

Nota a:

Tribunale Varese , 08/07/2011, sez. I

TIPOLOGIE DI MEDIAZIONE NEI RAPPORTI COL PROCESSO

Giur. merito 2012, 1, 65

Roberto Masoni

Sommario:1. La pronunzia di Varese. 4 2. Mediazione e mediazioni. 4 3. Entrata in vigore dell'obbligo di mediazione. 4 4. Mediazione obbligatoria preventiva. 4 4.1. Improcedibilità della domanda. 4 5. Mediazione lite pendente nei processi a struttura bifasica. 4 6. Mediazione c.d. demandata. 4 6.1. L'adesione delle parti. 4 7. Mediazione concordata.

1. LA PRONUNZIA DI VARESE

Dopo alcuni mesi dall'entrata in vigore dell'istituto della mediazione, ecco un primo pregevole contributo giurisdizionale frutto della novella.

In applicazione della previsione affidata all'art. 5 comma 2 d.lg. n. 28 del 2010, il Tribunale di Varese ha invitato le parti a procedere a mediazione per il componimento di una vertenza di natura reale (c.d. mediazione delegata).

La scelta del giudice di inviare le parti in mediazione trova concreta giustificazione nei parametri applicativi dettati dalla novella; da un canto, nel «comportamento» di una «delle parti», l'attore, il quale aveva ribadito in sede di prima udienza ed in memoria successiva la volontà compositiva della vertenza; e poi nella «natura della causa», riguardante vertenza insorta tra proprietari di fondi limitrofi posto che, come opportunamente sottolinea l'ordinanza, «merita di essere salvaguardata la possibilità di conservazione dello stato relazionale in essere».

A fronte del giudiziale invito faceva riscontro la contestuale concessione alle parti di un breve *spazium deliberandi*, fissato in concreto in venti giorni, affinché le parti esprimessero adesione o rifiuto alla mediazione.

2. MEDIAZIONE E MEDIAZIONI

Il dato normativo da cui occorre prendere le mosse per intendere l'ordinanza in esame è affidato al cruciale tenore dell'art. 5 d.lg. n. 28 del 2010, che rappresenta un vero e proprio codice della mediazione tenuto conto del contenuto assai composito che lo caratterizza per via della molteplicità di previsione di strumenti di componimento in ambito processuale che ne rappresentano oggetto.

La disposizione elenca talune controversie: 1) suscettibili di preventiva mediazione (comma 1: c.d. mediazione obbligatoria); 2) quelle che ne sono escluse (comma 3); 3) quelle che, introdotte come «procedimenti», ne sono soggette se ed in quanto si trasformino in «controversie» (comma 4). Inoltre, il medesimo disposto disciplina, ancora, 4) l'istituto della mediazione demandata dal giudice alle parti, secondo una valutazione discrezionale (comma 2); 5) regolando infine la mediazione concordata dalle parti *ante causam* (comma 5).

Da quanto si è succintamente anticipato e si vedrà *amplius* in seguito, parrebbe corretto discorrere non tanto di «mediazione» usando il sostantivo alla forma singolare, quanto di «mediazioni», volgendo la formula al plurale per indicare le diversificate tipologie di mediazione introdotte dalla novella del 2010.

Nella disciplina normativa di governo è così agevolmente ravvisabile un *favor mediationis o conciliationis*, in funzione deflativa del contenzioso, dal momento che, per le controversie elencate nel comma 1 dell'art. 5, la mediazione è prevista: 1) prima dell'inizio del processo, 2) durante il corso del processo, con possibilità di successiva 3) reiterazione.

3. ENTRATA IN VIGORE DELL'OBLIGO DI MEDIAZIONE

Da un punto di vista cronologico l'obbligo di mediazione previsto dal comma 1 dell'art. 5 concerne «i processi successivamente iniziati» dopo un anno dall'entrata in vigore del decreto delegato (art. 24 d.lg. n. 28), ovvero, quelli introdotti alla data del 20 marzo u.s. Tenendo però conto che quest'ultima giornata cadeva di domenica, l'obbligo concerne i processi introdotti a far data dal 21 marzo 2011, lunedì.

A questo punto sorge spontaneo chiedersi da quale momento debba considerarsi iniziato il processo?

Al riguardo occorre riferirsi alla diversificata tipologia di introduzione dei processi civili.

Quelli introdotti con atto di citazione si considerano legalmente iniziati con la notificazione (art. 39 comma 3 c.p.c.) e, in particolar modo, dal momento della «consegna del plico (da notificare) all'ufficiale giudiziario» (art. 149 comma 3 c.p.c.), ovvero, mercè richiesta della parte a procedere a notificazione.

Il principio esposto appare dotato di valenza generale, di talchè si ritiene applicabile alle notifiche non richieste all'ufficiale giudiziario ma eseguite direttamente dall'avvocato ai sensi della l. n. 53 del 1994 (1)(2).

Per i processi che iniziano con ricorso, anche agli effetti dell'obbligatorio esperimento della mediazione, la litispendenza è determinata dal deposito del ricorso in cancelleria (art. 39, comma 3, c.p.c.).

Anche per i procedimenti monitori si riscontra un'espressa previsione normativa in grado di fugare ogni dubbio con riguardo alla pendenza del processo («la notificazione determina la pendenza della lite»; art. 643 comma 3 c.p.c.).

Questo significa che unicamente con la notificazione di ricorso e decreto ingiuntivo il processo si considera iniziato. Anche in tal caso assume rilevanza per il notificante la richiesta di notificazione rivolta all'ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 149 comma 3 c.p.c.

4. MEDIAZIONE OBBLIGATORIA PREVENTIVA

Il d.lg. n. 28 ha introdotto la procedura di mediazione configurandola quale condizione di procedibilità della «azione in giudizio» (3), dovendo la stessa obbligatoriamente precedere («preliminarmente») l'introduzione di talune controversie, indicate nel comma 1^a dell'art. 5 in forza di un'elencazione avente tenore tassativo. La tassatività non pare dubbia dato che il nuovo istituto della mediazione appare riduttivo dell'accesso del cittadino alla giurisdizione.

Cerchiamo di individuare la *dies a quo* ed il *dies ad quem* per il rilievo dell'omessa mediazione quale condizione di procedibilità. L'omesso esperimento preventivo della mediazione obbligatoria *ex lege* va eccepito dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata dal giudice, «non oltre la prima udienza».

Secondo la *ratio legis*, l'emersione dell'omesso esperimento della mediazione rappresenta un profilo della controversia da risolvere preliminarmente e perciò deducibile *in limine litis, quam maxime* alla «prima udienza».

Se la legge ha fissato il momento terminale entro cui rilevare l'omissione, il rilievo potrebbe essere evidenziato già in fase antecedente la prima udienza, una volta trasmesso il fascicolo dalla cancelleria al giudice. In tal modo si permetterebbe l'anticipazione del rilievo ad una fase antecedente la costituzione in giudizio del convenuto, la qual cosa potrebbe dispiegare effetti positivi sul tentativo di componimento, dato che le posizioni dei litiganti non si sono ancora completamente sedimentate nella dialettica dell'agone giudiziario.

Pare ipotizzabile che l'invito a procedere a mediazione possa essere indirizzato dal giudice alle parti già antecedentemente la prima udienza del processo ordinario di cognizione in sede di pronunzia del decreto di differimento della prima udienza di comparizione e trattazione *ex art. 168-bis c.p.c.*

L'adozione di siffatto *modus operandi* determinerebbe il differimento della prima udienza di almeno cinque mesi rispetto alla pronuncia di tale decreto, onde permettere l'espletamento della procedura di componimento (nel termine massimo quadrimestrale di cui all'art. 6) ed al convento, una volta fallita la **mediazione**, di costituirsi tempestivamente in giudizio, almeno venti giorni prima dell'udienza (art. 166 c.p.c.).

Analogamente, laddove venga introdotta controversia *lato sensu* locatizia ex art. 447-bis c.p.c., l'invito alla **mediazione** potrebbe essere avanzato nel decreto di fissazione dell'udienza di discussione (art. 415 c.p.c.), come ritenuto dalle prime pronunzie edite (4).

In alternativa il rilievo preliminare potrebbe essere compiuto alla «prima udienza». Questo è il luogo fisiologico per rilevare il profilo, ossia l'udienza di prima comparizione e trattazione della causa di cui all'art. 183 c.p.c. nel rito ordinario, ovvero, l'udienza di discussione di cui all'art. 420 c.p.c., nel rito locatizio.

La «prima udienza» di cui parla la disposizione di governo non pare da intendersi in senso rigorosamente cronologico, dato che il rilievo potrebbe ritenersi egualmente tempestivo laddove compiuto all'udienza rinviata dall'udienza di cui all'art. 183 ai fini dell'espletamento degli incombeni preliminari previsti dagli artt. 102, 164, 167, 182, 291 c.p.c. In tal caso la prima udienza non dovrebbe ritenersi conclusa, dato che la stessa così differita sarebbe pur sempre qualificabile «udienza di trattazione» (si v. il comma 2).

Identico rilievo potrebbe ripetersi laddove la prima udienza venga differita a fronte di richiesta di chiamata in causa del terzo formulata dall'attore in sede di prima udienza (art. 183 comma 5 c.p.c.), ovvero, all'udienza ancora successiva laddove il terzo chiamato, a sua volta, intenda chiamare in causa altro terzo.

Pare corretto ritenere precluso il rilievo di improcedibilità unicamente laddove le attività esperibili all'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. siano state esaurite. Ciò significa che il rilievo sarebbe da ritenere tempestivo seppur formulato dalle parti nell'appendice scritta costituita dalle memorie previste dal sesto comma dell'art. 183 c.p.c., che rappresentano momento di prosecuzione dell'udienza.

Non pare che, a fronte del rilievo di omesso esperimento della **mediazione**, il g.i. debba compiere alcuna valutazione di natura discrezionale dovendo egli limitarsi alla constatazione con invio delle parti in **mediazione**.

È precluso il rilievo di omesso esperimento della **mediazione** quando si entri nel merito della causa, né il mancato rilievo potrebbe in seguito rappresentare motivo di impugnazione della sentenza.

4.1. Improcedibilità della domanda

Se le parti non danno corso al giudiziale invito di procedere a **mediazione** ai sensi del comma 1 dell'art. 5, si afferma che dovrebbe pervenirsi a declaratoria di improcedibilità della domanda (5), dato che l'istante «è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di **mediazione** ai sensi del presente decreto», procedimento che costituisce «condizione di procedibilità della domanda giudiziale».

Nella prassi giudiziaria assumerà importanza cruciale la verifica *ex post* dell'effettivo «esperimento del procedimento».

Con riferimento allo specifico profilo è intervenuta di recente una circolare ministeriale in data 4 aprile 2011 redatta dal Direttore generale della giustizia civile ed indirizzata agli organismi di **mediazione** (in seguito trasfusa sostanzialmente nel d.m. n. 145 del 6 luglio 2011).

In essa si conclude affermando che agli effetti del riscontro della condizione di procedibilità «la **mediazione** debba essere effettivamente esperita dinanzi al mediatore». Non si ritiene così corretto che la segreteria dell'organismo (come previsto dai regolamenti di procedura di taluni organismi) compia un'attestazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata che ha espresso la propria non adesione al procedimento, mentre «l'istante abbia dichiarato di non volere comunque dare corso alla **mediazione**».

L'invito a procedere a **mediazione** può essere rivolto alle parti da parte del giudice una ed una sola volta. Lo stesso potrebbe essere anticipato ad un momento antecedente la prima udienza (come si è in precedenza suggerito), ovvero, rivolto alle parti in sede di prima udienza a contraddittorio ormai radicato.

Se le parti ritardano l'esperimento della procedura conciliativa senza rispettare il termine di quindici giorni assegnato dal giudice non dovrebbe determinarsi improcedibilità della domanda ovvero l'estinzione del processo, stante la natura non perentoria del termine assegnato (art. 152 c.p.c.) (6).

Per quanto si sia pure affermato che il difetto di espressa declaratoria di improcedibilità non escluderebbe «il potere del giudice di dichiarare la decadenza della parte che non abbia rispettato (il termine: n.d.a)» (7).

5. MEDIAZIONE LITE PENDENTE NEI PROCESSI A STRUTTURA BIFASICA

Il comma 4 dell'art. 5 d.lg. n. 28 prevede l'(eventuale) instaurazione della procedura di **mediazione** lite pendente nei processi a struttura bifasica, caratterizzati da esonero della **mediazione** nella fase sommaria.

Laddove tali procedimenti sfocino in processi, assumendo qualifica di «controversie» (ai sensi del disposto dell'art. 2 d.lg.), gli stessi meritano l'intervento conciliativo, in funzione deflativa del nascente contenzioso.

I procedimenti per i quali il comma 4 esclude la preventiva procedura di **mediazione** rientrano parzialmente tra quelli regolati dal IV libro della procedura dettato in tema di procedimenti speciali.

Si tratta, in particolare, del procedimento monitorio fino alla pronuncia sulle istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione; del procedimento di sfratto fino al provvedimento di mutamento del rito; dei procedimenti possessorii, deve intendersi, fino alla domanda volta alla (facoltativa) instaurazione della causa avente ad oggetto il merito possessorio (art. 703 ult. comma c.p.c.) (8).

Nell'opposizione a decreto monitorio l'instaurazione della **mediazione** resta sottoposta ad una condizione *si volam*, dipendendo l'introduzione dalla richiesta e pronuncia giudiziale dei provvedimenti previsti dagli artt. 648 e 649 c.p.c.

Quid iuris nell'eventualità, non completamente remota, di assenza di istanze interinali?

Da un punto di vista interpretativo possono ipotizzarsi due soluzioni alternative.

Ritenere che il giudice possa invitare le parti a formulare le correlative istanze, per quanto siffatta soluzione non sembri completamente armonica rispetto al principio di impulso processuale di parte; ovvero, soprassedere alla **mediazione**, non essendo stato integrato il presupposto normativo. Soluzione quest'ultima maggiormente conforme ai principi dell'ordinamento processuale.

Diversa scelta legislativa ha compiuto il legislatore delegato con riguardo al procedimento per convalida di sfratto, dipendendo il mutamento del rito (e l'obbligo di instaurazione della **mediazione**) dall'opposizione dell'intimato, ovvero da un momento certo e determinato (9). Dispone infatti il tenore del comma 4 dell'art. 5 del decreto, con riferimento alla lett. b), che: «i commi 1 e 2 non si applicano b) nei procedimenti per convalida di licenza o di sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c.».

6. MEDIAZIONE C.D. DEMANDATA

Il d.lg. n. 28 disciplina la c.d. **mediazione** c.d. demandata (ovvero, la **mediazione** delegata dal giudice alle parti) ai sensi del comma 2; un istituto innovativo di cui ha fatto equilibrata e condivisibile applicazione l'ordinanza in rassegna.

Da un punto di vista cronologico, dato che la disposizione che la contiene, l'art. 5 del decreto, è entrata in vigore in data 21 marzo 2011, anche tale previsione pare applicabile ai «processi successivamente instaurati» in seguito a tale data (art. 24 decreto).

La **mediazione** in discorso rappresenta una forma di **mediazione** volontaria che, seppure rimessa all'iniziativa ed all'invito discrezionale del magistrato («il giudice può»), suppone la successiva adesione delle parti e quindi la leale collaborazione di tutti gli attori processuali.

Quale magistrato può avanzare l'invito? Sicuramente il giudice monocratico prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o prima della discussione della causa *lato sensu* locatizia, come risulta testualmente. Pure il collegio può provvedere in tal senso (anche) in sede di giudizio d'appello.

Per accedere a tale tipologia di **mediazione** la legge suppone, anzitutto, una giudiziale valutazione prognostica positiva sullo stato della causa involgente un triplice ordine di parametri, quali; 1) lo «stato dell'istruzione», 2) la «natura della causa» ed il 3) «comportamento delle parti».

L'invito giudiziale potrebbe essere formulato anche una volta conclusa l'istruzione («valutato lo stato dell'istruzione»), ma prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o della discussione della causa (art. 429 c.p.c.), fissata la quale la controversia non andrebbe ormai più composta conciliativamente, ma decisa.

Si osservi il riferimento contenuto nella parte iniziale del comma 2 («fermo quanto previsto dal comma 1»). Il dato testuale potrebbe indicare che la **mediazione** demandata sia attivabile con riguardo ad una causa la quale abbia già scontato la **mediazione obbligatoria** preventiva di cui al comma 1, così implicitamente ammettendo la reiterabilità del meccanismo compositivo.

La salvezza a «quanto disposto dai commi 3 e 4», analogamente, parrebbe significare che la **mediazione** non sia esclusa (e sia perciò esperibile a discrezione del giudice) per effetto dell'iniziale non obbligatorietà del procedimento conciliativo in materia di provvedimenti cautelari ed urgenti (di cui al comma 3), ovvero, per via della struttura bifasica del procedimento, in quanto esentato nella prima fase dalla **mediazione** (comma 4).

Il riferimento alla «natura della causa» non significa che la **mediazione** demandata sia esperibile per tipologie di controversie diverse rispetto a quelle elencate tassativamente nel comma 1. Sembrano rientrare nell'istituto unicamente le controversie elencate in tale comma col quale il comma 2 forma sistema e come d'altro canto suggerisce un'interpretazione complessiva e sistematica delle disposizioni in commento concernenti unicamente le controversie ivi elencate.

L'invito alla **mediazione** rappresenta un invito «nudo» dal momento che il giudice non individua l'organismo di **mediazione** avanti al quale espletare la procedura di componimento e neppure la sede, rimettendo completamente la scelta alle parti e in particolare a colui che si attiva per primo (art. 4 comma 1 d.lg. cit.) (10).

6.1. L'adesione delle parti

La **mediazione** demandata suppone adesione delle parti («se le parti aderiscono all'invito»).

Tale adesione potrebbe essere espressa nel processo verbale di udienza, ovvero, nelle memorie scritte di cui all'art. 183 c.p.c., dato che l'esortazione giudiziale non sembra imporre un'immediata risposta da parte dei difensori già in udienza. Sembra invece opportuno che quest'ultimo disponga del tempo necessario per consultarsi con la parte la quale normalmente non è presente in udienza, secondo un *modus procedendi* seguito dalla pregevole ordinanza del Tribunale di Varese che ha concesso un breve differimento.

Il consenso dovrà essere formalmente manifestato «dalle parti», ovvero dai difensori delle parti, non dalle parti personalmente (11). Nè appare sufficiente l'adesione di una o di più parti, dato che è necessaria l'adesione di tutte.

In ipotesi di contumacia del convenuto, non raggiungendosi la necessaria «adesione delle parti», a tenore della lettera la **mediazione** demandata dovrebbe ritenersi inesperibile, sempre che le domande giudiziali non siano dotate di autonomia rispetto a quelle proposte nei confronti del contumace.

La mancata adesione all'invito alla conciliazione (preclusiva la **mediazione** delegata) non dovrebbe determinare alcun effetto processuale negativo in danno delle parti (12). Altri opina invece che la dichiarazione di adesione o di non adesione potrebbe essere valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.c., quale comportamento liberamente valutabile (13).

Laddove l'invito del giudice consegua il consenso di tutte le parti, la causa va rinviata ad altra udienza (da fissare dopo un quadrimestre), con assegnazione di un termine quindicinale per la presentazione della domanda all'organismo.

Quid iuris se, a fronte dell'adesione formale espressa dalle parti all'invito formu lato dal giudice, faccia seguito l'omissione di impulso alla procedura di **mediazione** (da parte di entrambe)?

Non parrebbero insorgere effetti processuali negativi in difetto di espressa sanzione di improcedibilità comminata al riguardo (come è previsto, invece, dal comma 1) (14).

In ipotesi di presentazione di domanda di **mediazione** ed una delle parti non abbia partecipato alla procedura si domanda se siano individuabili conseguenze procedurali negative.

La dottrina anche in funzione esortativa per il buon funzionamento dell'istituto ha suggerito l'applicazione della sanzione comminata dall'art. 8 comma 5, in ipotesi di «mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di **mediazione**». Da tale comportamento il giudice può «desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c.». In contrario potrebbe peraltro evidenziarsi che letteralmente il disposto normativo richiamato sembra riferirsi tecnicamente alla **mediazione** quale condizione di procedibilità esperibile prima del giudizio, come evidenzia il testuale riferimento al «**successivo giudizio**» (15), **più che alla c.d. mediazione demandata**.

Nè paiono individuabili limiti normativi all'eventuale reiterabilità giudiziale dell'invito alle parti a procedere a nuova **mediazione** demandata (16), sempre che il processo non sia già stato indirizzato verso la fase decisoria.

7. MEDIAZIONE CONCORDATA

Ulteriore tipologia di **mediazione** prevista dall'art. 5 d.lg. n. 28 è quella c.d. concordata dalle parti prima della causa, mediante apposita clausola di **mediazione** inserita in un «contratto, nello statuto, ovvero nell'atto costitutivo dell'ente» (comma 5) (c.d. obbligatorietà convenzionale della **mediazione**). Questa previsione pattizia appare assai utile dato che consente alle parti la preventiva e concordata indicazione dell'organismo di conciliazione, oltre ad individuare la sede di esperimento del procedimento.

La regolamentazione positiva dell'istituto appare parzialmente divergente rispetto alle altre forme di **mediazione** in precedenza esaminate. La giustificazione pare evidente. In tal caso l'obbligo compositivo trae fondamento in un obbligo assunto dalle parti in via negoziale e non è imposto autoritativamente dalla legge.

In tal caso in corso di causa, laddove la **mediazione** concordata non sia stata preventivamente esperita, può essere sollevata eccezione di **mediazione** per quanto il rilievo compete unicamente alla parte, non anche al giudice.

L'eccezione va «proposta nella prima difesa», ossia in *limine litis*.

L'eccezione non deve necessariamente essere contenuta in comparsa di risposta dato che la disposizione normativa si riferisce alla «prima difesa», cosicché si è affermato che la stessa potrebbe essere contenuta «anche in una comparsa depositata successivamente allo scadere del termine di cui all'art. 166 c.p.c.» (17).

Se non è stato rilevato tempestivamente il profilo dell'omessa **mediazione**, lo stesso di poi resta precluso ed il giudice deve scendere ad esaminare il merito della controversia.

Il giudice che rileva la fondatezza del rilievo assegna termine di giorni quindici per la presentazione della domanda di **mediazione**, fissando la successiva udienza una volta decorso il termine quindicinale previsto per la durata massima della procedura. Nel frattempo si verifica un impedimento temporaneo al corso del processo.

In tal caso non è prevista sanzione di improcedibilità per l'inottemperanza all'invito giudiziale di procedere a **mediazione**. Dalla mancata partecipazione al procedimento di **mediazione** convenzionale senza giustificato motivo secondo l'interpretazione estensiva riferita in precedenza potrebbero trarsi le conseguenze previste dall'art. 8 ult. comma d.lg., sotto il profilo della valutazione del comportamento della parte che non vi partecipa, ai sensi del capoverso dell'art. 116 c.p.c.