 ma anche dalla disciplina dei costi dovuti nel caso in cui questo si concluda nel senso della non prosecuzione del procedimento di mediazione. Cerchiamo di capire in che senso.

Anzitutto, nel nuovo primo incontro non trova spazio alcuna attività di mediazione in senso stretto ma piuttosto un’attività “esplorativa”: l’art. 8 d. lgs. cit. prescrive che il mediatore, al primo contatto, «*chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione*» ed «*invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, e nel caso positivo, procede con lo svolgimento*».

Se le parti manifestano sfiducia verso il tentativo di conciliazione, il mediatore potrà chiudere la procedura subito dopo il primo incontro attestando l’impossibilità del raggiungimento dell’accordo. Come chiarisce anche la Circolare del 27 novembre 2013 cit., in commento all’art. 17, comma 5 *ter*, d. lgs. n. 28/2010, in tal caso l’indennità per l’attività di mediazione in senso stretto (il c.d. «compenso») non sarà dovuta, essendo dovuti solo i costi fissi di avvio del procedimento e le spese vive per le comunicazioni di legge.

A prescindere dal nuovo carattere “esplorativo” del primo incontro, la previsione ci sembra opportuna sotto diversi aspetti, soprattutto ove connessa alla tipologia di mediazione obbligatoria, che, poiché imposta dalla legge, frequentemente non è accompagnata da una reale volontà delle parti finalizzata al raggiungimento dell’accordo. In dette ipotesi, le parti dovranno sì avviare la procedura ma potranno determinare la chiusura della stessa sin dopo il primo

incontro, sopportando solo i costi di avvio ed un allungamento dei tempi pari tendenzialmente a trenta giorni, come risultante dalla modifica dell'art. 8, comma 1, che adesso impone che il primo incontro debba tenersi *non oltre* i trenta giorni dal deposito dell'istanza di mediazione⁵².

A conferma di questa interpretazione, può citarsi il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 5 del d. lgs. cit. il quale, proprio rispetto alla mediazione obbligatoria, chiarisce che «*la condizione di procedibilità della domanda giudiziale si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*». Se è vero che anche prima delle modifiche non si dubitava che il termine indicato all'art. 6 del d. lgs. n. 28/2010 (allora di quattro mesi oggi ridotto a tre mesi) non indicasse la durata minima del procedimento ma la sua durata massima e che, di conseguenza, il procedimento di mediazione ben poteva chiudersi prima, una precisazione legislativa in tal senso è da salutare con favore⁵³.

5. L'assistenza dell'avvocato.

L'art. 8, comma primo, terzo periodo, d. lgs. n. 28/2010 prevede, in seguito alle ultime modifiche che: «*Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato*». La Circolare interpretativa del 27 novembre 2013 cit. ha cura di specificare che la nuova regola riguarda la sola mediazione obbligatoria *ex lege* o *ex officio*, sulla quale ci soffermeremo a breve. La precisazione è opportuna poiché la norma poteva ben essere ritenuta applicabile a tutti i tipi di mediazione

⁵² Termine comunque non perentorio.

⁵³ Forse sono destinate a perdere di rilievo quelle regole dettate dagli Organismi di mediazione, e valutate «non corrette» dalla Circolare del Ministero della Giustizia del 4 aprile 2011, secondo le quali il responsabile dell'Organismo, nelle ipotesi di mancata adesione della parte chiamata (che si sostanzialmente nel mancato deposito di un atto di adesione), era tenuto a rilasciare un attestato che confermasse l'assolvimento della condizione di procedibilità di cui all'art. 5 d. lgs. n. 28/2010. In proposito, si vedano le considerazioni di CAPONI, *Adesione e partecipazione alla mediazione*, in www.judicium.it, 2011.

contemplati dal d. lgs. n. 28/2010 essendo contenuta nell'art. 8 d. lgs. appena cit. che regola il procedimento *tout court*⁵⁴.

La scelta, invero, presenta dei vantaggi e degli svantaggi. La presenza dell'avvocato aiuterà a "chiarire meglio" – ed in termini legali – la posizione della parte rispetto ad un rapporto giuridico "in crisi", ma forse tale compito poteva essere comunque assolto dal mediatore (che dovrebbe essere un professionista, a tal fine *formato*⁵⁵), il quale avrebbe potuto guidare le parti sedute al tavolo della mediazione. Si ha, inoltre, il timore che l'assistenza legale – smettendo di essere mera garanzia e diventando anche obbligo, seppur per la sola mediazione obbligatoria – possa contribuire a trasformare la domanda di mediazione in un atto solamente prodromico alla futura instaurazione del giudizio⁵⁶.

Ciò detto, la presenza dell'avvocato rivestirà probabilmente un ruolo determinante. Si potrebbe, difatti, sostenere che la violazione della regola appena vista comporti l'improcedibilità della domanda giudiziale, ritenendo che il procedimento possa essere regolarmente esperito solo in presenza dell'avvocato. Nello stesso senso, e a prescindere dall'efficacia di titolo esecutivo⁵⁷ che il legislatore assegna all'accordo di mediazione «*ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato*» (così art. 12 d. lgs. n. 28/2010), v'è da chiedersi⁵⁸ se l'assenza dell'avvocato impedisca l'omologazione dell'«*accordo allegato al verbale*»⁵⁹.

⁵⁴ Meno dubbi avrebbe generato l'inserimento della regola *de qua* nell'art. 5 d. lgs. cit. che, pure, il legislatore ha modificato, inculcando il "sospetto" di una scelta che, però, emerge chiaramente solo dalle maglie dell'art. 8 cit.

⁵⁵ Che, si noti incidentalmente, potrebbe essere un avvocato iscritto all'albo, seppur adeguatamente formato in materia di mediazione e costantemente "aggiornato", così l'attuale art. 16 d. lgs. n. 28/2010

⁵⁶ Sottolinea la necessità del cambio di mentalità degli operatori giuridici, LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in www.judicium.it, 9.

⁵⁷ «per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale», cfr. art. 12 d. lgs. n. 28/2010.

⁵⁸ Al pari di quanto detto per la violazione della regola sulla competenza territoriale dell'Organismo di mediazione, vedi *supra* § 3.2.

⁵⁹ Su entrambe le problematiche, si vedano le considerazioni di BOVE, *L'accordo cit.*, 11 ss.

6.1. Mediazione forzata: vita, morte e... (segue)

Senza timore di smentite, può dirsi che una delle più importanti modifiche al (*rectius*, a quel che restava del) d. lgs. n. 28/2010, attuate con il d.l. n. 69/2013 e l. di conversione, è la reintroduzione della mediazione c.d. obbligatoria per alcune materie, sulla quale ci si soffermerà prendendo le mosse dal quadro normativo che ne ha permesso l'introduzione e dalle successive vicende che l'hanno travolta.

La *mediation* all'italiana è stata prevista sia per rispondere a istanze di deflazione del contenzioso⁶⁰, sia per soddisfare quelle espresse dalla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento e del Consiglio europei, ed è stata preceduta dalla legge delega n. 69/2009⁶¹. Nessuno dei testi citati, come ormai noto, prevedeva come necessaria l'adozione di una forma di *compulsory mediation*.

La Direttiva Comunitaria, da un lato, aveva lasciato il legislatore nazionale libero di adottare la forma di mediazione che ritenesse più opportuna purché il diritto di accesso alla giustizia non risultasse costretto in schemi artificiosi⁶². La Direttiva, peraltro, aveva il precipuo scopo di regolare le controversie transfrontaliere e lasciava la facoltà al legislatore di adottare una disciplina uniforme che riguardasse anche quelle interne, scelta che sembra, in parte, esser stata seguita⁶³. La legge delegante il potere legislativo, all'art. 60, comma 3, lett. a), prevedeva espressamente che la mediazione finalizzata alla conciliazione dovesse essere ammissibile per i soli diritti disponibili e che, comunque, non dovesse «precludere l'accesso alla giustizia».

⁶⁰ Stando a quanto il legislatore stesso ha avuto modo di dire, dichiarando nella Relazione illustrativa che ha accompagnato il d.lgs. 28/2010, *sub* art. 5, che l'introduzione del filtro della mediazione avrebbe dovuto garantire una «una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie».

⁶¹ Si veda, per tutti, TISCINI, *La mediazione civile cit.*, 4 ss. ed *ivi* gli ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶² Tanto si deduce dal Considerando n. 14, ripreso, poi, quasi testualmente dall'art. 5, comma 2, della direttiva, il quale, con riferimento alla legislazione nazionale eventualmente già in vigore, prescrive: «la presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario».

⁶³ Così SANTAGADA, in AA. VV. *Mediazione e conciliazione cit.*

Nonostante l'assenza, appena ripercorsa, di indicazioni vincolanti in tal senso, l'art. 5 del d. lgs. n. 28/2010, rubricato «Condizione di procedibilità e rapporti con il processo», aveva introdotto nel nostro ordinamento la mediazione c.d. forzata, raccogliendo in parte l'eredità lasciata dal tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di procedibilità nel rito del lavoro⁶⁴ e come condizione di ammissibilità nelle controversie agricole⁶⁵.

Senza analizzare nel dettaglio il sistema e rinviando a quanto già abbondantemente scritto in proposito⁶⁶, si ricorda che il vecchio art. 5 prevedeva che, per svariate materie, il mancato

⁶⁴ Per tutti, v. TISCINI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*, in PERONE-SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova, 1999, 23 ss.; ID., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro ed il procedimento di ingiunzione*, in *Giust. civ.*, 1999, 1, 295 ss.; LUISO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 375 ss.; TRISORIO LUIZZI, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 948 ss.; NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007; PANZAROLA, *Conciliazione, Diritto processuale civile, Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007, VIII, 3 ss.; VERDE, *I processi a rito differenziato*, Bologna, 2010, 321 ss.

⁶⁵ In proposito, invece, v. CONSOLO, *Commento all'art. 46 della l. 3 maggio 1982, n. 203*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1982, 1506 ss.; GIUFFRIDA, *Il tentativo di conciliazione nella legge di riforma dei contratti agrari*, in *Riv. dir. agr.*, 1989, 58 ss.; VERDE, *La conciliazione come «filtro» nelle controversie agrarie*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 670 ss.

⁶⁶ Senza pretese di completezza, oltre al lavoro monografico di TISCINI già citato, si rinvia a BATTAGLIA, *La nuova mediazione «obbligatoria» ed il processo oggettivamente e soggettivamente complesso*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, 126 ss.; CANALE, *Il decreto in materia di mediazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 3, 623 ss.; CAPONI, *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida dir.*, 2010, 12, 48 ss.; CUOMO ULLOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *I contr.*, 2010, 2, 210; DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575; FABIANI, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Le Soc.*, 2010, 9, 1142; FABIANI-LEO, *Prime riflessioni sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. notariato*, 2010, 4, I, 899 ss.; FINOCCHIARO, *Dal 2011 si parte con il tentativo obbligatorio*, in *Guida dir.*, 2010, 12, 60 ss.; FULCERI, *Così la clausola «blocca» l'azione giudiziaria*, in *Guida dir.*, Dossier 4, 62 ss.; LOMBARDINI, *Il nuovo assetto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali alla luce del d. lgs. n. 28/2010 (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2010, 11, 1132 ss.; LOMBARDINI, *Il nuovo assetto cit. (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2010, 12, 1259 ss.; MONTELEONE, *La mediazione «forzata»*, in *Gius. proc. civ.*, 2010, 1, 24 ss.; SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, inserito in www.judicium.it, 2010; ZUMPANO, *Un rapporto ancora più stretto con il processo*, in *Guida dir.*, 2010, Dossier 4, 27 ss.; BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 333 ss.; se ci è permesso, FANELLI, *La mediazione come condizione di procedibilità a le altre forme di mediazione*, in TISCINI (a cura di), *Corso di mediazione civile e commerciale*, Milano, 2012, 47 ss.; SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, inserito in www.judicium.it, 2011; ZINGALES,

esperimento del tentativo pre-processuale di mediazione volto alla conciliazione dovesse comportare l'improcedibilità della domanda giudiziale, improcedibilità che doveva essere eccepita dal convenuto o rilevata dal giudice non oltre la prima udienza. Appurato l'omesso esperimento del tentativo di mediazione, il giudice adito doveva assegnare alle parti un termine di quindici giorni –interpretato quasi pacificamente come ordinatorio – per la presentazione della domanda di mediazione ed era tenuto a fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro (ora tre) mesi dal deposito della stessa. In un modo non dissimile doveva provvedere nell'ipotesi in cui il tentativo fosse stato avviato ma non fosse ancora concluso.

Queste, in estrema sintesi, le linee dell'istituto. Se, da una parte, l'introduzione era stata salutata con favore, d'altra parte l'articolato normativo era stato criticato per l'*eterogeneità* delle materie, per l'eccessiva lacunosità, per l'insufficienza rispetto allo scopo deflattivo prefissato, e, soprattutto, per la sospetta non conformità al dettato costituzionale⁶⁷.

E proprio relativamente a quest'ultimo aspetto, era giunto il turno della Corte Costituzionale⁶⁸ che, sollecitata da più di un'ordinanza di rimessione⁶⁹, aveva dichiarato l'incostituzionalità del

Mediazione obbligatoria e sistema di tutela giurisdizionale: riflessioni sulla costituzionalità del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, inserito in www.diritto.it, 2011.

⁶⁷ Rilevata da tanti autori. Si rinvia, per tutti, a CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, inserito in www.judicium.it, 2011. Vedi anche IMPAGNATIELLO, *op. cit.*, § 7; MONTELEONE, *op. cit.*, 25; SCARSELLI, *op. cit.*, 54. Sostenevano, invece, la compatibilità a Costituzione, LUIISO, *Diritto processuale cit.*, 60; TISCINI, *La mediazione cit.*, 147, in riferimento al profilo dell'eccesso di delega.

⁶⁸ Con la sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, in www.cortecostituzionale.it. Per un attento commento si veda LUIISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Società*, 2013, 76 ss.; PAGNI, *Gli spazi ed il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Corr. Giur.*, 2013, 2, 262 ss.; TISCINI, *L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: una scelta discutibile*, in *Riv. arb.*, 2013, 105 ss.

⁶⁹ La strada è stata battuta dall'ordinanza del 12 aprile 2011 del TAR Lazio, Sez. I (consultabile su <http://www.giustiziaamministrativa.it/DocumentiGA/Roma/Sezione%201/2010/201011235/Provvedimenti/20110320208.XL>). Per un puntuale commento al provvedimento si rinvia a PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del TAR Lazio n. 3202/2011*, in *Corr. Giur.*, 2011, 7, 1001 ss.

Il TAR Lazio ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata, assieme ad altre, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, del d.lgs. 28/2010, in relazione agli artt. 24 e 77 Cost. Nello specifico, il giudice, in seguito ad un attento ed approfondito esame del quadro normativo di riferimento, ha rinvenuto che nulla imponeva al legislatore di configurare la mediazione come «fase pre-processuale obbligatoria», essendo il criterio direttivo previsto dalla lett. a) dell'art. 60 della l. 69/2009 deputato ad assolvere il primario compito di «richiamare l'attenzione sulla necessità di rispettare un principio assoluto e primario

comma 1 dell'art. 5 del d. lgs. n. 28/2010 per eccesso di delega, espellendo dal nostro ordinamento - in forza dell'art. 27 della L. n. 87/1953 – anche tutta una serie di disposizioni a questa collegate⁷⁰.

La Consulta ha, però, dichiarato assorbiti gli profili d'illegittimità costituzionale sollevati⁷¹, quindi se, da un lato, il legislatore ha potuto sanare il vizio dell'eccesso di delega, dall'altro, non può escludersi che una nuova ondata di questioni di illegittimità travolga il Giudice delle Leggi.

Contemporaneamente, però, giacché la normativa in tema di mediazione, come visto, é nata in seno all'Unione Europea, ci si era rivolti anche alla Corte di Giustizia, perché si pronunciasse⁷² sulla compatibilità della disciplina nazionale con il diritto dell'Unione⁷³. E, poiché le richieste

dell'ordinamento nazionale (art. 24 della Costituzione) e comunitario». Ma vi è di più. Secondo l'ordinanza di rimessione, sia il criterio di cui alla lett. c) dell'art. citato (che prevede che la mediazione sia disciplinata sul modello previsto dal d.lgs. 5/2003) che quello di cui alla lett. n) (che impone all'avvocato di informare sulla possibilità di procedere a mediazione) deporrebbero a favore dell'illegittimità delle soluzioni previste dall'art. 5 del decreto. Di talché l'art. 5, assieme all'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010, sarebbero in contrasto con l'art. 24 Cost. perché determinerebbero «una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'alienabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statale», ed in contrasto anche con l'art. 77 Cost. «tenuto conto della specificità di alcuni principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega, art. 60 della l. 69/09, che risultano stridenti con le disposizioni stesse».

Successivamente, ma si citano solo le più significative rinviando alla sentenza della Corte Costituzionale cit. per l'esame delle otto ordinanze di rimessione, è stato il Giudice di Pace di Parma (con l'ordinanza dell'1 agosto 2011) a sollevare questione di legittimità dell'art. 5, primo comma, primo periodo (assieme ad altre disposizioni che, però, in questa sede non interessano) sempre in riferimento agli artt. 24 e 77 Cost., seguito dal Giudice di Pace di Catanzaro (ordinanza dell'1 settembre 2011), che ha ritenuto parimenti rilevante e non manifestamente infondata la questione circa il presunto contrasto tra l'art. 5 cit. e gli artt. 24 e 77 Cost. Nello stesso senso, ancora, il Tribunale di Palermo con l'ordinanza del 30 dicembre 2011, leggibile su *Guida dir.*, 2011, 1, 39 ss. con nota di CASTELLANETA.

⁷⁰ Per l'elenco si rinvia alla sentenza della Consulta cit., § 13. Per qualche dubbio espresso dalla dottrina sulle “incostituzionalità consequenziali” si rinvia a LUISO, *L'eccesso cit.*, 78 ss. e PAGNI, *Gli spazi cit.*, 264-269.

⁷¹ Si condivide quanto scritto da SASSANI, *Strenne di Natale cit.*: «Ricorda qualcuno che, investita di una raffica di denunce di incostituzionalità, la mediazione obbligatoria era stata prudentemente messa da parte da una bocciatura della Consulta che solo per cautela non aveva escluso i tanti profili di illegittimità, cavandosela “politicamente” con l'eccesso di delega? Ricominceremo da domani a vedere e commentare le denunce di incostituzionalità».

Secondo autorevole dottrina (LUISO, *L'eccesso di delega cit.*) commentare la scelta della Consulta é superfluo: «La corte ha dichiarato l'eccesso di delega e tanto basta».

⁷² Come prescritto dall'art. 267 del TFUE, il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

⁷³ In principio fu il Tribunale di Palermo (Sezione distaccata di Bagheria) con ordinanza del 16 agosto 2011, Causa C-464/11, seguito dal Giudice di Pace di Mercato San Severino del 21 settembre 2011, Causa C-492/11.

arrivavano nello stesso momento dinanzi alle due Corti, la Corte di Lussemburgo, con sentenza del 27 giugno 2013⁷⁴, aveva ritenuto di non pronunciarsi perché, in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale italiana, le questioni pregiudiziali sollevate erano diventate... «*puramente teoriche*».

Il resto della storia, e cioè la reintroduzione della mediazione forzata, è a tutti noto.

Prima di esaminare il “nuovo” dato positivo, si vuole ribadire che la reintroduzione è stata possibile perché la Consulta non ha pronunciato nel merito degli altri dubbi di costituzionalità sollevati ma ha dichiarato l’istituto incostituzionale per eccesso di delega, ritenendo tale motivo pregiudiziale – in virtù dell’ordine logico d’esame delle questioni⁷⁵ - e dichiarando assorbito qualsiasi altro profilo⁷⁶.

6.2. (segue) ...miracoli della mediazione forzata.

⁷⁴ Emessa nei confronti della richiesta sollevata dal Giudice di Pace di Mercato San Severino cit. in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138860&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4416452>. Per dovere di completezza, si aggiunge che la richiesta di rinvio pregiudiziale ad opera del Tribunale di Palermo (Sez. distaccata di Bagheria) è stata dallo stesso ritirata e con ordinanza dell’8 febbraio 2013 la Corte di Giustizia ha ordinato la cancellazione della causa dal ruolo.

⁷⁵ Così il § 12 della sentenza in commento.

⁷⁶ L’interesse per il tema non può esimere chi scrive (se si vuole, FANELLI, *Sull’ordine di esame delle questioni nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 889 ss.) da brevissime considerazioni in proposito. Scrive LUISO, *L’eccesso cit.*, 76, «In effetti, una pregiudizialità, seppur non stringente, può ipotizzarsi fra (in)esistenza del potere a causa della mancanza di delega, e cattivo uso dello stesso a causa della violazione di precetti costituzionali. In realtà, probabilmente la Corte ha utilizzato il criterio della ragione più liquida, iniziando l’esame dalla questione che le è apparsa di più semplice soluzione.».

Invero, l’assorbimento nel giudizio di legittimità costituzionale è pratica frequentissima soprattutto nelle sentenze di accoglimento (Cfr., *ex plurimis*, Corte Cost. 26 febbraio 1998, n. 26, in *Gius. Cost.*, 1998; Corte Cost. 26 giugno 1997, n. 203, in *Giust. Cost.*, 1997; Corte Cost., 9 luglio 1996, n. 59, in *Giust. Cost.*, 1996). Nella casistica giurisprudenziale costituzionale sull’assorbimento proprio, l’ordine in cui i giudici della Consulta esaminano le censure prospettate dal giudice *a quo* è determinato dall’interdipendenza logica, perciò non si pongono molti problemi. Diverso è il discorso rispetto all’assorbimento improprio stante la difficoltà di trovare dei criteri che lo governino. Nella ricerca di questi criteri, si potrebbe tentare di applicare al processo costituzionale l’art. 276, 2° co., c.p.c. ma, a parte la strutturale reticenza dei *superiores non reconoscentes* a concepire uno schema rigido per le proprie decisioni, può aggiungersi che non esiste alcuna disposizione – né tantomeno un orientamento giurisprudenziale consolidato – che imponga al giudice delle leggi di seguire un determinato ordine nell’esame delle questioni. Il rischio *specifico* che però si corre nel giudizio di costituzionalità è che dietro l’omessa cognizione di una censura perché assorbita si possa celare una sostanziale *elusione* della stessa. Elusione che, naturalmente, è sottratta a qualsiasi sindacato.

Passando all'analisi della disciplina positiva, il comma 1 *bis* dell'art. 5 riporta, con qualche variazione non di poco conto, quanto previsto dal crocefisso comma 1⁷⁷. I profili dinamici dell'improcedibilità restano i medesimi e si applicano, come si avrà modo di dire, anche alla mediazione *ex officio*. Secondo parte della dottrina⁷⁸ l'esistenza della condizione di procedibilità andrebbe valutata rispetto alla prima udienza, non alla proposizione della domanda: del resto, la più moderna teoria dei presupposti processuali prevede che il presupposto possa sopravvenire in corso di causa. La tecnica di sanatoria del vizio prevede che il giudice rinvii l'udienza (non sospendendo il giudizio), tenendo conto del termine di durata legale del procedimento (ma diremmo anche del termine di fissazione del primo incontro col mediatore che deve tenersi entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza). Ove la mediazione non sia iniziata, assegna contestualmente 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Cosa succede se la parte non presenta la domanda o la presenta tardivamente? Iniziamo dal secondo caso: nessuna conseguenza sembrerebbe esservi in caso di tardiva presentazione, posto che il termine dovrebbe essere ordinatorio. Nel caso di mancata presentazione, invece, ci sembra ragionevole pensare che il processo dovrà essere chiuso con un provvedimento in rito (che non ci sembra possa essere dichiarativo dell'estinzione per mancata attività, ma solo dell'improcedibilità della domanda).

⁷⁷ Se ne riporta il testo: «1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-*bis* del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni».

⁷⁸ TISCINI, *La mediazione cit.*, 136.

Il legislatore stabilisce che la disposizione che contempla la mediazione vincolate «ha efficacia per i quattro anni successivi alla sua data di entrata in vigore» e che al «termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore é attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione»⁷⁹.

6.3. Novità in tema di materie.

Accanto alla “promessa” di attento monitoraggio, cambia un po’ l’elenco delle materie.

Anzitutto, si elimina il contenzioso derivante dai danni provocati dalla circolazione dei veicoli e natanti. In materia va rilevato che vibranti erano state le proteste dell’OUA (Organismo unitario dell’Avvocatura Italiana) che aveva sin dall’inizio criticato l’assoggettamento a tentativo obbligatorio di questa porzione di contenzioso. In generale, v’è da dire che può rivelarsi poco fruttuoso il tentativo di assoggettare a mediazione forzata materie caratterizzate da un’elevata conflittualità come quelle della responsabilità civile per danni. Inoltre, proprio per i danni derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti, l’art 145, comma 1 e 2 del d.lgs. n. 209/205 (il c.d. Codice delle Assicurazioni) già prevede un filtro all’accesso della tutela giurisdizionale, disponendo che l’azione di risarcimento possa essere proposta solo «dopo che siano decorsi sessanta giorni, ovvero novanta in caso di danno alla persona, decorrenti da quello in cui il danneggiato abbia chiesto all’impresa di assicurazione il risarcimento del danno, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento».

Detto obbligo preventivo ha posto con urgenza il problema di coordinamento tra la mediazione forzata e la condizione di proponibilità prescritta dalla normativa speciale, poiché non era chiaro in quale ordine dovessero essere compiute dette attività pre-processuali da colui che intendesse chiedere il risarcimento del danno. Secondo un’interpretazione più aderente alla

⁷⁹ Si scommette così di nuovo sull’istituto ma per un tempo determinato e “sotto sorveglianza”.

natura di condizione di proponibilità, l'attività prescritta dal Codice delle Assicurazioni doveva necessariamente precedere quella conciliativa⁸⁰. Tuttavia, si era anche ritenuto, proprio al fine di impedire un allungamento sensibile dei tempi per chi voglia accedere alla tutela giurisdizionale, che la parte poteva inviare la raccomandata *ex art. 145 cit.* e contestualmente presentare la domanda di mediazione.

Forse non è casuale, come peraltro attentamente rilevato⁸¹, che proprio in materia di risarcimento dei danni per la circolazione di veicoli e natanti, sia emersa una tendenza giurisprudenziale all'“elusione” della disciplina della mediazione obbligatoria il cui successivo giudizio sia da instaurarsi dinanzi al Giudice di Pace. In merito, una parte della giurisprudenza⁸², ha affermato che il procedimento dinanzi al Giudice di Pace già prevede una tipologia di conciliazione in sede non contenziosa (ai sensi dell'art. 322 c.p.c.) Per cui, non avendo il d. lgs. n. 28/2010 previsto alcuna abrogazione della disposizione del codice di rito, nel processo dinanzi al giudice di pace, non si applicherebbe la mediazione disciplinata dal d. lgs. cit. L'impostazione non ci sembra condivisibile: come rilevato⁸³, il legislatore ha disposto l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per talune controversie a prescindere dal rito previsto per le stesse dal codice di procedura civile.

Si aggiunge, invece, la materia della responsabilità «sanitaria» accanto a quella «medica», di talché, in tutte le ipotesi di responsabilità di un professionista in campo sanitario, dovrà esperirsi il tentativo di mediazione pre-processuale. La modifica è opportuna visti i problemi che la scissione nella gestione delle liti per responsabilità sanitaria e medica *tout court* poteva generare⁸⁴. Invero, se l'aggettivazione «sanitaria» può essere usata come responsabilità

⁸⁰ Bove, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, 179-180.

⁸¹ RAELI V., *Sinistri stradali: GdP di Napoli “aggira” la mediazione obbligatoria*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=18089>.

⁸² GdP di Napoli cit.

⁸³ LUPOI, *op. cit.*, 11.

⁸⁴ Come già altrove rilevato TISCINI, *La mediazione civile cit.*, 123-124. L'A. aveva già notato la svista normativa ed aveva optato per un'interpretazione adeguatrice in forza della quale sia la responsabilità medica che

dell'«esercente una professione sanitaria» e, quindi, anche come responsabilità del medico⁸⁵, lo stesso non poteva dirsi per responsabilità «medica», che sicuramente non poteva includere quella della struttura sanitaria. Bene ha fatto, allora, il legislatore a prendere atto ormai dell'evoluzione giurisprudenziale in materia e della sostanziale equiparazione, sotto il profilo della responsabilità nei confronti del paziente, fra la prestazione del medico e quella della struttura sanitaria, sul presupposto che il rapporto che si instaura tra il paziente e la struttura sanitaria (pubblica o privata) deve qualificarsi alla stregua di un contratto d'opera professionale. In questo modo, oltre alla classica responsabilità del medico quale prestatore d'opera intellettuale nei confronti del paziente vengono ricondotte nell'ambito della mediazione obbligatoria quelle fattispecie che attengono a prestazioni proprie delle strutture sanitarie inquadrare dalla giurisprudenza di legittimità nel c.d. rapporto da contatto sociale e nei contratti di ospitalità.

La responsabilità «sanitaria» apre, inoltre, un suggestivo varco e fornisce un addentellato a favore dell'orientamento volto a ritenere che anche la Pubblica Amministrazione possa partecipare al procedimento di mediazione. La giurisprudenza ha già stabilito che sarà possibile anche per la struttura sanitaria⁸⁶, laddove lo dovesse ritenere utile per pervenire l'accordo conciliativo, gestire, nella persona del funzionario delegato, la procedura e, nell'ambito dei poteri attribuitigli, concludere un accordo⁸⁷.

Vengono anche precisati i confini delle controversie in materia condominiale. La condivisibile *ratio* dell'assoggettamento a tentativo obbligatorio di dette controversie (al pari delle altre che comportano un rapporto di durata o anche di quelle che coinvolgono soggetti appartenenti allo stesso gruppo sociale o alla stessa area territoriale), sta proprio, come il

quella sanitaria dovessero essere messe sul tavolo della mediazione obbligatoria. Se si vuole anche FANELLI, *La mediazione cit.*, 73.

⁸⁵ Secondo le rilevanti novità introdotte con il d.l. n. 89/2013 e la legge di conversione c.d. Balduzzi.

⁸⁶ In questo senso si è espresso recentemente il Trib. Roma, nell'ordinanza 24 ottobre 2013, sezione XIII, in www.iusexplorer.it.

⁸⁷ Seguendo le linee guida fornite dalla Circolare DFP del 10 agosto 2012 n. 9 per le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

legislatore ha chiarito nella Relazione ill. cit., nel cercare di non acuire la conflittualità nel caso di rapporti giuridici che sono destinati a durare nel tempo.

Il legislatore non è intervenuto direttamente sull'art. 5 del d. lgs. n. 28/2010 ma ha introdotto⁸⁸ un nuovo art. 71 *quater* nelle disposizioni di attuazione al c.p.c., individuando le controversie soggette a mediazione obbligatoria in «quelle derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione delle disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, del codice e degli articoli da 61 a 72 delle presenti disposizioni per l'attuazione del codice».

La disposizione prevede delle regole speciali per lo svolgimento della mediazione. Al secondo comma è previsto che *«La domanda di mediazione deve essere presentata, a pena di inammissibilità, presso un organismo di mediazione ubicato nella circoscrizione del tribunale nella quale il condominio è situato»*. La prescrizione potrebbe ora assumere una certa rilevanza sistematica, come già accennato quando abbiamo riflettuto sulle conseguenze del “difetto” di competenza territoriale⁸⁹. Anzitutto non è sempre vero che il criterio territoriale fornito (che sembra riprendere l'art. 23, comma 1, c.p.c. che parla del «luogo dove si trovano i beni comuni o la maggior parte di essi») sia coincidente con quello previsto dall'art. 4 d. lgs. cit. poiché, soprattutto nelle azioni di responsabilità contro l'amministratore, possono porsi dei criteri territoriali alternativi. Ciononostante sembrerebbe potersi sostenere che, essendo la norma speciale rispetto a quella dell'art. 4 d. lgs. n. 28/2010, la competenza del mediatore in materia di condominio dovrebbe sempre appartenere all'organismo che ha sede principale (o secondaria, secondo quanto già detto) nella circoscrizione del Tribunale del luogo in cui sorge l'immobile. Quanto alla sanzione di inammissibilità, nulla impedisce di sostenere che, poiché la soluzione è stata prevista espressamente solo per la mediazione nelle liti condominiali, essa non è estensibile alle altre materie di cui all'art. 5, comma 1 *bis*, con la conseguenza che il legislatore avrebbe

⁸⁸ Con L. 11 dicembre 2012, n. 220.

⁸⁹ Vedi, *supra*, § 3.2.

creato un “doppio binario” nel trattamento dell’incompetenza tra controversie condominiali e tutte le altre controversie sottoposte a mediazione obbligatoria.

Il terzo e quarto comma dell’art. 71 *quater* c.c. si occupano di permettere, e in qualche modo di agevolare, la partecipazione dell’amministratore, prevedendo che egli sia legittimato a procedere con il tentativo di conciliazione «*previa delibera assembleare da assumere con la maggioranza di cui all’articolo 1136, secondo comma, del codice*» e che se il primo incontro venga fissato in modo da non consentire l’assunzione di detta delibera, il mediatore debba disporre «*su istanza del condominio, idonea proroga della prima comparizione*». A prescindere dal fatto che sarebbe stato più corretto, nell’ottica di un minor rigore formale, utilizzare il termine «primo incontro» in luogo di «*prima comparizione*», la soluzione ci sembra ragionevole.

Last but not least, il legislatore ha sottratto totalmente all’esperimento del tentativo di mediazione «*i procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all’art. 696-bis del codice di procedura civile*» (così la nuova lett. c) dell’art. 5, comma 4 d. lgs. cit.).

La consulenza tecnica preventiva, introdotta nel 2006, permette di evitare l’instaurazione del giudizio (che sarebbe mero “involucro” per l’espletamento di detta consulenza) quando il punto vero di contrasto tra le parti è costituito dall’eventuale risultanza della ctu. In questi casi, la ctu può essere espletata *ante causam* e, all’esito della stessa, il consulente, prima del deposito della relazione, deve tentare la conciliazione. Ove questa fallisca, le parti potranno avviare il giudizio. L’esclusione del necessario tentativo obbligatorio di mediazione per le controversie che si aprono a seguito della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi è sensata perché non costringe le parti ad una sorta di “doppia conciliazione” seppure di diversa natura. E, del resto, a tale esclusione si era arrivati anche in via giurisprudenziale⁹⁰, sostenendo la natura quantomeno

⁹⁰ Secondo Trib. Varese del 24 luglio 2012, in www.iusexplorer.it :

1) l’istituto, secondo l’indirizzo delle Sezioni Unite, conserva natura “cautelare formale” (Cass. civ., Sez. Un., 20 giugno 2007 n. 14301 in *Giur. It.*, 2007, 11, 2525) e potrebbe quindi applicazione l’esclusione *ex lege* prevista dall’art. 5, comma 3, decreto cit. ;

“formalmente cautelare” ovvero l’“urgenza” del procedimento, in modo da forzatamente ricondurre l’esclusione ai casi previsti dall’art. 5, comma 3, d. lgs. cit.

6.4. Mediazione *ex officio*: una mediazione forzata di seconda generazione?

Il comma 2 dell’art. 5 del D. lgs. n. 28/2010 prevede che il giudice, anche d’appello, valutando «*la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti*» - formula rimasta invariata - possa disporre l’esperimento del procedimento di mediazione nel termine ivi previsto - rimasto anche questo invariato - con la fondamentale precisazione che, in tal caso, il procedimento assurge a «*condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello*». La previgente disposizione é quindi innovata (non quanto a presupposti ma) nel senso che anche la mediazione demandata diventa obbligatoria⁹¹, tanto da sembrare ora difficilmente accostabile al suo modello ispiratore, l’anglosassone *Court-annexed mediation*⁹².

2) pur non avendo “sostanziale” carattere cautelare, il procedimento conserva una relazione di accessorietà rispetto all’eventuale futuro giudizio di merito, posto che se la conciliazione non riesce, “ciascuna delle parti può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito”. Incidendo, pertanto, sui tempi di definizione dell’eventuale futuro giudizio di merito, se ne deve quantomeno riconoscere il carattere “urgente”, in adesione alla collocazione formale dell’istituto nell’ambito dei procedimenti di istruzione preventiva. Ne discende l’esclusione dell’art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 in ragione della deroga di cui al successivo terzo comma della medesima disposizione;

3) sul piano squisitamente logico-giuridico, non potrebbe comunque non segnalarsi l’aporia del “mediare per chiedere di mediare” posto che con il ricorso ex art. 696-bis c.p.c. la parte non chiede la distribuzione di torti e ragioni ma di sperimentare un tentativo di risoluzione della lite con modalità alternative.

⁹¹ Così da rendere già vecchie le descrizioni dei commentatori. Si veda in proposito LUISO, *Diritto processuale*, cit., 55, secondo il quale la mediazione delegata non era una mediazione obbligatoria *ope iudicis* e, se si vuole, FANELLI, *La mediazione* cit., 83-85.

⁹² Intendiamo riferirci a quella forma di *Court-Annexed Mediation* che si svolge fuori dal processo (*Out-of-Courts*) ma su invito del giudice. In Inghilterra, nonostante la mediazione non sia generalmente obbligatoria, la legge (la *Civil Procedure Rule, Rule 3.1*) richiede al giudice di gestire attivamente la controversia, anche incoraggiando le parti all’uso delle ADR (*Rule 3.1, 4*). Inoltre, in base ad uno dei più importanti codici di prassi processuali inglesi, la *Practice Direction – Pre-Action Protocol, Section III, § 8*, l’attivazione di un procedimento giurisdizionale deve essere l’ultima risorsa per la parte che dovrebbe prima, ma anche in ogni stato e grado della processo, considerare la strada delle ADR, *mediation* compresa. Sempre in questo contesto si precisa che la Corte può chiedere alla parte di provare di aver realmente considerato l’idea della risoluzione non giudiziale della

In altri termini, viene conferito al giudice, in prime cure o in appello, il potere di "bloccare" il processo sulla base di valutazioni discrezionali ancorate a formule elastiche ed indeterminate.

La giurisprudenza⁹³ ha già avuto modo di pronunciarsi sulla mediazione vincolante (di seconda generazione), chiarendo alcuni rilevanti profili. È stato affermato che la novità normativa si inscriverebbe in seno ai poteri discrezionali del giudice e che, costituendo una facoltà squisitamente processuale, sarebbe applicabile ai procedimenti pendenti. La previsione sarebbe, inoltre, attivabile a prescindere dalla natura della controversia e, quindi, riguardare sia una controversia diversa da quelle elencate all'art. 5, comma 1 *bis* c.p.c., sia una controversia per la quale il tentativo risulti già esperito (in quanto obbligatorio *ex lege*).

È pertanto legittimo chiedersi: può il giudice ordinare che sia promossa il tentativo *ex officio* dopo che sia stata già esperita una volta la procedura di mediazione? Nel vigore del testo previgente al quesito veniva data risposta affermativa ma, si ricorda, non era dal giudice comminata alcuna sanzione per la disobbedienza all'invito formulato.

Ancora, dovranno le parti⁹⁴ sostenere il costo di due procedimenti di mediazione, seppur con indennità decurtate, al fine di non rischiare la dichiarazione di improcedibilità della domanda giudiziale? In proposito, se non può essere taciuto il fatto che la mediazione *ex officio* potrebbe, in maniera più incisiva rispetto alla mediazione obbligatoria *tout court*, aprire la via alla conciliazione⁹⁵, deve comunque aggiungersi che, per le parti che non intendano conciliarsi, la

controversia (anche avendola in seguito accantonata). In altri termini, le parti sono chiamate a dare una "strana" dell'effettiva riflessione sulle *ADR* e, se non riescono a fornirla, possono incorrere in sanzioni e possono essere finanche obbligate a pagare le spese processuali.

In proposito, diffusamente, CRAWFORD – CARRUTHERS, sub *United Kingdom*, in ESPLUGUES – IGLESIAS – PALAO, *Civil and commercial mediation in Europe. National Rules and Procedures*, Cambridge, 2013, 515 ss., spec. 533 ss., ed in senso critico, ANDREWS, *The three paths of justice: court proceedings, arbitration and mediation in England*, Dordrecht, Springer, 2013.

⁹³ Trib. Milano, sez. IX, ord. 29 ottobre 2013, in www.iusexplorer.it.

⁹⁴ *Recte*, la parte interessata a ricevere tutela.

⁹⁵ In quanto, essendo sorta in seno alla vicenda processuale, sarebbe idonea a coprire una "porzione" del rapporto giuridico più ampio di quello fissato con la domanda introduttiva (che deve tendenzialmente esse mantenuto fermo in appello stante l'art. 345 c.p.c.) e potrebbe essere l'alternativa per la parte ad un esito processuale sfavorevole che inizia a delinearsi.

soluzione potrebbe essere gravosa. Si spera, pertanto, che il giudice valorizzi, nella decisione sul se ordinare la mediazione *ex officio*, proprio il presupposto costituito dal «*comportamento delle parti*». Anzi, si auspica che detta tipologia di mediazione possa essere utilizzata soprattutto quando le parti, assistite già da una reale volontà conciliativa, ne facciano congiunta richiesta al giudice, in modo da sopportare dei costi inferiori⁹⁶.

7. Il comportamento della parte.

Dalle regole (re)introdotte nel testo dell'art. 8 d. lgs. n. 28/2010⁹⁷ si evince che il comportamento della parte nel corso del – *recte*, rispetto al – procedimento di mediazione è elemento centrale.

Come già visto, la nuova disciplina della condizione di procedibilità è completata dall'art. 5, comma 2 *bis*, il quale chiarisce che «*la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*».

Pertanto, per ritenersi il tentativo espletato sarà sufficiente anche un primo ed unico incontro dal quale emerga chiaramente l'assenza di volontà conciliativa⁹⁸. Bisognerà comunque capire se un primo incontro dovrà sempre tenersi ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità ovvero se quest'ultima possa dirsi soddisfatta, a prescindere dallo svolgimento del primo incontro, nelle ipotesi di mancata adesione della parte chiamata⁹⁹. Evidentemente la risposta a

⁹⁶ Poiché per la mediazione *ex officio*, al pari di quella obbligatoria *ex lege*, il legislatore ha previsto la riduzione delle indennità del procedimento.

⁹⁷ Ma anche dalle previsioni del D.M. n. 180/2010.

⁹⁸ Altrimenti detto, le parti possono così costituirsi una prova che dimostri che la buona volontà, almeno quella, c'è stata.

⁹⁹ Si è già ricordato che il Ministero della Giustizia con Circolare del 4 aprile 2011, era intervenuto, con intento dichiaratamente correttivo rispetto alle previsioni dei regolamenti di procedura sino a quel momento adottati dai vari Organismi, i quali ritenevano la condizione di procedibilità assoluta in caso di mancato deposito di un atto di adesione della parte chiamata. Si rinvia, anche per la distinzione tra mancata adesione e mancata partecipazione, alle

tale quesito dipende anche dalla soluzione che si ritenga di adottare circa la sussistenza o meno di un obbligo per il mediatore di valutare se la comunicazione della domanda di mediazione sia regolare o affetta da vizi (soprattutto quando sia stata compiuta dalla parte istante e non dalla segreteria dell'Organismo).

Tutti questi interrogativi saranno inevitabilmente sciolti con l'affermarsi di determinate prassi applicative e troveranno una disciplina, come già accaduto, nei vari regolamenti di procedura adottati dagli Organismi di mediazione. Dal canto nostro, non riteniamo che il mediatore sia obbligato ad interrogarsi su una possibile causa di mancata partecipazione della parte, né a controllare d'ufficio la regolarità della comunicazione della domanda di mediazione.

Del resto, ci sembra che le conseguenze negative dell'assenza della parte chiamata in mediazione siano state dal legislatore riversate nel successivo (eventuale) giudizio, mediante le disposizioni dell'art. 8 d. lgs. cit., che disegnano una delle più pregnanti forme di "interferenza" tra mediazione e successivo processo. L'art. 8, comma 4 *bis*, dispone che «*dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2 del codice di procedura civile*». Ma non solo, poiché per la parte che non partecipa, in assenza di giustificato motivo, v'è un ulteriore deterrente-sanzione¹⁰⁰: se costituita nel giudizio, verrà condannata¹⁰¹ al versamento «*di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio*»¹⁰².

considerazioni svolte da CAPONI, *Adesione cit.*, §§ 1 e 2. Concepisce i termini come sinonimi, invece, TISCINI, *La mediazione cit.*, 296.

¹⁰⁰ Come efficacemente rilevato, TISCINI, *La mediazione cit.*, 300, la sanzione non riguarda la parte che sia contumace nel successivo giudizio, sicché può dirsi che «la coerenza comportamentale nelle due fasi impedisce di trattare sfavorevolmente la parte che volutamente non ha assunto ruolo attivo nella lite (sia giudiziale che stragiudiziale)».

¹⁰¹ E non sembra che il giudice abbia discrezionalità in proposito. Così, *ex multis*, BOVE, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in www.judicium.it, 2013, 2.

¹⁰² Condivisibile ancora il rilievo di TISCINI, *La mediazione cit.*, 295, per la quale entrambe le conseguenze sfavorevoli poste dall'art. 8 in capo alla parte in caso di disinteresse alla procedura, tendono ad incentivare la partecipazione a prescindere dal risultato cui il procedimento di mediazione pervenga.

In altri termini, come è stato rilevato¹⁰³, la previsione generale secondo la quale il giudice può desumere argomenti di prova dal contegno processuale delle parti si applica ad un comportamento tenuto fuori dal processo (e prima di esso) che comunque la legge assume come rilevante.

Qual è il comportamento che integra la mancata partecipazione¹⁰⁴? Posto che sicuramente non partecipa la parte che non aderisce – *rectius*, che resta totalmente inerte – integra la mancata partecipazione anche il comportamento della parte che abbia aderito ma non si sia poi effettivamente presentata al primo incontro? Ovvero, ove fissati ulteriori incontri, la parte, per evitare le conseguenze sfavorevoli viste, sarà tenuta a presentarsi a tutti? E, infine, la partecipazione rimanda alla necessaria presenza della parte in senso sostanziale¹⁰⁵ o è sufficiente la presenza del legale (soprattutto, anche se non esclusivamente, nelle ipotesi di mediazione forzata)?

Un'interpretazione “garantista”, che tenga conto delle possibili ricadute nel corso del giudizio della previsione di cui al comma 5, dovrebbe portare a ritenere che l'atto di adesione iniziale della parte sia sufficiente – specificamente nel caso in cui il regolamento di procedura adottato dall'Organismo contempra la necessità di aderire al procedimento entro un certo termine¹⁰⁶ – a far sì che la successiva assenza della parte agli incontri non integri il comportamento di non partecipazione. In realtà, a noi pare che la partecipazione, quantomeno nell'idea del legislatore, porti con sé un dovere di collaborazione che è possibile soddisfare solo essendo presenti agli incontri fissati dal mediatore o, quantomeno, al primo incontro che, come visto¹⁰⁷, assume un significato cruciale¹⁰⁸. Inoltre, nonostante l'incontro tra i “litiganti” abbia indiscussi vantaggi, quantomeno nei casi di mediazione forzata, in presenza del solo difensore, ove il mediatore lo

¹⁰³ BOVE, *La mancata comparizione cit.*, 760.

¹⁰⁴ Sul punto, si veda TISCINI, *La mediazione civile cit.*, 296-297.

¹⁰⁵ O un suo procuratore.

¹⁰⁶ Così TISCINI, *ult. op. loc. cit.*

¹⁰⁷ Vedi *supra*, § 4.

¹⁰⁸ È, però, pur vero che il dato legislativo non è così stringente e, pertanto, anche le previsioni dei regolamenti di procedura giocheranno un ruolo importante in materia.

ritenga opportuno, potrà convocare personalmente le parti, come dispone l'art. 7, comma 2, lett. a), D.M. n. 180/2010.

Quanto alla sanzione economica¹⁰⁹, la giurisprudenza ha affermato che la stessa non sarebbe in alcun modo legata al regime delle spese processuali, di talché la sanzione non andrebbe necessariamente irrogata con la sentenza che chiude il processo¹¹⁰, condivisibilmente, a noi pare, poiché la mancata partecipazione della parte è circostanza che viene in rilievo nelle prime fasi del giudizio¹¹¹.

Come l'assistenza necessaria del legale, prevista dall'art. 8, comma 1, del d. lgs. cit., è da intendersi riferita, nonostante il silenzio sul punto, al solo procedimento di mediazione forzata, anche la sanzione prevista dall'art. 8, comma 5 *bis*, dovrebbe avere il medesimo ambito applicativo, come chiarito nelle Circolari del Ministero in più di un'occasione¹¹².

Pur così circoscritta l'applicazione della sanzione pecuniaria, non nascondiamo che tale scelta normativa suscita delle perplessità, acuite dalla considerazione che per il giudice che voglia evitare di irrogare sanzioni inique, sarà difficile valorizzare il concetto di giustificato motivo, sia in senso oggettivo che in senso soggettivo. Tale giustificato motivo, già presente nella versione dell'art. 8 antecedente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, riporta seco i problemi della sua esatta individuazione. In proposito, si è sostenuto, come visto, che possa essere giustificata la mancata partecipazione quando la procedura di mediazione sia radicata dinanzi ad un Organismo geograficamente lontano dal posto in cui è "sorta" la controversia da mediare. O ancora, che sia giustificata la mancata partecipazione nel caso in cui la fase introduttiva della mediazione sia viziata e non risulti pervenuta alla controparte la domanda di mediazione. Ci si è

¹⁰⁹ Che si tratti di sanzione sembra evidente poiché la somma dovuta è versata nelle casse dello Stato.

¹¹⁰ Tribunale di Palermo, sez. dis. Bagheria, 20 luglio 2012, in www.iusexplorer.it. *Contra*, LUPOI, *op. cit.*, 6.

¹¹¹ Si pensi alle ipotesi di mediazione obbligatoria, nelle quali, la parte convenuta, alla costituzione o comunque non oltre la prima udienza, potrebbe eccepire l'improcedibilità della domanda per irregolare esperimento di mediazione adducendo un valido motivo a giustificazione della sua mancata partecipazione. Non sembra superfluo ricordare che il d.l. n. 212/2011 contemplava una disposizione, soppressa in sede di conversione del decreto, secondo la quale la sanzione pecuniaria doveva essere irrogata nel corso della prima udienza con ordinanza non impugnabile.

¹¹² In proposito vedi ancora BOVE, *ult. op. cit. loc. cit.*

ancora chiesti se il giustificato motivo possa essere speso dalla parte assente direttamente nel giudizio in corso o se la parte sia comunque onerata della comunicazione del motivo ostativo alla sua partecipazione già in fase di mediazione¹¹³. Propendiamo per questa seconda soluzione, in linea con quanto sostenuto con l'atteggiamento che la parte dovrebbe tenere nel caso di errata ed unilaterale individuazione del mediatore territorialmente competente.

8. Occasioni mancate: raccordo tra mediazione obbligatoria e tutela cautelare, soprattutto se *ante causam* e conservativa.

L'art. 5, comma 3, nel testo vigente e non modificato dagli interventi normativi in esame, prescrive che «*Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari (...)»*, consacrando l'insegnamento della Corte Costituzionale¹¹⁴ secondo il quale la tutela cautelare, urgente *in re ipsa*, non può tollerare filtri all'accesso.

La formula normativa non è delle più felici, poiché con il termine «svolgimento» la disposizione sembrerebbe disciplinare le sole ipotesi di procedimento di mediazione nel corso del quale sorga l'esigenza di rivolgersi al giudice per ottenere la concessione di provvedimenti cautelari¹¹⁵. In realtà, è fuor di dubbio che la tutela cautelare *ante causam* sia assolutamente svincolata anche dalla previa instaurazione del procedimento di mediazione, finanche nei casi in cui questo assurga a condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

¹¹³ Così BOVE, *La mancata comparizione cit.*, 760; TISCINI, *La mediazione cit.*, p. 298-299.

¹¹⁴ Corte Cost. 1985, n. 190, in *Giur. It.*, 1297, con nota di NIGRO.

¹¹⁵ Più preciso sullo stesso punto è stato il legislatore con l'art. 412 bis c.p.c.

Ciò posto, vi sono alcuni problemi di raccordo tra l'articolato normativo in tema di mediazione obbligatoria e quello sulla concessione dei provvedimenti cautelari *ante causam*, soprattutto quando a strumentalità forte, e la giurisprudenza non ha mancato di rilevarli¹¹⁶.

Ci si è infatti chiesti: quale coordinamento è possibile, nel caso di materia ricompresa nell'elenco dall'art. 5, comma 1 *bis*, tra la necessaria instaurazione del giudizio di merito a seguito di concessione di un provvedimento cautelare conservativo, pena la sua inefficacia (*ex artt. 669 octies e 669 novies c.p.c.*), e il previo esperimento del tentativo di mediazione?

Alla proposizione della domanda di mediazione, difatti, non è stato legato alcun effetto sospensivo del termine perentorio per l'instaurazione del giudizio di merito previsto dai commi 1 o 2 dell'art. 669 *octies c.p.c.* Si potrebbe sostenere che il rischio di caducazione del provvedimento conservativo *ante causam* sarebbe minore, in virtù delle modifiche normative che consentono alla mediazione di arrestarsi subito dopo il primo incontro¹¹⁷ (nel caso di verificata impossibilità di giungere all'accordo conciliativo), e di quelle che hanno ridotto la durata del procedimento, *ex art. 6 d. lgs. n. 28/2010*, da quattro mesi a tre mesi. Ebbene, anche in tal modo, il rischio di veder sfumata la tutela cautelare ottenuta non è del tutto escluso poiché, come già detto, nessuno dei termini del procedimento di mediazione sembrerebbe essere perentorio, in quanto non espressamente qualificato tale.

¹¹⁶Trib. Brindisi, ord. 9 gennaio 2012, con nota approfondita di TREVISAN, *La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi ante causam: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative*, in www.judicium.it, 2013. In quell'ipotesi, il Tribunale si è trovato dinanzi queste vicende processuali: concesso il provvedimento cautelare *ante causam* conservativo, il ricorrente instaurava ritualmente il giudizio di merito ma si vedeva sollevare una eccezione di improcedibilità del giudizio per mancato esperimento del previo tentativo di conciliazione obbligatoria, rientrando la controversia tra quelle indicate dal vecchio art. 5, comma 1, c.p.c. vertendo su diritti reali.

Il giudice estensore ha "aggirato" l'ostacolo della mediazione sostenendo che, essendo il procedimento cautelare *ante causam* nei casi di necessaria instaurazione del giudizio un procedimento unitario di natura bifasica (cosa, tra l'altro, di cui può dubitarsi), l'inizio del procedimento andava individuato nella data del deposito del ricorso per ottenere tutela cautelare, data anteriore a quella di entrata in vigore dell'apparato normativo sulla mediazione obbligatoria. Pertanto, in base ad una "semplice" applicazione del principio del *tempus regit actus*, il Tribunale ha stabilito che le disposizioni del d. lgs. n. 28/2010 non dovessero applicarsi al caso di specie.

¹¹⁷ Che dovrebbe avvenire tendenzialmente prima dei 60 giorni previsti per l'instaurazione del giudizio di merito.

Dottrina e giurisprudenza hanno proposto diverse soluzioni interpretative.

a) Si è anzitutto paventata un'interpretazione analogica o dell'art. 669 *octies*, comma 4, c.p.c. ovvero dell'art. 5, comma 6, d. lgs. n. 28/2010¹¹⁸, con il risultato che la parte, pur proponendo unicamente la domanda di mediazione, impedirebbe la caducazione dell'efficacia del provvedimento cautelare conservativo concesso *ante causam* in virtù della sospensione, sino all'espletamento della stessa, del termine perentorio.

b) Secondo un altro orientamento, la parte dovrebbe promuovere immediatamente il giudizio di merito. In questo caso, ove la controparte sollevi eccezione di improcedibilità – o il giudice rilevi d'ufficio il mancato esperimento della mediazione – la parte dovrà avviare la procedura di mediazione ma, a conti fatti, non sosterrà dei costi maggiori di quelli che comunque avrebbe dovuto sostenere. Il pregiudizio in capo alla parte, dunque, è costituito dall'allungamento dei tempi (processuali e non).

c) La parte potrebbe anche instaurare il giudizio di merito e contemporaneamente proporre la domanda di mediazione della controversia. L'interpretazione, però, frustra notevolmente la mediazione in tutte le sue finalità: sia quelle (seppur discutibili) di deflazione del contenzioso, sia quelle legate alla “convenienza” di una risoluzione negoziale della controversia. Infatti, la parte, anche nel caso volesse conciliarsi, è obbligata a sostenere i costi di avvio del giudizio di merito.

d) Un'ultima tesi ritiene che, non potendosi conciliare le due previsioni normative, la mediazione non dovrebbe esperirsi nemmeno in riferimento al giudizio di merito che si apre successivamente alla fase cautelare *ante causam*. Trattasi, però, di una ricostruzione che oblitera completamente il dato normativo di cui all'art. 5 comma 3 d. lgs. n. 28/2010, il quale esclude la

¹¹⁸ TISCINI, *La mediazione cit.*, 162 ss.; Trib. Reggio Emilia, 13 ottobre 2012, in www.iusexplorer.it.

necessità di mediazione preventiva per i soli procedimenti urgenti e cautelari, e non già anche per gli accertamenti di merito successivi a quelli¹¹⁹.

9. Conclusioni.

È tempo di qualche brevissimo rilievo conclusivo.

Autorevolmente¹²⁰ è stato sostenuto che il legislatore, nell'intenzione di ricostruire l'impianto legislativo compromesso della pronuncia del Giudice delle Leggi, aveva il "dovere" di scegliere l'*ardua* via parlamentare e di incoraggiare le consultazioni con gli operatori di settore al fine di concepire un modello di mediazione veramente adeguato¹²¹.

E proprio quella via doveva essere seguita per la mediazione obbligatoria, che resta il cuore pulsante di tutta la disciplina. Del resto, è in riferimento alla mediazione forzata che emergono con più vigore tutte le criticità del complesso normativo appena passato in rassegna, soprattutto nei delicati rapporti tra mediazione e processo civile.

Le "interferenze" volute dal legislatore sono, difatti, maggiori nei casi di *binding mediation* e puntano tutte, più o meno direttamente, ad incentivare la strada conciliativa, sia agevolando le parti in termini di costi e di sgravi fiscali, sia – e questo è meno condivisibile – prevedendo conseguenze negative per la parte in caso di non collaborazione, secondo un crescendo di

¹¹⁹ Potrebbe invero anche sospettarsi, come ha fatto il Trib. Brindisi cit., della legittimità costituzionale dell'art. 669 *novies* c.p.c. nella parte in cui non prevede che l'efficacia del provvedimento non venga caducata a seguito di proposizione della domanda di mediazione.

¹²⁰ Come si legge nella lettera scritta da ALPA, in veste di Presidente del Consiglio Nazionale Forense, al Ministro della Giustizia, http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=43035&catid=204&Itemid=453&mese=06&anno=2013, nella quale viene vivamente criticata le reintroduzione dell'istituto.

¹²¹ Come già rilevato da attenta dottrina (ALPA – IZZO, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, prima su www.judicium.it, ora sul *Quinto rapporto ISDACI sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, consultabile su http://www.isdaci.it/images/pdf/ebook_quinto_rapporto.pdf, nota 52, cui si rinvia per i riferimenti bibliografici) l'acronimo «*Alternative Dispute Resolutions*» nel tempo viene sempre più letto come «*Appropriate Dispute Resolution*» nell'ottica della scelta di modelli che, anche (ma non solo) per rispondere ad esigenze contingenti dell'apparato giustizia, debbano pretendere di essere realmente appropriati.

rigidità¹²². Le disposizioni suggeriscono che la parte deve tentare di risolvere, fuori dal processo, la controversia, ponderando con attenzione le sue mosse: una volta fallita la mediazione, si aprirà per quella un vero e proprio processo “ad ostacoli”¹²³, dove gli ostacoli sono null’altro se non i ricordi, affatto sbiaditi, del tentativo (per giunta obbligatorio) di conciliazione.

Crediamo che, anche se è da premiare la voglia di scommettere nuovamente su un’arma che resta decisiva, non doveva assecondarsi la logica della mera “ritintura”: la pronuncia d’illegittimità costituzionale ha segnato una macchia indelebile sul tessuto della mediazione, che il legislatore ha voluto coprire con un colore più scuro, nell’intento di rimettere il tessuto sul mercato. Con questo non si vuole dire che l’operazione sia necessariamente destinata al fallimento, né scaricare ogni responsabilità sul legislatore nostrano¹²⁴. La reintroduzione era nell’aria e, forse, la Corte Costituzionale doveva avere il coraggio di affrontare *de visu* il problema, a prescindere dalla soluzione, senza rifugiarsi nella pratica dell’assorbimento, sì da

¹²² Dalle sanzioni più lievi relative alla mancata partecipazione, si passa a quelle più pensanti quanto a regime delle spese, in ipotesi di parziale o totale coincidenza tra proposta di conciliazione rifiutata e contenuto del provvedimento del giudice. Così l’art. 13 d. lgs. n. 28/2010.11

¹²³ Nello stesso senso crediamo TISCINI, *La mediazione cit.*, 302-303, che, in commento agli artt. 8 e 13 d. lgs. n. 28/2010 nella versione antecedente alle modifiche del 2013, scriveva: «E’ apprezzabile qualsiasi incentivo alla mediazione (strumento funzionale sotto tanti punti di vista e del quale si auspicano i migliori risultati). Non ugualmente può dirsi per le disposizioni che costruiscono fittiziamente conseguenze deteriori per chi non voglia chiudere la partita in sede conciliativa; comportamento questo che in sé considerato è più che giustificabile e che invece (indebitamente) si ripercuote sul processo solo perché – per scelta legislativa più che per logica delle cose – si vuole che al processo non si giunga mai».

¹²⁴ Ci sembra che l’idea di mediazione vincolante non abbia attecchito neppure nell’ordinamento tedesco (per il quale si veda HESS - PELZER, *Regulation of Dispute Resolution in Germany*, in Unberath - Steffek, *Regulation of Dispute Resolution*, Oxford and Portland/Oregon, Hart Publishing, in corso di pubblicazione). L’art. 15a EGZPO consente agli stati federali di adottare una forma di mediazione pre-processuale obbligatoria per alcune categorie di liti di vicinato *et similia* di modico valore (c.d. *small claims*). Da rilevare però che, anche in quest’ordinamento, l’istanza deflattiva non è stata soddisfatta: gli stati che si sono dotati di un sistema di mediazione obbligatoria hanno progressivamente abrogato quegli atti legislativi *ad hoc* emanati e, di recente, il Segretario alla Giustizia ha annunciato che la mediazione obbligatoria è destinata ad essere cancellata poiché si traduce unicamente in un allungamento dei tempi del giudizio ed in un aumento dei costi dello stesso.

Per un approccio in chiave comparatistica al problema della mediazione, si leggano HOPT–STEFFEK, *Mediation. Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2012 e ESPLUGUES – IGLESIAS – PALAO, *Civil and commercial mediation in Europe. National Rules and Procedures*, cit.

non correre il rischio di una seconda dichiarazione di incostituzionalità e di consequenziali decreti legge del... “disfare” e “rifare da capo”.