

La Nuova **Procedura Civile**

Direttore Scientifico: Luigi Viola

Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile

ISSN 2281-8693

Pubblicazione del 17.2.2015

La Nuova Procedura Civile, 2, 2015

ADMAIORA

Editrice

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

LA MEDIAZIONE "DISPOSTA" DAL GIUDICE

Articolo di **Valentina RENNA**

SOMMARIO: 1.- *Il panorama di riferimento e le fonti di ispirazione del legislatore italiano.* 2.- *La disciplina della mediazione delegata all'interno del d.lgs. 28/2010: requisiti di base.* 3.- *La reazione delle parti e l'esito della mediazione.* 4.- *I limiti di operatività della mediazione ex officio.* 5.- *Aspetti vantaggiosi della mediazione ex officio nel raffronto con la conciliazione giudiziale.* 6.- *I progetti di mediazione delegata ante d.lgs. 28/2010. La leva del successo futuro.*

1. Il panorama di riferimento e le fonti di ispirazione del legislatore italiano

Una delle novità più interessanti - e certamente meno contestate - introdotte dal d.lgs. 28/2010 ha riguardato una particolare forma di contatto tra mediazione e processo incardinato davanti al giudice.

Tale ipotesi è quella detta della mediazione delegata o, con locuzioni variamente sovrapponibili, della mediazione demandata, della mediazione indotta, sollecitata, della mediazione su invito del giudice o, infine, recentemente, della mediazione *ex officio*.

Prima della riforma apportata dal c.d. Decreto del fare 21 giugno 2013 n. 69 - convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98 - l'originaria disciplina dell'istituto si rinveniva nell'art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010.

A mente di tale disposizione il giudice, anche in appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, poteva invitarle a procedere alla mediazione; se le parti aderivano all'invito, il giudice non sospendeva il processo ma semplicemente fissava l'udienza successiva dopo quattro mesi dall'esperimento dello stesso tentativo di mediazione¹.

Il dettato normativo in commento, entrato in vigore il 20 marzo 2010, trovava applicazione per i processi già in corso a quella data² (tanto a differenza dei casi di mediazione obbligatoria ex art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, per i quali l'efficacia veniva posticipata di un anno e l'applicazione veniva differita ai processi iniziati successivamente a quella data).

A distanza di circa due anni dall'entrata in vigore della normativa, giungeva, tuttavia, la portata riformatrice della pronuncia della Consulta³, con cui veniva accolta la questione di legittimità costituzionale riguardo all'obbligatorietà del procedimento di mediazione civile: tale recente pronuncia ha stimolato la necessità di un intervento correttivo sul dettato normativo (espressa proprio nel decreto del fare) che è andato ad interessare anche la c.d. mediazione delegata⁴.

A seguito della modifica operata dal decreto del fare, a far data dal 20 settembre 2013 non vi sarà più la mediazione su invito del giudice, ex art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010, quanto, piuttosto, la mediazione *ex officio*, laddove il giudice, deciso a far espletare alle parti un tentativo di mediazione, non sarà tenuto a raccoglierne il consenso ma potrà rimetterle direttamente dinanzi al

¹ Art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010 (ante riforma 2013): «Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.»

² M. VACCARI, *Media-conciliazione e funzione conciliativa del giudice* in www.judicium.it, 11.

³ Corte Costituzionale, 24 ottobre-6 dicembre 2012, n. 272.

⁴ Anche se, all'indomani della declaratoria di incostituzionalità, alcuni giudici così stabilivano: «La sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012 ha colpito solo la mediazione cd. obbligatoria ma non quella cd. delegata (su invito del giudice): l'art. 5, comma II, D.Lgs. n. 28/2010, infatti, è espressione del diritto del destinatario del Servizio Pubblico di Giustizia di potere sperimentare il tentativo di mediazione. Ne consegue che, espunto dall'ordinamento l'obbligo della Mediazione, rimane comunque vivo il Diritto alla Mediazione, che trova respiro attraverso l'eventuale adesione delle parti, all'invito sottoposto dal giudice.» Trib. Varese, 14 dicembre 2012 e in senso conforme Trib. Varese Ordinanza, 09 novembre 2012 (entrambe disponibili su Il Caso.it).

mediatore. In questo caso, la mediazione diventa condizione di procedibilità della domanda.

L'originaria previsione e la modifica *medio tempore* intervenuta, di apparente semplicità ed evidente laconicità, offrono l'occasione per svolgere considerazioni di tipo generale sugli antecedenti logici dell'istituto.

Il problema del rapporto tra processo civile e strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (più nello specifico, per il caso che ci occupa, di strumenti di composizione amichevole delle liti) ha, nel nostro ordinamento, genesi recente e soprattutto ha avuto uno sviluppo culturalmente condizionato, che fortemente ha risentito della posizione monopolistica goduta dal primo in danno dei secondi⁵.

Questo, insieme a una conoscenza spesso deficitaria (e fortemente venata da scetticismo) di tali tecniche alternative in capo alle varie componenti professionali chiamate a svolgere un ruolo attivo nel processo, aveva prodotto limitate forme di interazione e collaborazione tra parti, giudici e terzi incaricati di definire la controversia fuori dal processo con soluzioni condivise.

Con il d.lgs. 28/2010 il legislatore è intervenuto a cambiare la rotta, prevedendo apertamente ipotesi di intersezione tra mediazione e processo: la gestione stragiudiziale della composizione bonaria delle liti vi ha fatto, così, il suo ingresso ufficiale.

Gli spunti per il cambiamento, in realtà, non mancavano.

È appena il caso di ricordare che quegli ordinamenti che per primi, oltreoceano, avevano promosso il ricorso agli strumenti di *Alternative Dispute Resolution*, ne avevano predisposto una duplice direttrice di sviluppo, prevedendo che tali strumenti potessero venire utilizzati in due distinte ipotesi: sia in via endoprocessuale, e cioè all'interno di un procedimento già incardinato davanti all'autorità giudiziaria, per consentire una composizione bonaria della lite con tempi e costi ridotti rispetto all'iter processuale ordinario, che al di fuori e a prescindere da un processo già in corso, con l'obiettivo di evitarne il radicamento (ADR extraprocessuale).

Nel primo caso - tipico è l'esempio della *court annexed mediation*, di matrice statunitense⁶ - viene esaltato il ruolo dell'autorità giudiziaria nella spinta a risolvere il contenzioso in una sede alternativa, e forse più appropriata, di giustizia.

In questo tipo di programmi "*court-annexed*", il giudice, interpretando i poteri di *case management* che la legge gli attribuisce, ha facoltà di mettere a disposizione dei (o anche imporre ai) litiganti procedure stragiudiziali per l'assistenza nella risoluzione della vertenza⁷, procedure sulle quali la supervisione dell'autorità giudiziaria non viene comunque sospesa.

Tendenze analoghe si sono riscontrate negli ultimi anni anche nell'ordinamento inglese, laddove la riforma della giustizia civile (approvata nel 1998) ha dato ampio spazio alla possibilità che il giudice incoraggi l'utilizzo di strumenti

⁵S. CHIARLONI, *Fuga dalla giustizia ingiusta*, in *Impresa & Stato* n°34, disponibile su http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_34/chiaroni.htm.

⁶R. S. GALLANO, *Handbook on Court-annexed Mediation*, 2005; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME *The Jackson ADR Handbook*, 2013; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 75 ss.. La disamina si conclude con un giudizio positivo sul modello nordamericano di conciliazione endoprocessuale, che combina vantaggi e potenzialità degli altri tipi di mediazione, di cui riduce, al contempo, le disfunzioni.

⁷F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 97 ss., con i riferimenti, per il sistema nordamericano, agli strumenti normativi che hanno incoraggiato i «*court annexed programs*», quali il Civil Justice Reform Act 1990, l'Alternative Dispute Resolution Act 1998 e la Rule 16 delle Federal Rules of Civil Procedures.

alternativi di composizione delle liti: si parla, a tal riguardo, di *court referred mediation*⁸.

Ma anche in ordinamenti di *civil law* non sono mancati impulsi a diffondere procedure alternative di tipo endoprocessuale: tipico è l'esempio della Francia, che già a partire dalla metà degli anni novanta⁹ ha introdotto norme che prevedono la facoltà del giudice precedente di proporre alle parti la nomina di un terzo che tenti di riavvicinare la loro posizione, anche suggerendo una proposta di accordo. Allo stesso modo, in Germania si offrono ipotesi di mediazioni endoprocessuali, laddove il giudice può delegare ad altro giudice il tentativo di comporre la controversia oppure suggerire alle parti di avviare un procedimento stragiudiziale a tal fine votato¹⁰.

Su un piano più propriamente internazionale, poi, il richiamo a forme di mediazione sollecitate dal giudice non è mancato in un importante strumento come il Modello di legge UNCITRAL sulla conciliazione commerciale internazionale del 2002¹¹.

È lecito dire, quindi, che il prototipo della mediazione di tipo endoprocessuale costituisce una realtà affermata nei sistemi di *common law* e risulta variamente praticata anche negli ordinamenti continentali.

Inoltre, per quelle che sono le fenomenologie maggiormente ricorrenti nel panorama internazionale, la mediazione endoprocessuale non sostituisce ma completa le attività processuali. Il mediatore, infatti, non inibisce i poteri conciliativi del giudice precedente, ma agisce in via complementare rispetto agli stessi; al terzo incaricato spetta un'attività differente, che è quella di individuare la soluzione della contesa non in virtù della valutazione della posizione delle parti (come spetta al giudice) ma attraverso il dialogo e il confronto reciproco delle stesse¹².

V'è da dire che ipotesi latamente riconducibili al paradigma fin qui descritto non sono certo misconosciute nell'ordinamento italiano: vi sono, infatti, casi in cui il giudice può affidare a un terzo il tentativo di composizione della controversia. Il richiamo va agli articoli 198 e 696 bis c.p.c.¹³, i quali, tuttavia, riguardano ipotesi in cui con il giudice precedente collaborino, ai fini di una conciliazione della lite, terzi dotati di competenze specifiche¹⁴.

⁸ Si vedano la Rule 1.4. (2) (e) e CPR Part 26.4. F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p.109 ss.

⁹ Viene segnalata la l. 95-125 dell'8 febbraio 1995, la cui disciplina è confluita nel codice di rito francese agli articoli 131.1 – 131.15, F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 139 ss.; sull'esperienza francese B. BLOHORN-BRENNEUR, *Justice et médiation. Un juge du travail témoigne*, Le Cherche-Midi, Paris, 2006 ; F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 118; C. BESSO, *La mediazione: definizione e tipologie* in *La mediazione civile e commerciale*, C. BESSO (a cura di), 2010, 59-60.

¹⁰ ZPO § 278; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 150 ss.

¹¹ Art. 1 (8) Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law: «Subject to the provisions of paragraph (9) of this article, this Law applies irrespective of the basis upon which the conciliation is carried out, including agreement between the parties whether reached before or after a dispute has arisen, an obligation established by law, or a direction or suggestion of a court, arbitral tribunal or competent governmental entity.»

¹² F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 142-143.

¹³ D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»* in *Studi in onore di Umberto Belviso*, 2011, 1825.

¹⁴ Questi strumenti vengono definiti di «*conciliazione delegata in senso tecnico*», a differenza di quanto introdotto dall'art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010 laddove una vera e propria delega non sussiste ma solo un disporre che si proceda alla mediazione, per la mediazione delegata ante riforma si veda I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, *Le Società* 5/2010, 621.

Nel primo caso il consulente tecnico, incaricato dal giudice di compiere accertamenti tecnici in materia contabile (esame su registri e documenti contabili), ha altresì il compito di tentare la conciliazione tra le parti. Se l'accordo viene raggiunto, al processo verbale il giudice attribuisce efficacia di titolo esecutivo (art. 199 c.p.c.); al contrario, se la conciliazione non si realizza, il consulente deposita la sua relazione nei termini assegnati dal giudice.

Nella seconda ipotesi, invece, si disciplina la consulenza tecnica generica, svolta in via preventiva e finalizzata alla composizione della lite. Qui si ripetono, a modalità sostanzialmente invariate rispetto all'esame contabile, le caratteristiche della procedura con riguardo ai suoi possibili esiti.

In entrambi i casi, comunque, non mi pare ci si possa affrancare dalla necessità di combinare esame tecnico e poteri conciliativi, che solo in quella sede possono essere esercitati; in più, le due componenti sono evidentemente in posizione subalterna, dal momento che la scelta del professionista viene operata in virtù delle sue competenze tecniche piuttosto che conciliative.

Di recente, con più ampie influenze pedagogiche, è intervenuta la direttiva comunitaria 2008/52/CE, contenente disposizioni relative a «*determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*». La direttiva caldeggia apertamente ipotesi di intersezione tra processo e mediazione, fin dai considerando, utili a chiarire obiettivi e fondamento della stessa, e via via negli articoli successivi.

Il considerando 12) estende l'ambito di applicazione della direttiva «*ai casi in cui un organo giurisdizionale deferisce le parti a una mediazione*»; mentre il successivo considerando 13) si conclude con la condivisibile riflessione che «*l'organo giurisdizionale dovrebbe, se del caso, poter richiamare l'attenzione delle parti sulla possibilità di mediazione*».

In maniera sempre più esplicita, l'art. 3 della direttiva, alla lettera a), individua tre distinte ipotesi di accesso alla mediazione, una delle quali ricorre proprio quando il procedimento di mediazione viene «*suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale*».

Infine, l'art. 5, comma 1, della direttiva chiarisce in maniera inequivocabile che «*L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili*».

Tale suggerimento è stato colto dal legislatore italiano¹⁵ in maniera pressoché pedissequa: questi, cavalcando le forti spinte deflative del carico giudiziario che animano i suoi recenti interventi, ha aperto la strada alla prima normativa organica sulla mediazione delegata per tutte le controversie civili e commerciali relative a diritti disponibili. Disciplinando un modello unitario di mediazione delegata (ora *ex officio*), sono state realizzate connessioni utili tra processo pendente e mediazione¹⁶, secondo i criteri descritti a seguire.

¹⁵ Per brevi riferimenti sullo stato di attuazione della direttiva comunitaria e dunque sulla disciplina in corso di approvazione della mediazione delegata in alcuni stati membri, si veda E. D'ALESSANDRO, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2011, 04.

¹⁶ Come riconosciuto - in relazione all'art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010 - anche dal Primo Presidente della Corte di Cassazione, V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, in Giust. Civ. 2010 7-8 «*Che il successo della mediazione/conciliazione si alimenti proprio dal dialogo e dall'intreccio con la giustizia civile statale*

2. La disciplina della mediazione delegata all'interno del d.lgs. 28/2010: requisiti di base

L'art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010, riformato dal decreto del fare, regola sinteticamente il caso e il modo in cui il giudice può valutare opportuno disporre che le parti procedano alla mediazione.

Il testo attuale stabilisce che *«Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di giudizio di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.»*.

V'è da dire che il contenuto del comma – sia pure nella nuova versione post decreto del fare – non presenta collegamenti sostanziali con la legge 18 giugno 2009 n. 69, con cui, in principio, il Governo era stato delegato ad adottare una disciplina della mediazione in ambito civile e commerciale¹⁷; lì non v'è riferimento all'esortazione alla mediazione eventualmente rivolta dal giudice ai litiganti.

Soltanto veniva fissato, tra gli altri, il seguente criterio direttivo per l'esercizio della delega: *«disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria»* (art. 60, comma 3, lett. c)). Come è stato spiegato, sia pure in occasione del commento alla precedente versione del dettato, la lacunosità della delega a tal riguardo è poco grave, atteso che il riferimento alla direttiva comunitaria fornisce un valido spunto per introdurre lo strumento¹⁸.

In ogni caso, non solo la previsione della mediazione disposta dal giudice nel d.lgs. citato non sembra porsi in contrasto con i principi della legge delega¹⁹, ma sul punto dell'esatta rispondenza dell'art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010 al dettato dell'art. 5, comma 1, della direttiva 2008/52/CE, si segnala come la modifica della previsione italiana *medio tempore* intervenuta crei una più convincente sintonia con la disciplina comunitaria, dal momento che già questa ha previsto la possibilità che il procedimento di mediazione sia ordinato dal giudice, come indicato dall'art. 3 lett. a).

Il legislatore italiano è dunque passato dalla modalità "soft" della mediazione delegata a una più incisiva.

lo dimostra anche il successo - specialmente in altri ordinamenti - del tentativo di conciliazione delegato dal giudice.»

¹⁷ Come nota F. SANTAGADA, *Il procedimento di mediazione* in *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, B. SASSANI – F. SANTAGADA (a cura di), Dike Giuridica Editrice II ed 2011, 19.

¹⁸ M. BOVE, *Luci e ombre nella legge quadro sulla mediazione (d.lgs. 28/2010)* in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, M. BOVE (a cura di), 2011, 9.

¹⁹ C. BESSO, *Mediazione: definizioni e tipologie*, cit., 56, laddove viene ritenuto che il richiamo espresso della mediazione delegata ad opera della direttiva europea esclude ogni dubbio di illegittimità costituzionale sotto il profilo del rispetto della legge delega.

Sempre sul piano del confronto con la disciplina comunitaria, si segnala il silenzio del legislatore italiano in ordine alla possibilità che il giudice inviti le parti a una sessione informativa sulla mediazione.

Al riguardo, tuttavia, si possono considerare, quale forma di compensazione tra diversi, gli obblighi informativi posti a carico dell'avvocato, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 3, d.lgs. 28/2010: lì, infatti, la norma stabilisce il potere-dovere²⁰ del giudice di dare notizia alle parti dell'istituto della mediazione, per il caso in cui il legale non vi provveda.

E in ogni caso vale il riferimento al riformato art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010, il quale delega tale incombenza direttamente al mediatore, in sede di primo incontro²¹.

A questo punto, preme delineare gli ambiti soggettivi e oggettivi di operatività della norma.

Ai sensi di detta previsione normativa, è il giudice ad assumere l'iniziativa e a valutare, anche in appello²², se risulta utile disporre che le parti procedano alla mediazione.

Nell'interesse di un celere e ordinato svolgimento del processo, e dunque anche al fine di evitare inutili dilazioni e abusi, il giudice è tenuto a fare le opportune valutazioni se sia il caso o meno di rivolgere tal sollecito alle parti, ove ravvisi margini per la composizione della controversia.

Il fulcro della valutazione discrezionale del giudice è rappresentato da circostanze quali la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti.

L'indice della natura della causa pare debba includere anche l'indispensabile considerazione sulla possibilità giuridica della mediazione, vale a dire il fatto che la controversia verta in materia di diritti disponibili (art. 2, comma 1, d.lgs. 28/2010): i confini della natura della causa coincidono dunque con l'ambito di applicazione del d.lgs. 28/2010.

Ciò significa, anche, che deve trattarsi di un tipo causa per cui sia applicabile il modello della mediazione civile e commerciale lì regolato: in ragione di ciò, il giudice non potrà esortare le parti alla mediazione quando conosca di una controversia che sia assoggettata ad altro modello di mediazione (come una controversia di lavoro o altre vertenze per cui siano previste ipotesi di mediazione obbligatoria non rientranti nella disciplina del d.lgs. 28/2010)²³.

Sempre in punto di natura della causa, va segnalato che nell'azione di classe e nelle azioni inibitorie consumeristiche è pienamente ammessa la facoltà del giudice di invitare le parti alla mediazione²⁴, al contrario di quanto avviene per la condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1 bis, d.lgs. 28/2010: in effetti, la circostanza che il conflitto coinvolga più parti deporrebbe in favore dell'uso della mediazione per risolvere la vertenza.

In maniera analoga, il giudice valuta se lo svolgimento concreto dell'istruzione (un po' meno, forse, le risultanze istruttorie, le quali contribuiscono alla

²⁰ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, 2011, 161.

²¹ Art. 8, comma 1, d.lgs. 29/2010: «Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento.»

²² Corte d'Appello di Roma, sez. II civile, disponibile su www.foroeuropeo.it.

²³ R. TISCINI, cit., 153; si potrebbe pensare alla conciliazione obbligatoria in materia di subfornitura (l. 192/1998) o alla conciliazione stragiudiziale obbligatoria innanzi all'ispettorato dell'agricoltura per le controversie agrarie (l. 203/1982).

²⁴ R. TISCINI, cit., 153; A. GIUSSANI, *Azione di classe, conciliazione e mediazione* in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, n. 1 162.

crystallizzazione delle posizioni delle parti) renda possibile aprire un varco nel processo per dar luogo alla mediazione: come è facile intuire, questo criterio si presta a un'applicazione fortemente modulata rispetto al tipo di circostanze concrete che il caso offra all'analisi. In un caso già vagliato, il giudice ha ritenuto utile invitare le parti a svolgere la mediazione proprio in ragione del fatto che alcuna decisione sui mezzi istruttori era stata presa²⁵.

Quanto, infine, alla valutazione della condotta delle parti, il giudice è il depositario di uno storico rilevante riguardante le medesime, fatto di indici processuali e sostanziali²⁶ che danno la misura della disponibilità dei litiganti a svolgere in maniera fruttuosa la mediazione: si procederà all'esortazione quando vi sono segnali prospettici sul raggiungimento effettivo dell'accordo, come, ad esempio, il fatto che una delle parti nelle proprie memorie e/o in udienza ribadisca la propria volontà di comporre la vertenza²⁷, una delle parti si dichiari disponibile a una soluzione transattiva suggerita all'interno di un giudizio in corso²⁸, o entrambe le parti siano d'accordo per chiedere un rinvio al giudice per trattative²⁹.

La circostanza che la direttiva comunitaria richiami la più ampia formula «*tutte le circostanze del caso*» per indicare gli elementi valutabili dal giudice (art. 5, comma 1, dir. 2008/52/CE), può indurre a pensare che potrebbero pesare, nell'iniziativa che il giudice eventualmente assuma, considerazioni anche indirettamente riconducibili ai fattori indicati al comma 2 dell'art. 5 d.lgs. cit..

E in effetti, in alcuni casi il giudice ha valutato ad ampio raggio quegli elementi di causa da cui si potevano dedurre buone *chances* di raggiungimento dell'accordo: ad esempio, il fatto che i litiganti siano legati da un pregresso rapporto di origine familiare o di vicinato³⁰, destinato a proiettarsi nel tempo in modo durevole, ovvero il valore modesto della causa, o ancora determinate circostanze storiche che influiscono sulla vitalità della lite, sono tutti elementi presi in considerazione dal giudice per invitare le parti alla mediazione³¹.

²⁵ Tribunale di Prato, 16 gennaio 2012 (ord.), laddove si considerava «*che i presupposti appena richiamati ricorrono nella fattispecie concreta, posto che:[...] devono ancora essere prese ancora le decisioni sui mezzi istruttori*».

²⁶ R. TISCINI, cit., 154, laddove si parla di comportamento processuale delle parti (quale lo svolgimento o meno di difese articolate) e la proiezione delle parti sull'eventuale mediazione. Si vedano, al riguardo, le brevi osservazioni svolte sulla possibilità che le parti raggiungano un assetto bonario della lite, dati gli atti di causa e anche l'istruttoria espletata, in Tribunale di Roma, sez. Ostia, 9 dicembre 2010 (ord.).

²⁷ Tribunale di Varese, sez. I, 8 luglio 2011 (ord.) «*Nella sua memoria assertiva, l'attore ribadisce la sua volontà conciliativa e ripropone, in riedizione, l'offerta conciliativa già fatta alla parte convenuta alla prima udienza. Chiede, peraltro, la comparizione delle parti proprio per accertare la "fattibilità" della proposta [...]*».

²⁸ Trib. Milano, Sez. Specializzata in materia di Impresa, ordinanza 11 novembre 2013, laddove il giudice tentava la conciliazione della lite, suggerendo alle parti la definizione della stessa con versamento da parte del convenuto dell'importo omnicomprensivo di Euro 15.000,00, vicino alla metà dell'importo richiesto da controparte. Il convenuto si mostrava disponibile a chiudere la lite con tale versamento da parte sua, mentre l'attore dichiarava inaccettabile tale soluzione. Nella circostanza il giudice, valutata la natura della lite, i rapporti familiari tra le parti e il comportamento delle stesse anche all'udienza, disponeva l'esperimento del procedimento di mediazione, assegnando alle parti il termine di quindici giorni per dare inizio alla mediazione e fissando per la prosecuzione del giudizio l'udienza (disponibile su Il Caso.it).

²⁹ Trib. Varese, 11 gennaio 2013 (su Il Caso.it) «*Dove le parti del processo, concordemente, in udienza, richiedano un "rinvio per trattative", il giudice, in luogo del mero differimento del procedimento, può invitare le parti a valutare l'opportunità di avvalersi della mediazione ex art. 5 comma II D.Lgs. n. 28/2010, per attivare o proseguire davanti agli stessi, i canali conciliativi*».

³⁰ Tribunale di Varese, sez. I, 8 luglio 2011 (ord.), relativa a lite tra proprietari di fondi limitrofi «*la causa interessa, dal punto di vista soggettivo, due proprietari confinanti legati da un pregresso rapporto di vicinato*».

³¹ Tribunale di Varese, sez. I, 6 luglio 2011 (ord.), in Giur. Merito 2011, 11, 2691, «*[...] la causa interessa, dal punto di vista soggettivo, due litiganti legati da un pregresso rapporto di origine familiare.[...], quindi, merita di essere salvaguardata la possibilità di conservazione del vincolo affettivo in essere, posto che la mediazione, diversamente*

D'altro canto, l'estrema versatilità dello strumento ne consente un utilizzo ampio, come registrato di recente, laddove la mediazione è stata disposta per una controversia riguardante il rapporto economico-patrimoniale esistente tra ex coniugi³².

Nella precedente versione del dettato in commento nulla veniva detto in ordine all'organismo di mediazione presso cui le parti sarebbero state invitate a tentare la mediazione³³ e si escludeva che il giudice potesse imporre alcunché al riguardo, qui intervenendo la libera scelta dei litiganti³⁴.

E tuttavia, ancor prima della modifica intervenuta con il decreto del fare, in alcuni casi il giudice, nell'invitare le parti alla mediazione, riteneva logico che la mediazione si svolgesse nell'ambito del suo stesso circondario: così, ove fosse difettata una determinazione congiunta dell'organismo ad opera dei litiganti, l'indicazione da parte del magistrato dell'ambito territoriale entro cui svolgere la mediazione avrebbe evitato effetti distorsivi e salvaguardato la funzionalità dell'istituto³⁵.

dalla statuizione giurisdizionale, può guardare anche all'interesse (pubblico) alla "pace sociale", favorendo il raggiungimento di una conciliazione che non distribuisce ragioni e torti ma crea nuove prospettive di legame destinate a far sorgere dal pregresso rapporto disgregato nuovi orizzonti relazionali. [...] Vi è, poi, che il valore della causa è modesto e, nelle more, l'attore è deceduto e il rapporto di famiglia della convenuta si è disgregato: fatti storici che possono [...]segnare il passo verso una maggiore propensione ad un assetto bonario. Anche il comportamento delle parti e l'attuale stato dell'istruzione della causa convergono nel senso della opportunità dell'invito che, quindi, viene rivolto ai litiganti».

³² Tribunale di Milano, Ordinanza 29 Ottobre 2013 (su IlCaso.it) «La legge 9 agosto 2013, n. 98 (di conversione del D.L. 21 giugno 2013, n. 69), riscrivendo parzialmente il tessuto normativo del D.Lgs. n. 28/2010, ha previsto la possibilità per il giudice (anche di appello) di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione (cd. mediazione ex officio). Si tratta di un addentellato normativo che iscrive, in seno ai poteri discrezionali del magistrato, una nuova facoltà squisitamente processuale: trattasi, conseguentemente, di una norma applicabile ai procedimenti pendenti. Peraltro, il fascio applicativo della previsione in esame prescinde dalla natura della controversia (e, cioè, dall'elenco delle materie sottoposte alla cd. mediazione obbligatoria: art. 5 comma I-bis, D.Lgs. n. 28/2010) e, per l'effetto, può ricadere anche su un controversia quale quella in esame, avente ad oggetto il recupero di un credito rimasto insoddisfatto. Giova, peraltro, ricordare come i mediatori ben potrebbero estendere la "trattativa (rectius: mediazione)" ai fatti emersi successivamente alla instaurazione della lite e non fatti valere nel processo, così essendo evidente che l'eventuale soluzione conciliativa potrebbe definire il conflitto, nel suo complesso, mentre la sentenza conclusiva del procedimento civile potrebbe definire, tout court, solo una lite, in modo parziale». Nel caso concreto, la moglie chiamava in causa il marito per somme dovute e non corrisposte in relazione al mantenimento dei figli, ma il Giudice, valutando l'eccessivo costo dell'azione giudiziaria rispetto al diritto che si voleva fare valere (Euro 1.000,00) e che in passato gli stessi genitori erano riusciti a prendere decisioni insieme, provvedeva a emettere l'ordinanza in questione.

³³ Ciò non sorprende, considerato il deliberato originario intento del legislatore di non inserire nella disciplina sulla mediazione civile e commerciale referenti di competenza territoriale; nella relazione illustrativa al decreto si leggeva «Deliberatamente, non si stabilisce un criterio di competenza in senso proprio, così da evitare una impropria giurisdizionalizzazione della sequenza che avrebbe alimentato contrasti e imposto criteri per la risoluzione dei conflitti. Le parti saranno così libere di investire, concordemente o singolarmente, l'organismo ritenuto maggiormente affidabile».

³⁴ Sulla circostanza che l'organismo venisse individuato per effetto di una determinazione congiunta delle parti o soltanto per iniziativa di una di esse si scontravano diverse posizioni: si veda C. BESSO, *La mediazione: definizioni e tipologie*, cit., 61 nota 139, la quale riteneva sufficiente l'individuazione dell'organismo ad opera di una sola delle parti, contro chi considerava necessario, a tale scopo, l'accordo tra le parti, F. CUOMO ULLOA, *La mediazione sollecitata dal giudice*, in MARINARO (a cura di), *La mediazione delle liti civili e commerciali*, Costozero, n. 3, 2010, VI.

³⁵ Trib. Varese, 6 e 8 luglio 2011, cit., laddove si segnala che l'invito del giudice verrebbe vanificato «se una delle parti, interessata all'allungamento dei tempi del processo, presentasse una istanza in un luogo di grande distanza geografica dal tribunale così ottenendo, come risultato, quello di avere sicuramente dilatato la decisione del giudice e al contempo evitato la mediazione». Più' di recente (Trib. Milano, 29 ottobre 2013), a modifica intervenuta, sul tema della competenza territoriale viene spiegato che anche per le mediazioni attivate su disposizione del giudice, è vincolante la previsione del novellato art. 4 comma 3, d. lgs. 28/2010: la domanda di mediazione pertanto va presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo del luogo del giudice territorialmente competente per la controversia.

A confermare tale orientamento è intervenuto il legislatore che, con le modifiche intervenute con il decreto del fare, ha previsto che la scelta dell'organismo competente va fatta in funzione del luogo del giudice territorialmente competente per la controversia (art. 4.1 d.lgs. 28/2010): con questo si rileva l'esistenza di un indice chiaro che le parti utilizzeranno nel momento in cui il giudice disporrà che esse procedano alla mediazione³⁶.

In ogni caso, considerato che il d.lgs. 28/2010 si occupa esclusivamente di mediazione amministrata, e tenuto conto del *favor* per la stessa, come emerge da alcuni sicuri indici inseriti nel testo normativo³⁷, si deve ritenere l'opportunità che la mediazione si svolga presso uno degli organismi di cui all'art. 1, lett. d, del menzionato decreto, vale a dire un ente che offre professionalmente tale tipo di servizio, iscritto al registro degli organismi di mediazione indicato dall'art. 16 d.lgs. 28/2010.

Ove ciò non avvenga, resta ferma, si ritiene, la possibilità per il giudice, davanti al quale il processo continui a seguito del fallimento della mediazione, di rilevare tale irregolarità.

Quanto, poi, alla scelta del mediatore, si sarebbe portati ad escludere che alla nomina del terzo provveda il giudice che invita le parti a tentare la mediazione: la minima prassi già sviluppatasi sul campo fa propendere per il minor grado di controllo sul procedimento di mediazione da parte del giudice procedente³⁸.

È chiaro, nel disposto in commento, che il giudice è tenuto a pronunciare il provvedimento entro il termine ultimo dell'udienza di precisazione delle conclusioni, o, difettando tale incumbente, prima della discussione della causa. Si lamenta in dottrina³⁹ una scarsa chiarezza della formula utilizzata; si intende che la causa non deve aver oltrepassato la soglia della fase decisoria, secondo quanto previsto dagli articoli 281-quinquies e sexies c.p.c.⁴⁰.

Trattandosi di norme legate alla mera competenza territoriale è chiaro che le parti, qualora siano d'accordo, possono derogarvi rivolgendosi ad altro organismo scelto di comune accordo. La domanda presentata unilateralmente all'organismo che non ha competenza territoriale non produce effetti.

³⁶ D'altro canto, *in itinere*, non erano neppure mancati segnali della direzione da intraprendere, dal momento che la legge 11 dicembre 2012, n. 220 aveva introdotto una previsione per le controversie condominiali, e cioè l'art. 71-quater disp. att. c.c., il quale ha previsto che, nelle controversie in materia di condominio «*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*».

³⁷ Si richiama l'attenzione sui vantaggi che il d.lgs. 28/2010 ha associato alla mediazione così come amministrata da organismi iscritti nel registro sottoposto alla vigilanza del Ministero di giustizia: la circostanza che il verbale di accordo abbia efficacia di titolo esecutivo (art. 12); specifici regimi tributari e vantaggi fiscali (articoli 17 e 20); ultimo, ma non meno importante, il fatto che la mediazione amministrata rappresenti l'unica via per poter considerare esperita la mediazione laddove essa sia condizione di procedibilità (art. 5, comma 1).

³⁸ Nei progetti di mediazione delegata già avviati (v. *infra*) il giudice suggerisce alle parti di tentare la mediazione presso un organismo specializzato ma non si occupa della nomina del mediatore, che invece rimane in capo all'ente che amministra la procedura. Così anche nei contributi giurisprudenziali ad oggi registrati in tema di mediazione delegata ex art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010.

³⁹ L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it «È appena il caso di rilevare che un'apposita udienza per la precisazione delle conclusioni non esiste nel sistema processuale vigente, ma solo nella prassi ormai codificata»; sulla distinzione tra il riferimento alla "precisazione delle conclusioni" e quello alla "discussione della causa" interviene R. TISCINI, cit., 156, la quale spiega che il primo riguarda il processo ordinario e gli altri riti in cui la precisazione delle conclusioni sia prevista, mentre il secondo vale per quei processi in cui manchi lo spazio per la precisazione delle conclusioni (e.g. il giudizio sommario di cognizione, ex artt. 702 bis ss. c.p.c.).

⁴⁰ C. GLENDI, *Procedimento di mediazione e processo civile*, in *Corriere Tributario* 10/2011.

Quanto alla forma del provvedimento che il giudice assume, per disporre che le parti procedano alla mediazione, si può ritenere che faccia al caso il tipico provvedimento ordinatorio, e cioè l'ordinanza⁴¹.

Un'ultima considerazione riguarda l'ipotesi dell'applicabilità della disciplina della mediazione *ex officio* ex art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010 davanti agli arbitri. Qui la lettera della norma va disgiunta dalla sua sostanza: ferma la percorribilità della strada della mediazione anche per invito degli arbitri, tanto avverrebbe solo per espressione dell'iniziativa dei giudici privati⁴², essendo esclusa l'applicazione della norma in commento ai procedimenti arbitrali e quindi la ricorrenza di questa condizione di procedibilità nell'ambito di un arbitrato⁴³.

E in effetti, esperienze concrete di spontanea collaborazione tra arbitri e mediatori si segnalano nell'attività di alcune istituzioni arbitrali, come la Camera Arbitrale di Milano: qui il regolamento d'arbitrato prevede la possibilità che gli arbitri deleghino un tentativo di mediazione a un professionista terzo appartenente a un'organizzazione strutturata che offre il servizio di mediazione⁴⁴.

3. La reazione delle parti e l'esito della mediazione

Ricevuto il provvedimento del giudice, spetta alle parti disporsi per procedere alla mediazione. Uno degli elementi vantaggiosi della mediazione *ex officio* è che si tratta di istituto organizzato in via endoprocedurale: a volte l'evoluzione del processo, e dunque l'analisi della posizione delle parti, può portare le stesse a meglio valutare ipotesi di composizione bonaria della lite⁴⁵.

A tal riguardo e in senso opposto, si è argomentato che il radicalizzarsi delle posizioni processuali potrebbe remare contro l'efficace funzionamento della mediazione disposta dal giudice. Se infatti il provvedimento del giudice giunge dopo significative attività istruttorie, difficilmente le parti sarebbero portate a collaborare al tavolo della mediazione, dimenticando le loro posizioni di partenza (magari acclamate dall'istruttoria), per apprezzare interessi da comporre in una soluzione condivisa⁴⁶. In risposta all'obiezione, tuttavia, è opportuno ricordare che il provvedimento viene pronunciato dal giudice, valutati, tra gli altri parametri, lo stato dell'istruzione e la condotta delle parti⁴⁷.

⁴¹ Trib. Varese, 6 e 8 luglio 2011, cit.; Trib. Roma, 9 dicembre 2010, cit.. Si segnalano le esperienze di segno conforme precedenti all'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010, relative al "Progetto Conciliamo" (vedi *infra*) in www.conciliazioneforense.it.

⁴² A. PANZAROLA, *Il d.lgs. n. 28 del 2010 tra mediazione ed arbitrato: Arb-Med, Med-Arb. e Med-aloo*, in *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, R. MARTINO (a cura di), 2011, 88.

⁴³ Ben diversa sarebbe l'ipotesi di una sequenza di procedure risolutive alternative, come mediazione e arbitrato, in base ad una previsione contrattuale pattuita dalle parti nel contratto da cui deriva la controversia; per l'analisi dei meccanismi di interazione tra i due strumenti si veda il commento sulla mediazione da clausola contrattuale.

⁴⁴ L'art. 22 del Regolamento Arbitrale della Camera Arbitrale di Milano, rubricato "Poteri del Tribunale Arbitrale", stabilisce al riguardo "1. In qualunque momento del procedimento, il Tribunale Arbitrale può tentare di comporre la controversia tra le parti, anche invitando le stesse a svolgere il tentativo di conciliazione presso il Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano."

⁴⁵ F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Zanichelli 2011, 167.

⁴⁶ L. RISTORI, *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali: commentario al d.lgs 4 marzo 2010*, n. 28, A. BANDINI – N. SOLDATI (a cura di), Milano, 2010, 96.

⁴⁷ Con questo si intende limitare l'ambito dell'iniziativa del giudice a quei casi in cui, malgrado le risultanze istruttorie, il giudice valuti che vi siano margini per una negoziabilità e una definizione bonaria della lite.

Prima della modifica normativa recentemente intervenuta, le parti potevano prestare adesione all'invito in udienza, a verbale, o anche nelle memorie di cui all'art. 183 c.p.c.⁴⁸: nella prassi registrata, veniva usualmente concesso un termine alle parti per manifestare la propria posizione al riguardo⁴⁹.

Sempre in punto di accettazione dell'invito del giudice ad opera delle parti interessate, ci si poneva poi il problema di conciliare l'iter operativo della mediazione delegata con i meccanismi dell'azione di classe disciplinata dall'art. 140 bis del codice del consumo (di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)⁵⁰. In tal caso, nell'affrontare il quesito se il giudice fosse tenuto a invitare alla mediazione tutti gli aderenti, ottenendone il relativo consenso, o se fossero sufficienti il solo consenso di attore e convenuto (per poi estendere a tutti gli aderenti la sola richiesta di consenso sull'eventuale accordo di conciliazione raggiunto), si propendeva per quest'ultima opzione⁵¹.

Disposta la mediazione, il giudice semplicemente differisce il processo in corso e fissa l'udienza successiva decorsi tre mesi dall'esperimento del tentativo di mediazione⁵². Ovvero, quando la mediazione non è già stata avviata, il giudice procede assegnando alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione⁵³.

La controversia che oppone le parti viene temporaneamente sottratta all'esame dell'organo giudicante e le parti si recano in altra sede, a trattare – con altri metodi⁵⁴ – le questioni controverse.

La mediazione *ex officio* perde, così, il suo carattere volontario, al contrario di quanto fosse previsto nella prima versione della norma⁵⁵.

A una più profonda riflessione, tuttavia, c'è da dire che anche un mero invito rivolto dal giudice non sarebbe stato lasciato cadere dalle parti con leggerezza: in effetti, lo strumento dell'art. 116, comma 2 c.p.c., di valutazione della condotta processuale delle parti, avrebbe potuto costituire un baluardo contro superficiali considerazioni della sollecitazione autorevolmente rivolta dal giudice.

⁴⁸ R. MASONI, *Tipologie di mediazione nei rapporti con il processo*, in *Giur. Merito* 2012, 1, § 6.1.

⁴⁹ Trib. Varese, 6 e 8 luglio 2011 cit., Corte d'Appello Roma cit., Trib. Prato 16 gennaio 2012 cit..

⁵⁰ L'art. 15 d.lgs. 28/2010 stabilisce che, quando è esercitata l'azione di classe, la conciliazione che sia intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito.

⁵¹ M. BOVE, *Luci e ombre nella legge quadro sulla mediazione (d.lgs. 28/2010)*, cit., 30, nota 31; molto articolate, sul tema, le posizioni di A. GIUSSANI, cit., 170 ss.

⁵² Posto che, come già rilevato da una giurisprudenza di merito pervasa da un notevole *favor* per la mediazione, «Ai sensi dell'art. 5, comma II, d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, il giudice può invitare le parti a valutare la possibilità di un tentativo stragiudiziale di mediazione. In caso di adesione dei litiganti, il termine di quattro mesi per la mediazione stessa non è perentorio e, dunque, le parti del tavolo di conciliazione possono ottenere un rinvio dal giudice per proseguire con le attività conciliative ancora in corso» Trib. Varese, ordinanza 20 giugno 2012 (disponibile su [Il Caso.it](http://IlCaso.it)).

⁵³ Termine questo che viene considerato dilatorio, cfr. M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. Dir. Proc.* 2010 § 10. In Trib. Roma (sez. Ostia), 9 dicembre 2010, viene fissato alle parti termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza contenente l'invito alla mediazione per depositare la domanda.

⁵⁴ Seppur sempre assistiti dai propri avvocati, come chiarisce la circolare adottata dal Ministero di Giustizia il 27 novembre 2013, laddove leggiamo «Deve essere altresì chiarito che l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5 comma 2)».

⁵⁵ Come riconosceva la Relazione illustrativa al decreto, la quale spiegava che per rafforzare l'efficacia dello strumento mediazione, «al comma 2 è stato peraltro previsto che anche la mediazione facoltativa possa interferire con il processo».

In termini analoghi, anche quando le parti diano seguito al provvedimento dell'organo giudicante, resta sempre la possibilità per il giudice davanti al quale il processo prosegue, dopo il fallimento della sessione di mediazione, di valutare il comportamento delle parti al tavolo della mediazione (*maxime*, la mancata partecipazione al tavolo della mediazione, sanzionata con il richiamo all'art. 116, comma 2, c.p.c. dall'art. 8, comma 4 bis, d.lgs. 28/2010)⁵⁶.

A ciò si aggiunge la novella operata dal d. l. 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, che ha corroborato la sanzione incidente sul merito della decisione della lite, da ultimo richiamata, con altra sanzione di tipo prettamente economico.

È infatti previsto⁵⁷ che il giudice condanni la parte costituita, che non ha partecipato al procedimento di mediazione senza giustificato motivo, al versamento di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio, e tanto per tutti i casi indicati nell'art. 5 d.lgs. 28/2010, e dunque anche per l'ipotesi di mediazione *ex officio*. Per quella che è la formulazione della norma, sembrerebbe che la parte costituita nel giudizio in cui il giudice ha pronunciato il provvedimento relativo all'esperienza del tentativo di mediazione – che non partecipi al tavolo della mediazione in maniera del tutto ingiustificata – sarà condannata al pagamento di una somma pari al contributo unificato⁵⁸.

Il legislatore, con il d.l. 22 dicembre 2011 n. 212 (art. 12), è anche intervenuto a chiarire che tale sanzione verrebbe irrogata con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio dal giudice all'udienza successiva di cui all'articolo 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, vale a dire all'udienza in cui il giudizio procede a seguito del fallimento della mediazione⁵⁹. Al problema di stabilire a quali giudizi si applichi la novella relativa alle modalità con cui la sanzione sarebbe irrogata è stata offerta la seguente soluzione: la novella sarebbe applicabile ai giudizi rispetto ai quali il procedimento di mediazione, preventivo o successivo all'inizio del giudizio, si svolga dopo l'entrata in vigore della normativa (i.e. 23 dicembre 2011)⁶⁰.

⁵⁶ Tanto era stato già dedotto nei commenti ante riforma del decreto del fare, si veda M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Le Società* 6/2010, laddove l'autore vedeva nell'ipotesi della mediazione delegata non già la stipula di un contratto ma in ogni caso l'assunzione di un impegno da parte dei litiganti: ragion per cui, la parte che, accogliendo l'invito del giudice, non partecipasse alla mediazione, senza preoccuparsi di addurre un giustificato motivo, violava l'obbligo di lealtà ex art. 88 c.p.c.; *contra*, Trib. Varese, 6 e 8 luglio 2011, cit. «*La Legge non ricollega alcuna conseguenza al rifiuto dell'invito del Giudice [...] e tale omissione non può essere colmata né con l'art. 116 comma II c.p.c., né con l'art. 88 c.p.c., in quanto il Legislatore ha voluto che la scelta dei litiganti fosse libera e genuina non influenzata dal timore di ricadute sfavorevoli nella futura decisione giurisdizionale*». Non manca chi ipotizza anche l'ulteriore sanzione di cui al nuovo terzo comma dell'art. 96 c.p.c., a mente del quale il giudice, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, anche d'ufficio, può condannare la parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata, F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 170.

⁵⁷ Art. 2, comma 35-sexies «*All'articolo 8, comma 5, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n.28, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio"*».

⁵⁸ Nella precedente versione del dettato normativo in commento, tale ipotesi veniva apertamente ammessa per il caso in cui la parte avesse formalmente aderito all'invito del giudice e non si fosse poi presentata al tavolo della mediazione, F. LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea* in www.judicium.it e M. BOVE, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in www.judicium.it.

⁵⁹ Tuttavia, si veda la soppressione dell'art. 12 d.l. 212/2011 operata dalla l. 17 febbraio 2012, n. 10.

⁶⁰ M. VACCARI, *Media-conciliazione*, cit. 8-9, il quale chiarisce che in tal modo la parte coinvolta nella mediazione ha la possibilità di conoscere le conseguenze sanzionatorie della propria eventuale condotta omissiva. Tuttavia, al momento il condizionale è d'obbligo, vista la soppressione dell'art. 12 d.l. 212/2011 operata dalla l. 17 febbraio 2012, n. 10.

Quanto, infine, ai possibili esiti del tentativo di mediazione nei termini previsti dalla legge⁶¹, v'è da distinguere a seconda che la conciliazione sia raggiunta o meno.

Nel primo caso, quando la conciliazione viene raggiunta, il giudizio davanti al giudice delegante non ha alcuna ragione per proseguire.

Al riguardo si segnalano tre distinti percorsi che si aprono alla scelta delle parti: queste potrebbero presentarsi all'udienza originariamente fissata dal giudice per chiedergli il recepimento in sede giudiziale dell'accordo raggiunto in mediazione, secondo quanto previsto dall'art. 185 c.p.c.⁶².

In alternativa, si ammette anche che il giudice, informato dell'esito positivo della mediazione, possa concludere la procedura con una sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere⁶³. Altri ritengono, infine, che le parti potrebbero non presentarsi all'udienza fissata, percorrendo la strada dell'estinzione del processo ex art. 309 c.p.c.⁶⁴: tale opzione pare la più semplice ed efficace.

Per quello che è il passaggio finale dell'iter, e dunque l'omologazione del verbale di accordo, è difficile ammettere che ragioni di economia processuale possano giustificare l'attribuzione delle funzioni di omologa allo stesso giudice procedente⁶⁵, piuttosto che al presidente del tribunale territorialmente competente, secondo quanto si ricava dal testo dell'art. 12, comma 1, d.lgs. 28/2010: pertanto, vale la regola di competenza colà indicata.

Se, invece, l'accordo raggiunto riguarda solo alcuni aspetti della lite, il giudizio proseguirà per la definizione degli aspetti rimasti ancora controversi.

Infine, se la mediazione fallisce e le parti non trovano una soluzione che contemperi i loro interessi (con o senza una proposta formulata dal mediatore incaricato), il processo continuerà normalmente all'udienza fissata dal giudice.

Non senza che si produca un effetto di vasi comunicanti tra mediazione fallita e processo che prosegue. E infatti, considerato che lo svolgimento infruttuoso di una sessione di mediazione potrebbe produrre riverberi sanzionatori in punto di spese processuali, per il caso in cui il mediatore abbia formulato una proposta alle parti, si pongono all'analisi un problema sostanziale, relativo all'ammontare delle sanzioni da irrogarsi, e uno formale, concernente la produzione in giudizio del verbale che attesta il fallimento del tentativo di mediazione.

⁶¹ Resta inteso che, se le parti all'udienza preventivamente fissata dal giudice danno atto che la procedura di mediazione ancora non si è conclusa, potrebbe essere concesso un rinvio quale tempo supplementare per completarla.

⁶² F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 172, la quale pur riconosce che simile soluzione impedisce il godimento dei vantaggi fiscali descritti dall'art. 17, comma 3, d.lgs. 28/2010, anche nella consapevolezza che per i verbali di conciliazione giudiziale è comunque prevista l'esenzione fiscale fino a Euro 51.645,69.

⁶³ G. MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 195.

⁶⁴ R. TISCINI, cit., 160; si veda anche l'applicazione giurisprudenziale della posizione in Trib. Varese, ordinanza 20 giugno 2012, laddove si chiarisce che «non è imposto alle parti, in caso di esito favorevole della mediazione, di darne atto nel processo, ben potendo semplicemente non comparire per provocare l'estinzione del giudizio» (disponibile su Il Caso.it).

⁶⁵ M. BOVE, *La riforma di materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, §10, in www.judicium.it; C. BESSO, *La mediazione: definizione e tipologie*, cit., 62, la quale richiama esigenze di ottimizzazione e funzionalità che spingono ad affidare il compito dell'omologazione al giudice che già conosce la vertenza; *contra*, F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 171-172; R. TISCINI, cit., 161, secondo la quale, non essendoci nella mediazione delegata regole speciali per la competenza in materia di omologazione, varrebbe l'art. 12 citato, anche considerato che la divergenza tra giudice del merito e giudice dell'omologazione potrebbe anche dipendere da regole di competenza verticale (il giudice di pace può invitare alla mediazione, mentre deve essere il presidente del tribunale a omologare l'accordo).

Quanto alle sanzioni, l'art. 13 d.lgs. 28/2010 dispone l'irripetibilità per la parte vincitrice delle spese successive alla sessione di mediazione, nonché la condanna al rimborso delle spese del soccombente relative allo stesso periodo e al versamento di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto, quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta formulata dal mediatore e questa sia stata rifiutata dalla parte.

Da questo è agevole dedurre che nei casi di mediazione *ex officio*, ricorrendo le condizioni di cui all'art. 13 d.lgs. 28/2010, la parte che ha rifiutato una proposta il cui contenuto sia stato confermato in giudizio da un provvedimento del giudice viene condannata alle spese riferibili alla fase processuale successiva all'esperimento della mediazione (espletata in via endoprocessuale) e non anche a quella antecedente⁶⁶.

Per quel che riguarda, invece, la dimostrazione dell'eventuale coincidenza tra contenuto della proposta formulata dal mediatore e provvedimento del giudice, è necessario che il verbale di mediazione attestante tali circostanze sia prodotto nel giudizio che prosegue a seguito del fallimento della mediazione⁶⁷; in tal caso, quanto alla produzione, non opererebbero le preclusioni istruttorie di cui all'art. 183 c.p.c.⁶⁸.

Questo rappresenta un aspetto delicato che dà ragione dell'esistenza di un canale informativo ineliminabile tra giudizio e tavolo di mediazione.

Il problema della riservatezza era stato peraltro indicato fin dalle prime riflessioni sulla mediazione delegata come una criticità del rapporto tra mediazione e processo che la ingloba⁶⁹, termini che condividono identità di oggetto. Al momento, il riferimento va, *de iure condito*, agli art. 9, comma 1, e 10 d.lgs. 28/2010; quest'ultimo, in particolare, sancisce l'inutilizzabilità nel processo, nel nostro caso proseguito a seguito del fallimento di una sessione di mediazione disposta dal giudice, delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite nel corso della mediazione⁷⁰.

Una considerazione finale merita il tema della gestione economica di tale forma di mediazione, stante la circolare adottata dal Ministero di Giustizia il 27

⁶⁶M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Le Società*, 9/2010, § 5 «[...] se il risultato del processo corrisponde alla proposta di mediazione, la parte è solo formalmente vincitrice posto che in sostanza ha perso nel tragitto processuale successivo alla proposta, [...] nel caso [...]della cd. mediazione delegata, effettivamente solo una parte dell'attività processuale è da qualificare "successiva"».

⁶⁷ Vale a tal riguardo – in alternativa - la previsione contenuta nell'art. 8, comma 3, D.M. 180/2010 secondo cui «*Il responsabile dell'organismo trasmette altresì la proposta del mediatore di cui all'articolo 11 del decreto legislativo, su richiesta del giudice che provvede ai sensi dell'articolo 13 dello stesso decreto legislativo.*»

⁶⁸ C. AVESANI – M. LUPANO, *Il rapporto con il processo* in *La mediazione civile e commerciale*, C. BESSO (a cura di), 2010, 360.

⁶⁹ M. MARINARI, *L'a conciliazione delegata*, Secondo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, ISDACI 2008, 176 «*È certamente un punto controverso, perché si deve accuratamente evitare che la valutazione del comportamento delle parti possa spingersi a valutare le ragioni stesse del mancato accordo ed il merito delle proposte, ciò che metterebbe a rischio la riservatezza della procedura. Occorre trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di incentivare le procedure di ADR e quella di evitare che le posizioni delle parti siano conosciute dal giudice, in caso di fallimento del tentativo, ciò che renderebbe problematico, e disincentiverebbe lo stesso svolgimento della procedura.*».

⁷⁰ La lettura prevalente in dottrina va nel senso di considerare inutilizzabili le dichiarazioni e le informazioni ma non i fatti dedotti con le stesse, ragion per cui non vi sarebbero limiti all'allegazione e alla prova del *factum probandum* nel giudizio che prosegue dopo l'insuccesso della mediazione, tra gli altri cfr. M. BRUNIALTI, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, in *Giust. Civ.* 2011, 493. Il problema si pone con gradazioni di difficoltà differenti a seconda della fase e delle circostanze processuali in cui le parti si trovano a sperimentare la composizione bonaria della vertenza: bisogna dare per presupposta la possibilità che le parti giungano alla mediazione quando hanno già svolto in giudizio un certo grado di attività istruttoria.

novembre 2013. Il problema si è posto in relazione ai criteri di determinazione dell'indennità di mediazione, considerato che l'art. 17 del d. lgs. 28/2010, come novellato, prevede, al comma 4 lett. d), che con decreto ministeriale sono determinate le riduzioni minime delle indennità dovute nel caso in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis ovvero, per quello che qui rileva, è disposta dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 2.

Come spiegato nella circolare, in attesa di eventuali interventi di adeguamento del D.M. 180/2010, deve ritenersi che, avendo la mediazione disposta dal giudice natura obbligatoria, tale identità di natura delle due forme di mediazione in esame fa ritenere che anche nella mediazione *ex officio* sia applicabile almeno la riduzione dell'importo massimo del compenso (e i divieti di aumenti del compenso), esattamente nei termini di cui all'art. 16 comma 4 lett. d) del D.M. 180/2010, ovvero negli stessi termini dell'analogha previsione già esistente per l'ipotesi di mediazione obbligatoria *ex lege*.

Infine, anche per la "nuova" mediazione delegata è sancita una forma soft di improcedibilità, che non comporta alcuna decadenza: il mancato passaggio in mediazione deve essere rilevato dalla parte o dal giudice. Superata questa barriera processuale senza eccezioni, il relativo vizio è sanato con la prosecuzione del giudizio.

Allo stesso modo, secondo quanto previsto dal nuovo comma 2 bis dell'art. 5 d.lgs. 28/2010, laddove nella prima riunione conciliativa si accerti che non vi è possibilità di una soluzione bonaria, tale incontro consente di considerare avverata la condizione di prosecuzione del giudizio già in corso⁷¹.

4. I limiti di operatività della mediazione *ex officio*

L'incipit dell'art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010 («fermo quanto previsto dal comma 1 bis») conferisce il senso di una convivenza tra mediazione obbligatoria per legge e mediazione sollecitata dal giudice. Concordemente, nella relazione illustrativa del decreto si leggeva che «nelle materie di cui al comma 1, la mediazione sollecitata dal giudice non è impedita o vietata dal fallimento della mediazione `obbligatoria`. [...]il giudice può individuare nuovi spazi di composizione della controversia e invitare le parti a esplorarli».

L'osservazione, sia pure calata nel più stringente contesto di una mediazione *ex officio*, pare condivisibile. Sicuramente per l'insito dinamismo della situazione conflittuale e anche processuale, in ragione del quale lo svolgimento delle vicende processuali, e in special modo l'attività istruttoria, possono far emergere la concreta esistenza di margini per una composizione concordata della vertenza con l'aiuto di un mediatore professionista⁷², anche laddove un precedente tentativo ci sia già stato. Anche la prassi sembra andare in tal direzione⁷³.

⁷¹ Con alcune perplessità sull'efficacia di una simile previsione, si veda F. FERRARIS, *La novellata mediazione delle controversie civili e commerciali: luci e ombre di un procedimento "revitalizzato"* in I Contratti, 10/2013.

⁷² *Contra* S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, 23 gennaio 2010 su www.mondoadr.it, che invoca un principio di economia processuale che indirizzerebbe verso il tentativo di conciliazione fatto dal giudice.

⁷³ Trib. Prato, 16 gennaio 2012, cit., laddove si chiarisce che la mediazione delegata «deve ritenersi applicabile a tutte le controversie e non solo a quelle oggetto di mediazione obbligatoria di cui al comma 1 dell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010».

D'altronde, se la mediazione può essere disposta dal giudice anche quando il tentativo sia stato già esperito dalle parti quale condizione di procedibilità, sia prima dell'inizio del processo che nel corso dello stesso, nulla esclude che il giudice di secondo grado pronunci un provvedimento con cui viene disposto l'esperimento del tentativo di mediazione anche quando il collega del primo grado di giudizio abbia provveduto ad analogo passo⁷⁴.

Senza trascurare che il provvedimento del giudice in tal senso può costituire un utile strumento per recuperare agli spazi della mediazione quei mutamenti oggettivi (e perché no, soggettivi) della controversia che dovessero *medio tempore* intervenire, sempre laddove il giudice reputi utile disporre la mediazione.

Non manca di supporto la tesi secondo cui, laddove in giudizio emergano domande e parti pretermesse nel tentativo di mediazione obbligatorio per legge, la decisione per un nuovo tentativo di mediazione *ex officio* spetti proprio al giudice⁷⁵: l'azione di questi costituirebbe il filtro naturale per un utilizzo consapevole dello strumento risolutivo endoprocessuale in relazione alle circostanze del caso.

In questo modo la separazione tra mediazione *ex officio* e mediazione obbligatoria *ex lege* presenterebbe confini più sfumati⁷⁶.

In effetti, così opinando, l'improcedibilità andrebbe dichiarata nelle ipotesi previste dalla legge (i.e. quando non vi è stata mediazione ovvero quando la mediazione non è ancora terminata, secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 1 bis, d.lgs. 28/2010) per la sola domanda principale; in tutte le altre circostanze di intervenuti mutamenti oggettivi o soggettivi della vertenza, il giudice dovrebbe essere in grado di valutare, caso per caso, l'utilità di un nuovo tentativo, soprattutto quando apprezzi la possibilità che la questione sia definita con accordo bonario. Si individuerrebbe, così, nella prassi una forma ibrida di mediazione, a metà strada tra quella obbligatoria *ex lege* e quella *ex officio*.

Interessante, al riguardo, appariva una delle prime pronunce sui rapporti esistenti tra mediazione come condizione di procedibilità e mediazione sollecitata dal giudice: si trattava di un'ordinanza del Tribunale di Palermo⁷⁷. Il contributo è di rilievo perché - delineato il campo d'azione della mediazione obbligatoria, con l'esclusione dall'ambito della stessa di tutte le domande (riconvenzionale inedita, domanda trasversale, *reconventio reconventionis*) che siano diverse da quella dell'attore proposta con l'atto introduttivo del giudizio - impegna il giudice procedente a svolgere un ruolo supplementare, per valutare quelle circostanze nel frattempo intervenute e quelle proprie di causa (come la disponibilità alla mediazione manifestata da una delle parti) che militano in favore di un percorso di mediazione giudizialmente sollecitata davanti ad un organismo specializzato.

⁷⁴ Sull'inesistenza di limiti quantitativi all'uso della mediazione cfr. R. TISCINI, cit., 152, seppur nella consapevolezza che la sensibilità del giudice impedirà un abuso dello strumento.

⁷⁵ Seppure questo sia un passaggio elaborato per la precedente versione del dettato normativo, si ritiene che non sussistano ostacoli per una sua applicazione alla mediazione *ex officio*, L. NELA, *Spunti sulla pluralità di domande e di parti nel procedimento di mediazione* in Giur. It. 1/2012; C. BESSO, *Mediazione obbligatoria: lo stato delle cose* in Giur. It. 1/2012.

⁷⁶ F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 124; A. PETTA, *La mediazione obbligatoria nel giudizio oggettivamente complesso*, in Giur. merito 2012, 2, § 4.

⁷⁷ Tribunale di Palermo, Sezione di Bagheria, 11 luglio 2011 (ord.).

L'ampiezza di utilizzo dello strumento risolutivo endoprocessuale subisce, d'altro canto, limiti che il legislatore individua espressamente nel d.lgs. cit., laddove viene esclusa l'operatività della mediazione *ex officio* in una serie di situazioni e procedimenti, tutti elencati ai commi 3 e 4 dello stesso articolo 5.

Dal comma 3 si ricava il chiaro dato testuale secondo cui la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari non è impedita dallo svolgimento di una fase stragiudiziale (art. 5, comma 3, d.lgs. 28/2010 «*Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.*»).

Chiaro è il riferimento ai provvedimenti regolati dal capo III del titolo I, libro IV del codice di rito. È evidente che, nell'ipotesi di mediazione d'ufficio, non si pone invece il problema della trascrizione della domanda giudiziale, dal momento che questa è stata già proposta.

Inoltre, non si dà luogo all'ipotesi di una sollecitazione del giudice alla mediazione nei casi indicati al comma 4, e cioè:

- a. procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- b. procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 c.p.c.;
- c. nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696 bis c.p.c.⁷⁸;
- d. procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, c.p.c.;
- e. procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- f. procedimenti in camera di consiglio;
- g. azione civile esercitata nel processo penale.

A spiegare la *ratio* di detta esclusione era intervenuta la relazione illustrativa al decreto, la quale chiariva che nei procedimenti elencati la tutela giurisdizionale è in grado, con modalità sommarie e che non richiedono un preventivo contraddittorio, di soddisfare in modo veloce gli interessi di chi agisce.

L'iniziativa del giudice diretta a disporre l'esperimento della mediazione è esclusa sempre e comunque – dunque in maniera assoluta – per procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata⁷⁹, per procedimenti in camera di consiglio⁸⁰, per i procedimenti di consulenza tecnica

⁷⁸ Tale previsione è frutto delle modifiche intervenute con il decreto del fare, che ha aggiunto all'elenco di procedimenti in cui la mediazione *ex officio* non trova posto proprio lo strumento della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c..

⁷⁹ Nella relazione illustrativa al decreto l'esclusione veniva giustificata nel senso che tali procedimenti hanno stretta ineranza con l'esecuzione, «*Consentire o, peggio, imporre la dilazione nella fase processuale in cui la soddisfazione del singolo diritto è più prossima significherebbe aprire la strada a manovre dilatorie da parte dei debitori eseguiti*».

⁸⁰ L'esclusione si giustifica principalmente per la flessibilità e rapidità con cui il giudice può provvedere sul bene della vita richiesto (relazione illustrativa). Si ricorda, efficacemente, che la maggior parte delle procedure camerali si svolgono nel campo del diritto di famiglia ove è più facile che intervenga il limite della disponibilità del diritto in

preventiva ai fini della composizione della lite, ex art. 696 bis c.p.c., nonché per l'azione civile esercitata nel processo penale⁸¹. Al contrario, il giudice riacquista la facoltà di disporre la mediazione nei procedimenti elencati alle lettere a., b. e d. del comma 4 in una fase processuale successiva (rispettivamente, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 c.p.c. e fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, c.p.c.).

Desta sorpresa, in dottrina⁸² e nei pareri tecnici sul decreto⁸³, la mancata inclusione nell'elenco dei procedimenti sciolti da ipotesi di mediazione (siano esse obbligatorie per legge o su invito del giudice) del nuovo procedimento sommario di cognizione disciplinato dall'art. 702 bis c.p.c., pure caratterizzato da forti esigenze di celerità. Il dato testuale, e dunque il silenzio del legislatore, non permette di far altro che considerare ammessa la facoltà del giudice di disporre la mediazione anche nel nuovo procedimento sommario di cognizione.

5. Aspetti vantaggiosi della mediazione ex officio nel raffronto con la conciliazione giudiziale

Bisogna riconoscere che esperienze di un tentativo di composizione amichevole della vertenza svolto *aliunde*, rispetto alla sede ordinaria di giustizia, sono da accogliersi con assoluto favore.

In effetti con una previsione di tal fatta, il legislatore risolve l'equivoco di fondo, chiarendo che la conciliazione tentata dal giudice non è vera e propria mediazione. Tanto in piena coerenza con il dettato comunitario, che sgombra il campo da sbrigative sovrapposizioni tra mediazione e conciliazione tentata dal giudice precedente⁸⁴.

A ben vedere, la mediazione disciplinata dall'art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010 si affianca senza sostituirla alla conciliazione giudiziale e inoltre, come precisa la relazione illustrativa al decreto, ha potenzialità e peculiarità che sono assolutamente ignote ai poteri del giudice, soprattutto in virtù dell'utilizzo di tecniche e soluzioni facilitative con le quali il mediatore ha ben maggiore familiarità.

In effetti, non mancano nel codice di rito previsioni che affidano al giudice il compito di svolgere tentativi di conciliazione tra le parti in litigio: di queste è opportuno fare menzione, senza pretesa alcuna di esaustività, per consentire

contesa, cfr. G. DOSI, *Dalla conciliazione giudiziale alla mediazione stragiudiziale*, in Giust. Civ. 2011, 06, § 2.

⁸¹ Sempre la relazione illustrativa spiegava che «tale azione è subordinata ai tempi e alle condizioni dello stesso [processo penale]; subordinarne l'esercizio alla previa mediazione equivarrebbe a impedire o a ostacolare fortemente la costituzione di parte civile, così sacrificando una forma di esercizio dell'azione civile da reato di grande efficacia e forte valore simbolico».

⁸² F. SANTAGADA, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, cit., 21; C. AVESANI - M. LUPANO, cit., 334-335; R. TISCINI, cit., 172.

⁸³ Parere del CSM 4 febbraio 2010, cit., il quale spiega «Sarebbe, inoltre, utile ampliare l'elencazione di cui al quarto comma, in maniera tale da comprendere anche il procedimento sommario di cognizione previsto dall'art. 702 bis c.p.c. e ss., che pure si contraddistingue per la celerità della definizione del giudizio, risultando diversamente vanificato lo scopo stesso per cui esso è stato introdotto nel codice di rito dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69»; posizione affine è espressa nel Parere del Consiglio Nazionale Forense sullo schema di decreto.

⁸⁴ Art. 3 dir. 2008/52/CE, laddove la mediazione viene definita come un procedimento strutturato recante determinate caratteristiche, con esclusione dei «[...]tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima»

un parallelo e segnare le differenze tra tali forme di conciliazione e la mediazione *ex officio* come disciplinata dal d.lgs. 28/2010.

Il campo di elezione del tentativo di conciliazione in ambito giudiziale è senza dubbio quello delle controversie giuslavoristiche. Al momento, ferma la facoltatività del tentativo extragiudiziale di conciliazione di recente ripristinata (2010), v'è ampia facoltà del giudice del lavoro di sentire le parti e tentare, nell'udienza di discussione, la conciliazione tra le stesse (art. 420 c.p.c.)⁸⁵.

Altro riferimento va all'art. 320 c.p.c., laddove è previsto che il giudice di pace - nel corso del giudizio innanzi ad esso instaurato, e più in dettaglio nella prima udienza - interroghi liberamente le parti e ne tenti la conciliazione. Se la conciliazione viene realizzata, l'accordo raggiunto vale come titolo esecutivo.

Al di là di un processo contenzioso già incardinato, poi, al giudice di pace le parti in lite potranno liberamente rivolgersi perché questi svolga la funzione di amichevole compositore, per tentare la c.d. conciliazione giudiziale preventiva, secondo quanto previsto dall'art. 322 c.p.c.⁸⁶. Anche in questo caso, se la conciliazione riesce, il verbale di accordo redatto dal giudice di pace ha valore di titolo esecutivo, purché riguardi materie che rientrano nella competenza di tale giudice (art. 7 c.p.c.), altrimenti sembrerebbe valere come scrittura privata riconosciuta in giudizio⁸⁷.

Per quel che concerne i procedimenti davanti al tribunale, l'art. 185 c.p.c., nella versione successiva alla riforma del 2006, ha abbandonato l'obbligatorietà dell'esperimento conciliativo in favore della sua facoltatività, prevedendo dunque la possibilità per le parti, in qualunque momento dell'istruzione, di richiedere congiuntamente al giudice di fissare un'udienza ai fini dell'esperimento del tentativo di conciliazione⁸⁸.

Non si può tralasciare, poi, la recentissima novità introdotta nel codice di rito, sub art. 185 bis, proprio con il decreto del fare, secondo cui il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa⁸⁹.

Quanto, infine, ai giudizi di secondo grado, sussiste comunque l'obbligo per il giudice (art. 350 c.p.c.) di esperire il tentativo di conciliazione.

Tuttavia, il buon intento che regge tutte le sopra richiamate ipotesi di un attivo coinvolgimento giudiziale nella conciliazione dei litiganti si scontra con

⁸⁵ G. SPOTO, *Le altre conciliazioni*, in *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, B. SASSANI e F. SANTAGADA (a cura di), Dike Giuridica Editrice II ed 2011, 115; in più l'art. 420 c.p.c., come modificato dalla l. 183/2010, prevede anche che il giudice, nel corso del tentativo di conciliazione, possa formulare alle parti una proposta transattiva, del cui rifiuto ingiustificato può tener conto ai fini della decisione.

⁸⁶ Per una descrizione completa della struttura processuale di tale strumento e dei poteri del giudice di pace si veda F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 167 ss.

⁸⁷ Non manca chi sostiene che anche il verbale sottoscritto per materie che esulano dalla competenza del giudice di pace avrebbe efficacia di titolo esecutivo (sia pure limitatamente ai casi in cui lo stesso riguardi il pagamento di somme di denaro), in virtù di quanto stabilisce l'art. 474 c.p.c., comma 2 n. 2, che include le scritture private autenticate nel gruppo dei titoli idonei a fondare l'esecuzione, F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 205-206.

⁸⁸ Ciò sembra coordinarsi con l'iniziativa ufficiosa libera del giudice che può procedere all'interrogatorio libero delle parti ex art. 117 c.p.c. e può compiere il tentativo di conciliazione, come segnalato da F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 241-242.

⁸⁹ Articolo inserito dall'articolo 77, comma 1, lettera a), del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv., con modif., in l. 9 agosto 2013, n. 98. Da notare che, in ogni caso, la proposta del giudice presenta anche un ambito applicativo non coincidente rispetto alla mediazione *ex officio*: e cioè fino alla chiusura dell'istruttoria per la conciliazione endoprocessuale e fino all'udienza in cui le parti devono "precisare le conclusioni" per la mediazione delegata.

un'evidenza di segno opposto, che ha decretato il cattivo senso di un'iniziativa conciliativa affidata all'organo giurisdizionale investito della controversia. La stessa esperienza storica evidenzia il fallimento della conciliazione giudiziale, dati i rilievi statistici che dimostrano come l'esito conciliativo sia infrequente, rispetto al volume del contenzioso⁹⁰.

In primis, il giudice non è professionista formato alle tecniche di mediazione e gestione del conflitto, né aduso al negoziato dello stesso: tanto non rientra nelle sue competenze di base. Come è stato indicato⁹¹, quanto il giudice fa, nel momento in cui tenta la conciliazione tra le parti, presenta elementi affini con il modello dell'*Early Neutral Evaluation*, nella quale un esperto fornisce alle parti una previsione ragionata sull'esito della causa: nel caso di specie, la previsione è ancora più autorevole per il fatto che si tratta di una previsione formulata, sia pure sotto forma di proposta conciliativa, dallo stesso giudice che dovrà emettere la sentenza in caso di fallimento del tentativo di conciliazione.

Quest'ultima considerazione, in effetti, anticipa un altro problema. Vi è che il giudice che conosce di una controversia ha il compito di deciderla, applicando precetti normativi e logiche di torto e ragione; è quindi arduo che le parti si dispongano nei confronti di tale tentativo di composizione amichevole dimenticando che, in caso di insuccesso, quello stesso giudice, dismesse le vesti del conciliatore, sarà il decisore della contesa.

Ciò rappresenta, senza ombra di dubbio, il limite intrinseco della conciliazione fatta dal giudice⁹².

Le parti sono ben consapevoli del fatto che le loro dichiarazioni possono influenzare il convincimento del giudice e dunque non risultano spontanee e collaborative, ma sono piuttosto ritrose nel fornire contributi efficaci a fini conciliativi, poiché temono che tale atteggiamento possa essere usato a loro detrimento.

Le dinamiche di comunicazione sono inevitabilmente alterate tra le parti: esse non saranno portate a formulare proposte o a negoziare, perché temono che ciò sia visto come ammissione o riconoscimento della fondatezza dell'altrui pretesa. In sostanza, le parti non si prestano a condotte che potrebbero essere intese come debolezza di posizione⁹³, potendo queste influenzare negativamente il giudice nel momento in cui accerta le questioni controverse.

D'altronde, nell'attesa che si diffonda la cultura degli strumenti alternativi di giustizia, l'iniziativa che il giudice assuma disponendo che le parti si siedano al tavolo della mediazione può agevolare l'interazione tra le stesse, poiché non solo toglie dall'imbarazzo della proposta di mediazione uno dei litiganti⁹⁴ ma è

⁹⁰ G. DOSI, cit., 343.

⁹¹ M. MARINARI, *L^a conciliazione delegata*, cit., 167, laddove si evidenzia come la vera e propria mediazione si caratterizzi per essere professionale, strutturata e tecnicamente organizzata.

⁹² M. TARUFFO, *La composizione delle liti: la conciliazione*, in *Autodisciplina, conciliazione, arbitrato*, Milano 1997, 27 ss.

⁹³ F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 162-163, laddove viene sottolineata la minore disponibilità negoziale delle parti quando funzioni conciliative e funzioni giudicanti sono concentrate in un unico soggetto; in senso analogo, M. MARINARI, *L^a conciliazione delegata*, cit., 167 «Noi tutti sappiamo che le parti non sono generalmente disposte ad esprimersi liberamente e sinceramente dinanzi al giudice, e l'esperienza di molti paesi dimostra che esse tendono a considerare ogni loro concessione come una manifestazione di debolezza, o un'ammissione delle ragioni dell'altra parte che il giudice non potrà dimenticare, quando deciderà la causa».

⁹⁴ Proposta che potrebbe essere vista come una implicita ammissione di debolezza di posizione o pochezza di strategia processuale, come segnalato da F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 168.

espressione della tutela dell'interesse comune delle parti, messo in ombra dallo scontro dei contrapposti interessi egoistici delle stesse⁹⁵.

L'autorità che il giudice incarna, in virtù della sua funzione, costituisce l'ostacolo principale all'assimilazione di tentativo di conciliazione esperito dal giudice e mediazione *tout court*.

Si definisce ontologica la differenza esistente tra i due tentativi giacché il mediatore, a differenza del giudice, «*non coordina il processo di comunicazione che si svolge in sua presenza quale strumento per la formazione di un suo convincimento finalizzato in conclusione alla decisione*»⁹⁶.

Inoltre, il negoziato condotto da un terzo che è tenuto a valutare la fondatezza delle pretese delle parti e a trasfondere tale propria valutazione in un provvedimento decisorio finale, vincolante per le parti, rischia di pregiudicare la posizione imparziale dell'organo giurisdizionale⁹⁷.

Una previsione come il comma 2 dell'art. 5 d.lgs. cit. realizza il vantaggio di tenere separate due funzioni⁹⁸, quella dell'organo giurisdizionale (che ha il potere di decidere la controversia) e quella del mediatore (che invece ha il compito di aiutare le parti a comporre la lite con soluzioni di reciproca soddisfazione).

In virtù di tale rilievo, non coglierebbe nel segno neanche il richiamo ai poteri di direzione riconosciuti al giudice istruttore dall'art. 175 c.p.c. ai fini di un leale e sollecito svolgimento del processo, che porterebbero ad accentrare in un unico soggetto, vale a dire il giudice, i poteri primari di verifica di possibilità conciliative, prima di far gestire la controversia *aliunde*, tentando la strada della mediazione⁹⁹.

E risulta di difficile comprensione la posizione critica del Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) nei confronti dell'ipotesi della mediazione (già delegata e della distinzione di ruoli che essa consente. Pur riconoscendo come «*verosimile che nel corso del giudizio - anche alla luce delle eventuali risultanze istruttorie acquisite - maturino le condizioni per la conciliazione della causa*»¹⁰⁰, il CSM sembra prediligere ragioni di pura funzionalità, che

⁹⁵ G. BUFFONE, *La mediazione demandata dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano*, 23 gennaio 2013, disponibile su http://www.aequitasadr.info/wp-content/uploads/2013/03/BUFFONE-La_mediazione_su_invito_del_giudice.pdf.

⁹⁶ A. CAPUTO, *Strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione* in *Mediazione, ADR, Arbitrato*, Antonio CAPUTO Pia Grazia MISTÒ, 2010, 29. Per un'interessante disamina dei profili psicologici emergenti in sede di conciliazione giudiziale si rimanda a *Riflessioni sulla mediazione dei conflitti nella giustizia di pace*, pubblicazione a cura dell'UNICRI, Provincia di Torino, 2004 ivi citato.

⁹⁷ L. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 599-602; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 306, secondo cui le soluzioni conciliative del giudice potrebbero essere intese come anticipazioni di giudizio. In tal senso, si reputa utile il riferimento contenuto nell'art. 185 bis c.p.c., laddove si chiarisce che la proposta di conciliazione non può costituire motivo di ritorsione o astensione del giudice.

⁹⁸ F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 167; M. BOVE, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, n. 13 del 27 marzo 2010, 12. Tocca di misura l'argomento la delibera del CSM in data 18 gennaio 2012, in tema di compatibilità tra la funzione del giudice di pace e la figura del mediatore: a garanzia della totale e assoluta separazione degli ambiti, l'organo di autogoverno della magistratura ha stabilito che l'attività di mediatore professionista di cui al d.lgs. 28/2010 non è compatibile con le funzioni di giudice di pace anche se svolte in ambiti territoriali di circondari di tribunale diversi da quelli nel quale sono esercitate le funzioni onorarie.

⁹⁹ M. VACCARI, *Media-conciliazione*, cit., 6, laddove l'autore auspica che sia sempre il giudice precedente a vagliare per primo, soprattutto con i difensori, se vi sono concreti margini di trattativa, e in caso di verifica positiva a fissare conseguentemente l'udienza ex art. 185 c.p.c.; in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione all'udienza ex art. 185 c.p.c. si potrebbe dunque procedere con la fissazione dell'udienza di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010.

¹⁰⁰ Parere allo schema di decreto legislativo: «Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di

indurrebbero a far gestire il tentativo di conciliazione da parte dello stesso giudice procedente, se del caso con l'aiuto di un mediatore ausiliario¹⁰¹.

Tutto questo in virtù del rilievo secondo cui il giudice è a conoscenza dello stato della causa ed è in grado di indirizzare le parti verso un accordo che tenga conto anche delle emergenze processuali, in maniera tale che l'attività fino ad allora compiuta non vada dispersa.

Alla sottigliezza di distinguere ruoli e funzioni tra mediatore e giudice, la mediazione *ex officio* aggiunge, infine, l'ulteriore vantaggio di un rimando ragionato e ponderato alla mediazione. Essa consente al giudice una valutazione oculata di quali controversie presentino il *fumus* che giustifica il tentativo di una composizione bonaria della lite¹⁰²; non tutte le controversie sono, infatti, rimandate alla mediazione.

6. I progetti di mediazione delegata ante d.lgs. 28/2010. La leva del successo futuro

Già prima dell'iniziativa del legislatore, alcune sparse riflessioni attorno agli aspetti positivi della mediazione condotta da soggetti diversi dal giudice procedente hanno dato corpo a progetti interessanti, tesi a promuovere concretamente forme di interazione tra organi giurisdizionali e mediatori professionisti.

Uno di questi, il primo sul territorio nazionale, è stato il "Progetto Conciliamo", promosso dalla Corte d'Appello di Milano¹⁰³. Tale progetto, nato alla fine del 2005 e varato circa due anni dopo, veniva promosso per iniziativa di un gruppo di studio di varia composizione (si registra la partecipazione di istituzioni arbitrali, ordini professionali e magistrati¹⁰⁴) con l'obiettivo di facilitare ai cittadini l'accesso a meccanismi di conciliazione delle controversie civili gestiti da soggetti diversi dal giudice, sia prima del giudizio che durante lo stesso¹⁰⁵.

Il progetto si concentra attorno alla possibilità di promuovere la cultura degli strumenti di composizione amichevole delle vertenze. La strada della promozione, per come delineata nel progetto, è duplice: vera cultura si fa informando il cittadino che intenda agire in giudizio per la tutela del proprio diritto su tali strumenti e sugli organismi competenti, in modo da integrare la gamma dei percorsi di giustizia a disposizione delle parti e dunque delle soluzioni del conflitto (nella tipica logica del *multi-door system*¹⁰⁶, laddove le vie di accesso alla giustizia vengono moltiplicate e modulate a seconda delle esigenze del cittadino).

mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» (Delibera del 4 febbraio 2010).

¹⁰¹ Come riportato da T. GALLETTO, *Miti e realtà della conciliazione stragiudiziale*, in Futuro, Giustizia, Azione collettiva, Mediazione, V. VIGORITI e G. CONTE (a cura di), 2010, 438.

¹⁰² L. DITTRICH cit., «la sollecitazione del giudice presumibilmente interverrà nell'ambito di controversie nella quali le parti avranno già dato mostra di disponibilità transattive».

¹⁰³ www.progettoconciliamo.it.

¹⁰⁴ I soci fondatori risultano Associazione per lo Sviluppo delle Agenzie di Conciliazione - A.S.A.C., Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano, Camera di Conciliazione della Fondazione Commercialisti di Milano, Istituto Nazionale Tributaristi, Ordine degli Avvocati di Milano, Organismo di Conciliazione della Fondazione Forense di Milano, Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano, Ordine dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili di Milano.

¹⁰⁵ VENTURA, *Progetto Conciliamo: primo esperimento in Italia di conciliazione delegata*, in I Contratti, 2 / 2009, 209.

¹⁰⁶ G. ARMONE- PORRECA, *La mediazione tra cultura rituale, processo e conflitto*, in Foro it., 2010, V, 95.

O anche prevedendo, quando il giudizio è stato già incardinato, che il giudice possa sollecitare le parti, in prima udienza o in qualsiasi altro momento, a tentare la conciliazione della controversia, presso organismi che offrono professionalmente questo tipo di servizio, creando in tal modo un ponte tra conciliazione e giustizia civile.

La sperimentazione è stata concretamente avviata aprendo, nel novembre 2008, uno sportello nel Palazzo di Giustizia di Milano, quale punto di riferimento stabile cui possono rivolgersi le parti costituite in giudizio e chiunque voglia interessarsi ai sistemi alternativi di risoluzione di una controversia (eventi e attività promozionali a tema o altre notizie di tipo operativo)¹⁰⁷. Ci sono dunque finalità puramente informative sulla mediazione e una missione più propriamente operativa.

I frutti del progetto sono arrivati con alcuni casi di accordo tra le parti cui si è giunti proprio a seguito di tentativi di conciliazione stragiudiziale esperiti su invito rivolto dal giudice¹⁰⁸.

Altra esperienza, nata da una collaborazione tra Tribunale di Firenze, Università di Firenze e il locale Ordine degli Avvocati, è quella del "Progetto Nausicaa"¹⁰⁹, varato nel dicembre 2009.

A queste prime iniziative hanno fatto seguito numerosi protocolli tesi a promuovere la diffusione della mediazione delegata: si segnalano il Protocollo di Varese, il "Progetto Conciliazione" di Perugia e il Protocollo d'Intesa di Bologna.

Più di recente (gennaio 2013), e prima della riforma operata dal decreto del fare, è stato presentato il Progetto Mediazione - promosso dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano e al quale hanno aderito l'Ordine degli avvocati di Milano e gli Uffici della formazione dei magistrati togati e onorari del distretto - proprio sulla mediazione demandata dal giudice, perché ne sia esaltato l'utilizzo nei processi civili in cui la natura della controversia e/o i rapporti di "vicinanza" tra i litiganti indicano un possibile interesse delle parti a raggiungere un accordo che consenta loro di proseguire nella relazione, o di porvi fine consensualmente, evitando la proliferazione delle liti. L'obiettivo è quello di promuovere lo strumento ai giudici e agli avvocati e di controllare gli esiti degli inviti alla mediazione in termini sia di adesione sia di raggiungimento o meno di un accordo¹¹⁰.

Al di là di queste poche oasi, tuttavia, l'esperienza italiana della mediazione delegata non pare statisticamente significativa, al momento: i numeri diffusi dal Ministero di Giustizia parlano del 2,9% di mediazioni delegate fino al 31 dicembre 2012¹¹¹. Ciò dimostrerebbe che il funzionamento dell'istituto dipende

¹⁰⁷ VENTURA, *Progetto Conciliamo*, cit., 210.

¹⁰⁸ VENTURA, *Progetto Conciliamo*, cit., 210; si riportano circa 80 proposte di mediazione delegata formulate dai giudici ai litiganti nel biennio 2008-2009, C. BESSO, *La mediazione: definizione e tipologie*, cit., 58; parla di decine di casi gestiti in pochi mesi dal progetto M. MARINARI, *L'conciliazione delegata*, cit., 164.

¹⁰⁹ Alcuni dati concreti relativi al progetto toscano sono segnalati nel Quinto Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, ISDACI 2012, 239-240, laddove si parla di circa 75 casi di mediazione delegata nell'anno 2010.

¹¹⁰ Tutto ciò in collaborazione con la Camera di Commercio di Milano, che curerà il database nel quale i giudici potranno inserire il numero di ruolo dei procedimenti nei quali hanno rivolto alle parti l'invito alla mediazione e l'esito di questi inviti.

¹¹¹ MEDIAZIONI Rilevazione statistica con proiezione nazionale, Ministero della Giustizia, Direzione Generale di Statistica, dati ripresi e commentati nel Sesto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia (2012); G. ALPA, S. IZZO, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso* in www.judicium.it.

eccessivamente da iniziative di collaborazione tra tribunali e organismi di mediazione¹¹² e difetta ancora una diffusione della cultura dello strumento.

A curare striscianti forme di indolenza era intervenuto, per la mediazione delegata, il d.l. 22 dicembre 2011 n. 212 (art. 12), che modificava l'art. 5 d.lgs. 28/2010, inserendovi il comma 6 bis¹¹³: esso stabiliva che i responsabili degli uffici giudiziari avrebbero dovuto adottare ogni iniziativa necessaria per favorire l'uso della mediazione civile e riferire ogni anno al CSM ed al Ministero della Giustizia. Sebbene questa previsione non fosse stata riprodotta dalla legge di conversione n. 10/2012, tanto dava evidenza dell'intenzione di assumere un approccio favorevole verso la mediazione, facendo valutare ai giudici le opportunità della mediazione e ridurre, per quella via, il debito giudiziario.

Questo dà ragione della bontà della posizione di coloro che prevedono che il successo della mediazione passerà proprio attraverso la corretta conoscenza e familiarità che dello strumento avranno i magistrati¹¹⁴.

Uno dei fronti di informazione che rende la mediazione efficiente e utile, infatti, è quello dei giudici impegnati nella lite¹¹⁵ ed è su questo che si cerca di portare un contributo significativo con varie azioni di sensibilizzazione operate anche a livello comunitario¹¹⁶.

Non v'è dubbio che la legittimazione degli strumenti alternativi di composizione bonaria delle liti vada affidata alla magistratura¹¹⁷ perché sia fatta in maniera proficua. L'utilizzo della mediazione non può essere rimesso soltanto agli obblighi generali e astratti di legge, quale soluzione da proporre sempre e comunque per curare i mali della giustizia italiana; deve risultare piuttosto un modo per indirizzare la domanda di giustizia del cittadino verso strumenti adeguati in relazione alle circostanze del caso concreto.

L'ampia fenomenologia delle situazioni patologiche in ambito civile e commerciale va curata con rimedi "atipici", che di volta in volta anche il giudice può proporre e che le parti possono modulare a seconda delle circostanze concrete.

In questo discernere l'opportunità di mediare, da esercitarsi distintamente caso per caso, il giudice procedente può svolgere un compito istruttivo, serio e delicato: spetta anche a lui mettere a disposizione delle parti modalità di composizione del conflitto più appropriate e valide per il tipo di vertenza da risolvere.

¹¹² Statistiche relative al periodo 21 marzo 2011 - 31 dicembre 2012, diffuse dal Ministero di Giustizia; altro dato che meriterebbe un'attenta riflessione, nell'analisi del primo periodo, l'esito degli incontri di mediazione delegata, positivo soltanto in 1/3 dei casi.

¹¹³ Art. 5, comma 6 bis, d.lgs. 28/2010: «6-bis. Il capo dell'ufficio giudiziario vigila sull'applicazione di quanto previsto dal comma 1e adotta, anche nell'ambito dell'attività di pianificazione prevista dall'articolo 37, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ogni iniziativa necessaria a favorire l'esplicitamento della mediazione su invito del giudice ai sensi del comma 2, e ne riferisce, con frequenza annuale, al Consiglio superiore della magistratura ed al Ministero della giustizia».

¹¹⁴ F. LUISO, cit.

¹¹⁵ Come opportunamente ricordato da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura* in Riv. trim. dir. proc. civ. 2010, 02.

¹¹⁶ Come notava M. MARINARI *L'a conciliazione delegata*, cit., 163, che riporta di un'embrionale consapevolezza dell'importanza del compito dei giudici per la promozione e la legittimazione del tentativo di composizione extragiudiziale della vertenza, facendo riferimento a un'associazione europea dei giudici per la mediazione (GEMME), che ha anche una sezione italiana.

¹¹⁷ Si segnala il progetto biennale di ricerca e formazione *Judges in ADR*, nell'ambito del programma "Giustizia civile 2007 - 2013" finanziato dalla Commissione europea, i cui punti di forza sono proprio la promozione del ricorso alla mediazione insieme alla formazione dei giudici nella materia, vere priorità del programma.