

*Consiglio Superiore della Magistratura*  
COMMISSIONE PER LA FORMAZIONE DELLA MAGISTRATURA  
ONORARIA

*Distretto della Corte d'Appello di Milano*

«LA MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI»

# LA MEDIAZIONE SU INVITO DEL GIUDICE

ART. 5, COMMA II, D.LGS. 28/2010

.....  
A Cura di

GIUSEPPE BUFFONE  
GIUDICE DEL TRIBUNALE DI VARESE

---

11 luglio 2012

«Il tempo è la cosa più preziosa che un uomo possa spendere»  
TEOFRASTO<sup>1</sup>

## INDICE

PAGINA	ARGOMENTO
003	1. Le Mediazioni
006	2. Ultimi interventi normativi
008	3. Mediazione su invito del giudice
008	a. Termine per l'impulso propositivo del giudice
008	b. Comportamento delle parti, in caso di invito del giudizio
009	c. Conseguenze in caso di rifiuto all'invito
010	d. Parti a cui deve essere rivolto l'invito
010	e. Foro della mediazione giudizialmente sollecitata
011	f. Imprescindibilità del consenso
012	g. Adesione parziale
	<i>Modello di ordinanza con invito alla mediazione</i>
	<i>Modello di ordinanza in seguito ad adesione all'invito alla mediazione</i>
015	h. Esito della mediazione delegata ed effetti sul processo
017	i. L'invito può essere formulato anche nelle cause in cui la mediazione è condizione di procedibilità?
017	j. Cosa accade se la parte accetta l'invito del giudice ma poi non si presenta in mediazione?
018	4. Invito alla mediazione e Calendario del processo
	<i>Modello di calendario del processo</i>
021	5. La competenza territoriale

---

<sup>1</sup> Il vero nome del filosofo e botanico greco era Tirtamo, ma Aristotele lo chiamò Teofrasto “per la grazia e la soavità del suo eloquio”

## 1. LE MEDIAZIONI

La giurisprudenza di merito, pur avendo avuto modo di interpretare ed applicare diverse disposizioni del d.lgs. 28/2010<sup>2</sup>, non si è dimostrata molto interessata alla mediazione su invito del giudice (o cd. demandata dal giudice<sup>3</sup> o “giudizialmente sollecitata”<sup>4</sup>) che consta, oggi, di pochi precedenti editi<sup>5</sup>. Certo è che nel tessuto connettivo del d.lgs. 28/2010 si collocano tre distinte tipologie di mediazione, tutte dotate di autonoma struttura biologica, anche se composte della medesima matrice: la mediazione obbligatoria, quella volontaria e quella demandata dal giudice. La **mediazione obbligatoria** è prevista per le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari<sup>6</sup>. Ai sensi dell’art. 5, comma I, d.lgs. 28/2010, in questi casi, la domanda, per essere procedibile, deve essere preceduta dal tentativo di mediazione<sup>7</sup>. La rilevanza dell’improcedibilità è obbligatoria e non discrezionale in quanto, letteralmente, il comma I dell’art. 5 del d.lgs. 28/2010 prevede che «l’improcedibilità *deve* essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza o rilevata d’ufficio dal giudice non oltre la prima udienza». Il “deve” regge sia l’eccezione di parte che il rilievo officioso<sup>8</sup>. Ciò nondimeno, sia l’eccezione del litigante che il potere di rilevazione del giudice sono sottoposti ad un termine preclusivo (art. 5, comma I cit.) consumandosi le rispettive facoltà nella prima udienza (nel rito ordinario: 183 c.p.c.; nel rito lavoro: 420 c.p.c.; nel rito sommario di cognizione: 702-ter c.p.c.). La procedibilità riguarda anche la domanda riconvenzionale<sup>9</sup> e l’intervento dei terzi nel processo.

La **mediazione volontaria** (o facoltativa) è quella liberamente voluta dalle parti e, quindi, fondata sulla spontanea iniziativa dei litiganti. Ciò vuol dire, tra l’altro, che pur dove

---

<sup>2</sup> Per una analisi ricchissima della giurisprudenza di merito in materia di mediazione, con ampia e analitica motivazione (oltre che commento puntuale e critico), v.: RUVOLO M., *Le prime applicazioni giurisprudenziali in tema di mediazione* in *Corriere Giur.*, 2012, 3. L’Autore offre una panoramica giurisprudenziale sulle decisioni, ancora solo della giurisprudenza di merito, relative alle prime questioni interpretative che si sono poste in tema di mediazione, prendendo in particolare considerazione le decisioni che hanno avuto un maggior risvolto pratico-applicativo.

<sup>3</sup> Adottando la felice espressione di MASONI, *Tipologie di mediazione nei rapporti col processo* in *Giur. merito* 2012, 1, 65. Il raffinato giurista chiarisce che: *non esiste un unico modello di mediazione, ma piuttosto articolate tipologie dell’istituto, tutte peraltro unificate nell’ampia previsione affidata all’art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, la quale può qualificarsi vero e proprio codice della mediazione. Accanto alla mediazione obbligatoria per legge, trovano riscontro la mediazione demandata dal giudice (...), la mediazione c.d. eventuale nei procedimenti a struttura bifasica e la mediazione concordata dalle parti ante causam.*

<sup>4</sup> RUVOLO, *Opera cit.*

<sup>5</sup> Per una ampia raccolta di pronunce: [www.ilcaso.it/sezione Mediazione](http://www.ilcaso.it/sezione/Mediazione)

<sup>6</sup> La giurisprudenza è concorde nell’assegnare alle norme sulla mediazione obbligatoria natura eccezionale (in quanto limitano l’accesso diretto alla giurisdizione) e, quindi, oblitera la possibilità di estenderne il contenuto precettivo mediante analogia o anche solo ricorrendo allo strumento della interpretazione estensiva: v. ad es., Trib. Cassino, ordinanza 11 novembre 2011 (in materia di danno da reato) e Trib. Varese, sez. I, ordinanza 20 gennaio 2012 (in materia di differenze tra azione di restituzione ed azione di rivendica).

<sup>7</sup> Sui tratti caratteristici della condizione di procedibilità: v. BOGGIO, in AMERIO, APPIANO, BOGGIO, COMBA, SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011

Nell’ipotesi di procedimento monitorio, l’improcedibilità colpisce la domanda introduttiva del giudizio che è quella dell’attore sostanziale e, cioè, il convenuto formale (parte opposta).

<sup>8</sup> In questi termini MICHELE RUVOLO in: Trib. Palermo, sez. Bagheria, ordinanza del 13 luglio 2011

<sup>9</sup> Sia consentito richiamare BUFFONE, *Diritto Processuale della Mediazione*, in *Giur. Merito*, 2011, 10, 2346. *Conforme*: Trib. Como, sez. Cantù, ordinanza 2 febbraio 2012, est. Mancini. *Difforme*: Trib. Palermo, sez. Bagheria, ordinanza 11 luglio 2011.

la mediazione facoltativa fosse stata avviata su materie sottratte alla obbligatorietà del tentativo conciliativo, in pendenza della stessa, le parti potrebbero comunque adire il giudice e questi non potrebbe frapporre all'azione alcun rilievo in punto di procedibilità. E' dubbio se nell'alveo della mediazione cd. volontaria debba essere iscritta anche la mediazione *ex contractu*, quella, cioè, stabilita dai contraenti in previsione di eventuali future liti che possano scaturire da un loro negozio giuridico (*mediazione concordata*)<sup>10</sup>. Valorizzando l'eziogenesi del vincolo *pre-trial* dovrebbe optarsi per la soluzione affermativa e si dovrebbe discorrere, allora, di mediazione volontaria *ante litem* (o, secondo il lessico anglosassone, *before litigation*). La clausola di mediazione, comportando una limitazione (onerosa) all'immediato accesso alla giurisdizione, deve essere individualmente sottoscritta dal consumatore o dalla parte che aderisce al contratto redatto dal predisponente.

La **mediazione su invito del giudice** (da taluni definita “delegata”<sup>11</sup>) è quella che trova ragion d'essere nella scelta discrezionale del magistrato, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti<sup>12</sup>. L'art. 5, comma II, d.lgs. 28/2010, in tal senso prevede che il “*giudice può invitare le parti a procedere alla mediazione*”. Più in particolare, ai sensi della disposizione richiamata, “*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 e' 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 e' già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione*”.

MEDIAZIONE OBBLIGATORIA	MEDIAZIONE VOLONTARIA	MEDIAZIONE DEMANDATA DAL GIUDICE
Controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari	Altre controversie diverse da quelle per le quali la mediazione è prevista obbligatoriamente	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.
<i>L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale</i>	<i>Le parti scelgono di rivolgersi ad un organismo di mediazione per verificare la possibilità di una soluzione conciliativa</i>	<i>Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi</i>

<sup>10</sup> Per MASONI, *opera cit.*, si tratta di una tipologia di mediazione a sé

<sup>11</sup> Adottata, in origine, anche da chi scrive, l'utilizzo dell'espressione “*delegata*” appare, *re melius perpensa*, tecnicamente inappropriata poiché il mediatore non è un ausiliario del giudice (68 cpc) e, soprattutto, non riceve mai incarico dal magistrato ma sempre dalle parti, sotto minaccia della improcedibilità o su spontanea iniziativa delle stesse.

<sup>12</sup> Sia consentito citare: BUFFONE, *La mediazione su invito del Giudice* in *La Mediazione*, 2011, III

La mediazione su invito del giudice 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<sup>13</sup>.

## **IL RITO**

**IL GIUDICE (DI PRIMO GRADO O D’APPELLO)**

**PRIMA DELL’UDIENZA DI PRECISAZIONE DELLE CONCLUSIONI / DISCUSSIONE**

**VALUTATI I SEGUENTI ELEMENTI**

**STATO DELL’ISTRUZIONE**

**NATURA DELLA CAUSA**

**COMPORTAMENTO DELLE PARTI**

**INVITA LE PARTI A PROCEDERE ALLA  
MEDIAZIONE**

**LE PARTI NON ADERISCONO ALL’INVITO**

**IL PROCEDIMENTO SEGUE IL SUO  
CORSO ORDINARIO**

**LE PARTI ADERISCONO ALL’INVITO**

**FISSA LA SUCCESSIVA UDIENZA  
DOPO LA SCADENZA DEL TERMINE  
DI CUI ALL'ARTICOLO 6, COMMA 1  
(4 MESI)**

<sup>13</sup> In questi termini, MASONI, opera cit. Per una analisi in Dottrina, particolarmente chiara e ricca di spunti, si consiglia: SOLDATI N., BANDINI A. (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Milano, Giuffrè, 2010.

## 2. ULTIMI INTERVENTI NORMATIVI

Si è visto che la mediazione obbligatoria introduce, per le controversie<sup>14</sup> indicate dalla Legge (e solo per quelle)<sup>15</sup>, una condizione di procedibilità<sup>16</sup>. La Legge 26 febbraio 2011, n. 10 – di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie (GU n. 47 del 26 febbraio 2011 - Suppl. Ordinario n. 53) – ha differito di un anno l'entrata in vigore della mediazione obbligatoria per le controversie in materia di condominio e sinistri stradale. Entrerà, dunque, in vigore dal 21 marzo 2012, salvo ulteriori differimenti. La trama di interazioni stragiudiziali e *pre-trial* che viene a formarsi nel settore dei danni derivanti da circolazione stradale, ha indotto gli studiosi della materia<sup>17</sup> a ritenere irragionevole la sovrapposizione, in queste controversie, del tentativo di mediazione obbligatoria con la fase (pure obbligatoria) di trattativa con l'Assicurazione. E' apparso un *parler hors de propos* (n.b. fuori luogo) obbligare il danneggiato ad occuparsi, contemporaneamente, da un lato, di attivare il procedimento previsto dal d.lgs. 209/2005 per garantirsi la procedibilità della domanda, dall'altro di attivare il procedimento previsto dal d.lgs. 28/2010, sempre in vista della procedibilità della domanda.

CONTROVERSIE SOTTOPOSTE ALLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA
CONDOMINIO
DIRITTI REALI
DIVISIONE
SUCCESSIONI EREDITARIE
PATTI DI FAMIGLIA
LOCAZIONE
COMODATO
AFFITTO DI AZIENDE

<sup>14</sup> Posto che la Legge parla di "controversie", si è esclusa la necessità della mediazione obbligatoria per le azioni ex art. 696-bis c.p.c. per la consulenza tecnica preventiva: v. Trib. Pisa, ordinanza 3 agosto 2011 e Trib. Varese, decreto 21 aprile 2011, entrambi in *Foro It.*, 2012, 1, I, 270

<sup>15</sup> Come già visto (v. nota n. 5), l'art. 5, comma I, d.lgs. 28/2010 è di stretta interpretazione (BUFFONE, *Mediazione e conciliazione (commento al d.lgs. 28/2010)*, 2010, Giuffrè ed.). Ecco perché la giurisprudenza di merito ha escluso la condizione di procedibilità per: divisioni endoesecutive, diffamazione a mezzo SMS; azione revocatoria ex art. 2901 c.c.; azione restitutoria; danno da omessa manutenzione del demanio stradale ex art. 2051 c.c.; responsabilità risarcitoria da reato diverso dalla diffamazione.

<sup>16</sup> Pertanto, dove la mediazione sia stata omessa e l'invito del giudice a procedere alla stessa sia stato disatteso, la domanda deve essere dichiarata improcedibile: così BOGGIO, in AMERIO, APPIANO, BOGGIO, COMBA, SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011, 307.

<sup>17</sup> V. GALLONE G., *La mediazione in materia di R.C.A. (Parte I)* in *Arch. Giur. Circ. e Sin.*, 2011, 5, 374 e ss.

<b>RISARCIMENTO DEL DANNO DERIVANTE DALLA CIRCOLAZIONE DI VEICOLI E NATANTI</b>
<b>RISARCIMENTO DEL DANNO DERIVANTE DA RESPONSABILITÀ MEDICA</b>
<b>RISARCIMENTO DEL DANNO DERIVANTE DA DIFFAMAZIONE CON IL MEZZO DELLA STAMPA O CON ALTRO MEZZO DI PUBBLICITÀ</b>
<b>CONTRATTI ASSICURATIVI – BANCARI - FINANZIARI</b>

La Legge 17 febbraio 2012 n. 10, convertendo il decreto legge 212/2011 (cd. pacchetto Severino), espunge dal tessuto normativo di nuovo conio la “nuova sanzione” che la decretazione di urgenza aveva inserito nell’art. 8 comma V, del d.lgs. 28/2010. Si prevedeva che il giudice potesse sanzionare la parte che aveva rifiutato di partecipare alla mediazione “con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti, ovvero all'udienza successiva di cui all'articolo 5, comma 1”<sup>18</sup>. Scomparsa la sanzione (alla prima udienza) per chi non si presenta davanti ai mediatori, resta invece ferma l’agevolazione per chi lo fa: alla luce delle modifiche apportate al D.M. 180/2010 dal decreto ministeriale 6 luglio 2011 n. 145 (in vigore dal 26 agosto), per il caso della mancata comparizione del chiamato, la parte comparsa sostiene un costo della sola somma di € 40,00 o € 50,00.

<b>VECCHIO TESTO</b>	<b>NUOVO TESTO</b>
<p><b>d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28</b></p> <p><i>Art. 5, comma 6-bis</i>  Il capo dell'ufficio giudiziario vigila sull'applicazione di quanto previsto dal comma 1 e 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'espletamento 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.”;</p> <p><i>Art. 8, comma V, secondo periodo</i>  Con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti, ovvero all'udienza successiva di cui all'articolo 5, comma 1</p>	<p><b>d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28</b></p> <p><i>Art. 5, comma 6-bis</i>  <b>SOPPRESSO</b></p> <p><i>Art. 8, comma V, secondo periodo</i>  <b>SOPPRESSO</b></p>

<sup>18</sup> Secondo i primi commentatori (v. RUVOLO, *Le conseguenze della mancata partecipazione alla mediazione e gli argomenti di prova in La Mediazione*, MEDIAZIONE E DIFESA, 2011, 73 e ss. ) la norma aveva introdotto una sanzione *ope legis* sottratta alla discrezionalità del giudice il quale, in difetto di giustificato motivo, doveva condannare la parte che si era sottratta alla mediazione, ad una pena pecuniaria.

### 3. LA MEDIAZIONE SU INVITO DEL GIUDICE

Ai sensi dell'art. 5, comma II, d.lgs. 28/2010, 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 (quattro mesi) 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.

[a]. Il modello di mediazione *delegata* ricalca quello previsto per le controversie in materia di famiglia (art. 155-sexies, comma II, cod. civ.) posto che, in entrambi i casi, il procedimento mediativo ha radice volontaristica e consensuale. La legge espressamente assegna un termine all'impulso propositivo del giudice: l'udienza di discussione della causa o l'udienza di precisazione delle conclusioni (in primo grado o grado di appello). Giova ricordare che l'udienza di precisazione delle conclusioni (cd. udienza di P.C.), non esiste nel codice di procedura civile<sup>19</sup>, risolvendosi in una prassi (ormai radicata) per cui si licenzia un rinvio della causa per consentire al giudice di differire il momento in cui la lite deve essere trattenuta in decisione. Il d.lgs. 28/2010, pertanto, di fatto, prende atto del processo in concreto e non di quello astrattamente disegnato dalla codificazione di rito. Guardando ai tre moduli processuali vigenti (v. decreto legislativo 1 settembre 2011 n. 150, G.U. 21 settembre 2011), il potere del giudice di sollecitare la mediazione si consuma: nel rito ordinario, all'udienza di precisazione delle conclusioni, di cui all'art. 281-quinquies c.p.c. (rito monocratico: che richiama comunque l'art. 189 c.p.c.) o 189 c.p.c. (rito collegiale); nel rito del lavoro, all'udienza di discussione, nel momento in cui il giudice invita le parti a discutere la causa (art. 420, comma IV, c.p.c.); nel rito sommario di cognizione, all'udienza fissata per la definizione del procedimento, esauriti gli atti d'istruzione (art. 702-ter comma V, c.p.c.).

INVITO DEL GIUDICE ALLA  
MEDIAZIONE

dead line

- 1) nel rito ordinario, all'udienza di precisazione delle conclusioni, di cui all'art. 281-quinquies c.p.c. (rito monocratico: che richiama comunque l'art. 189 c.p.c.) o 189 c.p.c. (rito collegiale)
- 2) nel rito del lavoro, all'udienza di discussione, nel momento in cui il giudice invita le parti a discutere la causa (art. 420, comma IV, c.p.c.)
- 3) nel rito sommario di cognizione, all'udienza fissata per la definizione del procedimento, esauriti gli atti d'istruzione (art. 702-ter comma V, c.p.c.)

<sup>19</sup> Lo ricorda DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).



[b]. L'invito del giudice impone alle parti di pronunciarsi in modo espresso, dichiarando (rispetto alla mediazione proposta) se consentono o dissentono. Il silenzio (antidoveroso) sull'invito del magistrato, costituisce comportamento violativo del dovere di lealtà processuale, scolpito nell'art. 88 c.p.c. e può essere valutato ai sensi dell'art. 116, comma II, c.p.c., nell'ambito della generale *governance* giudiziale. Ciò può condurre anche a conseguenze di rilievo. Giova ricordare, infatti, che secondo l'indirizzo oramai consolidato della Suprema Corte, il giudice, a prescindere dalla soccombenza può condannare una parte al rimborso delle spese che, in violazione dell'art. 88 cod. proc. civ., ha causato all'altra parte (Cass. Civ., Sez. Un., sentenza 29 marzo 2011 n. 7097; Cass. Civ., Sez. Un., sentenza 20 agosto 2010 n. 18810)<sup>20</sup>.

L'obbligo di pronunciarsi sull'invito del giudice non sussiste quanto l'invito non è consentito dalla Legge. In tal senso, deve ritenersi che l'invito del giudice, oltre la barriera preclusiva, sia *inutiliter datum*, nel senso che non determini, per le parti, l'obbligo di pronunciarsi per esprimere consenso o dissenso. Pertanto, dove il giudice, nel provvedimento conclusivo, coltivasse nella piattaforma probatoria il silenzio di uno dei litiganti su un invito tardivo, commetterebbe un *error in procedendo*. Si faccia attenzione: un conto è l'obbligo (di sicuro esistente) di pronunciarsi sull'invito; un conto è, invece, l'obbligo (per come si dirà, non sussistente), di accettare l'invito. Altrimenti detto: le parti devono pronunciarsi sull'invito, ma non hanno l'obbligo (né l'onere) di accettarlo.

[c]. La Legge non ricollega alcuna conseguenza al rifiuto dell'invito del Giudice: circa la sussistenza o meno di effetti di sfavore per il rifiuto, si registra polifonia interpretativa. Secondo una prima corrente di pensiero, coerentemente con l'istituto della *Court Annexed Mediation*, di fatto recepito nell'art. 5 comma III cit., l'omissione legislativa non potrebbe essere colmata né con l'art. 116 comma II c.p.c., né con l'art. 88 c.p.c., in quanto il Legislatore avrebbe voluto che la scelta dei litiganti fosse libera e genuina non influenzata dal timore di ricadute sfavorevoli nella futura decisione giurisdizionale. Opinione diversa e opposta è espressa, invece, da quanti, in Dottrina, ritengono che la dichiarazione di adesione o di non adesione potrebbe essere valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116, 2° comma., c.p.c., quale comportamento liberamente valutabile<sup>21</sup>.

La prima delle letture illustrate, predilige il principio di "libertà" che governa, in genere, il procedimento di mediazione. La seconda delle letture evidenziate, propende, invece, per una interpretazione *favor mediationis* o *conciliationis* valorizzando l'interesse pubblico alla deflazione del contenzioso e, quindi, richiedendo ad ogni singolo litigante un minimo contributo.

La prima interpretazione è da preferire: la mediazione sollecitata giudizialmente, «è una mediazione su *invito* e non *comando* del giudice»<sup>22</sup>, nel senso che il giudice non può

---

<sup>20</sup> Le nuove linee interpretative del Legislatore e della giurisprudenza evolvono verso un sistema di regolamentazione delle spese di lite, da potersi definire anfibologico: da un lato, infatti, «resiste», nel momento di liquidazione delle spese processuali, il principio di causalità, dall'altro, tuttavia, il terreno causalistico viene ad essere contaminato dall'ottica di matrice «squisitamente» sanzionatoria, come giustamente messo in evidenza dai migliori studiosi della materia (v. PORRECA P., *Lealtà processuale, responsabilità per le spese e soccombenza* in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità del 2011* a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione). Si tratta, comunque, di una anfibiaologia possibile e, anzi, necessaria, almeno dove si ammetta che, di fatto, nel processo civile, il momento deliberativo conclusivo non è più solo giudizio sull'oggetto del procedimento (nell'interesse egoistico delle parti a vedere distribuiti torti e ragioni) ma anche giudizio sul comportamento dei litiganti (nell'interesse pubblico ad una Giustizia sana ed efficiente), cosicché l'azione disvela il suo volto di situazione giuridica soggettiva autonoma, dismettendo le vesti ancillari di mero riflesso della titolarità sostanziale.

<sup>21</sup> In questo solco, sia BOGGIO che RUVOLO

<sup>22</sup> Sia consentito citare Trib. Varese, sez. I civ., ordinanza 6 luglio 2011 in *Giur. merito* 2011, 11, 2691, da cui tratta l'espressione (v. anche *Guida al diritto* 2011, 44, Ins. 12, 9)

dolersi del fatto che le parti non abbiano accettato il suo invito, configurandosi, altrimenti, un istituto che non può certo essere definito a connotazione volontaristica, posto che in tanto una procedura può essere volontaria in quanto sussista piena libertà delle parti nel momento della scelta. Peraltro, ritenendo che il rifiuto sia valutabile negativamente, di fatto si impone alla parte di accettare, sotto minaccia dell'argomento di prova in senso negativo alla domanda o alle eccezioni. Ma, allora, la mediazione delegata altro non è se non una mediazione obbligatoria su impulso giudiziale, invece che legale. Sarebbe, poi, frustrata la ratio della previsione. Disperdere tempo del processo (con il rischio di superare il termine di ragionevole durata con danno allo Stato; v. L. 89/2001) ha un senso se sussistono chances di conciliazione, rinvenibili nel consenso libero delle parti alla mediazione; dove, invece, le parti vadano in mediazione solo per il comando indiretto del giudice, è chiaro che il tavolo conciliativo non avrà alcuno sbocco transattivo. Una conferma della libertà di scelta dovrebbe, poi, trarsi dall'art. 7 del d.lgs. 28/2010 che regola gli effetti della mediazione sulla ragionevole durata del processo. Ebbene, l'articolo sopra richiamato prevede che solo "il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 1" (mediazione obbligatoria) non si computa ai fini di cui all'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89 (ragionevole durata) e non anche il periodo di cui al rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5 comma 1 (mediazione su invito del giudice). Il fatto che, ai fini della ragionevole durata, il Legislatore abbia escluso solo la mediazione obbligatoria e non anche quella giudizialmente sollecitata, è un indice nel senso che, nel secondo caso, disponendosi del tempo del processo anche ai fini della legge Pinto (l. 89 cit.) e nell'interesse delle parti, una spendita di *tempus* processuale è consentita solo su accordo dei litiganti.

Si condivide, dunque, la Dottrina che afferma che l'invito non è vincolante per le parti; né, d'altra parte, il decreto contempla sanzioni di sorta per la parte che rifiuti, anche senza giustificato motivo, di aderire alla sollecitazione del giudice<sup>23</sup>.

[d]. La legge non specifica quale sia la parte che debba pronunciarsi sull'invito: se quella in senso sostanziale o il rappresentante legale. Giova rilevare, però, che l'adesione all'invito non costituisce un atto dispositivo del diritto ma solo una precisa scelta in ordine alla strategia di tutela, azione o difesa, e deve, allora, ritenersi che le "parti" del procedimento di "invito" siano gli avvocati. Deve, cioè, ritenersi che l'adesione all'invito costituisca una estrinsecazione del potere di cui all'art. 84, comma I, c.p.c.: in tal senso, quando la parte sta in giudizio col ministero del difensore, questi può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati. Depone verso tale soluzione anche il dato normativo che "contestualizza" invito e rinvio per l'adesione, non agevolmente immaginabile ove il Giudice dovesse, invece, rivolgere l'invito alla parte sostanziale, in genere assente dalle udienze civili se non richiesta di comparire (v. artt. 117, 185 c.p.c., etc.). E', però, ovvio, che, di fronte all'invito, pur se muniti di procura e pur se dotati del relativo potere, gli avvocati abbiano diritto a conferire con il cliente per fare in modo che la loro decisione sia rispettosa dell'attuale desiderio/bisogno del loro assistito. Ciò non può essere trascurato in quanto la mediazione, nel profilo pratico, comporta un esborso economico e un rinvio del processo nel tempo di almeno quattro mesi: elementi che il difensore potrebbe ritenere sia necessario discutere con la parte dove non l'abbia preventivamente fatto.

Ad ogni modo, non è ovviamente escluso che l'invito venga rivolto a scioglimento di riserva (186 c.p.c.): in tal caso, l'impasse è senz'altro risolto poiché, all'udienza fissata per la verifica circa le sorti dell'invito, i difensori o le parti dovranno presentarsi già munite di consenso o dissenso espresso al proposito giudiziale.

---

<sup>23</sup> VACCARI, *Conciliazione giudiziale e mediazione delegata* in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

[e]. Il foro di mediazione – in caso di adesione all’invito - deve essere scelto dai litiganti mediante presentazione di una istanza comune; in difetto, la mediazione dovrà tenersi presso l’Organismo adito per primo<sup>24</sup>. Come noto, il d.lgs. 28/2010 non introduce norme in materia di “competenza territoriale” del foro di mediazione<sup>25</sup>, nel senso che, astrattamente, nulla esclude che una parte residente in Milano presenti la domanda di mediazione in Catania. Tuttavia, là dove la mediazione sia su invito del giudice, e non si arrivi ad una istanza presentata in modo congiunto (e quindi con completa libertà di scelta proprio poiché condivisa dai litiganti) è conclusione logica quella per cui il tentativo debba tenersi nell’ambito del circondario, anche perché, altrimenti, già gli stretti tempi a disposizione (4 mesi) vanificherebbero il procedimento conciliativo. Si tratta di una impostazione interpretativa che, almeno là dove una delle parti sia un consumatore, pare indotta dalla Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. Nell’alveo di tale provvedimento europeo, “il principio di legalità” (quivi scolpito nell’art. 7) vuole che *“l’organo extragiudiziale non può adottare una decisione che avrebbe come risultato di privare il consumatore della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato sul territorio del quale l’organo è stabilito”*. Ebbene: il cd. foro inderogabile del consumatore è proprio una di quelle regole di favore finalizzate ad evitare che il soggetto debole nel mercato venga “dissuaso” dal ricorso alla Giustizia, ragion per cui le parti dovrebbero essere inviate a rivolgersi presso un Organismo che abbia sede nel circondario del Tribunale. Taluni, autorevolmente, in Dottrina<sup>26</sup> segnalano come non si possa inserire un referente di competenza territoriale per la mediazione e che la sanzione per l’eventuale uso distorto della libertà di scelta del Foro mediativo è, in seno al processo, la non applicazione delle sanzioni previste per il rifiuto di sedersi al tavolo della conciliazione. Tale pregevole indicazione finisce, però, per cancellare un aspetto importante della mediazione che è, in primis, un servizio *a favore* del consumatore. Altrimenti detto: con la mediazione viene offerta al soggetto l’opportunità di evitare il processo, comporre la lite e pervenire ad un assetto pacifico del contendere. La Dottrina citata, con la sua interpretazione, di fatto trascura questo aspetto e un dato di rilievo: a foro di mediazione scollato dai criteri inderogabili, alla fine al soggetto debole sarà stata “tolta” l’occasione di una mediazione o, comunque, di scegliere se sostenerla o meno (posto che l’avere la controparte adito il foro dissuasivo ha di fatto già deciso le sorti della fase extragiudiziale). Senza considerare che la controparte di un soggetto debole può anche avere interesse a evitare la fase di mediazione e, quindi, può presentare istanze con il solo fine di “saltare” la *mediation*.

Nulla esclude, dunque, che nel suo invito giudiziale – quanto meno per i fori inderogabili – il giudice possa precisare che la mediazione dovrà tenersi nell’ambito del circondario dell’ufficio, salvo istanza congiunta di tutte le parti. In quel caso, la scelta è completamente libera.

[f]. Il giudice non può rinviare la causa ad altra data senza avere ritualmente acquisito il consenso delle parti alla mediazione che deve risultare dal verbale di udienza o da altro scritto acquisito agli atti del giudizio. In altri termini, il giudice non può, ex officio, invitare le parti alla mediazione e, senza avere ottenuto il loro consenso, differire il processo perché provvedano a rivolgersi ai mediatori. In questo caso, essendo incorso il giudice in violazione di Legge, l’invito non produce alcun effetto (cd. invito *inutiliter datum* con le conseguenze di cui si è già detto).

---

<sup>24</sup> così Trib. Roma, sez. Ostia, ord. 6 e 9 dicembre 2010 in *La Mediazione*, Mediazione e Difesa, 2011, 126

<sup>25</sup> La materia è trattata, specificamente, nel cap. 5

<sup>26</sup> DITTRICH, *opera cit.*



Non è, quindi, condivisibile quel *modus agendi* che fonda la decisione sul consenso implicito delle parti o prescindendo dallo stesso<sup>27</sup>. Non è un caso, comunque, che proprio quanto alla mediazione cd. delegata, una Autorevole Dottrina riscontri nella magistratura italiana “scarsa o non corretta conoscenza” dell’istituto<sup>28</sup>.

[g]. Cosa accade se all’invito aderiscono solo alcune parti e non altre?

In effetti, la mediazione presenta il suo maggiore coefficiente di problematicità nel processo cumulato<sup>29</sup> e, in genere, in quello con pluralità di parti. In caso di varietà di parti nello stesso processo può aversi che a detta pluralità corrisponda una molteplicità di rapporti processuali (connessi per l’oggetto o per il titolo o per le ragioni di mera affinità, e non di necessità) o invece che a essa faccia riscontro un unico inscindibile rapporto processuale<sup>30</sup>. Nella prima ipotesi, si avrà un litisconsorzio facoltativo<sup>31</sup>, nella seconda ipotesi un litisconsorzio necessario<sup>32</sup>. Orbene, nell’ultimo caso esaminato, è difficile ritenere che l’adesione parziale possa giustificare un qualsivoglia provvedimento diverso dalla mera presa d’atto dalla mancanza di consenso di un litisconsorte. In altri termini, dove manchi anche uno solo dei consensi, nelle ipotesi di litisconsorzio necessario, il giudice deve procedere con il processo. Si pensi ad una divisione immobiliare (in cui tutte le parti sono comproprietarie di bene immobile indiviso): è ovvio che, mancando il consenso di uno dei condividenti alla mediazione, sarebbe inutile rimettere gli altri davanti al tavolo di conciliazione, non potendo disporre del diritto. Nel litisconsorzio facoltativo, invece, la situazione può essere differente. Come noto, infatti, in questo caso, le cause mantengono le rispettive specificità e conservano comunque autonomia essendo ben ipotizzabile la composizione bonaria di uno dei rapporti e non degli altri. Quanto, ad esempio, è pacificamente ammissibile nel caso di solidarietà o di domande connesse. Posto che è logicamente e giuridicamente possibile, in questi casi, la definizione parziale della causa per composizione bonaria a seguito di conciliazione, il giudice ben può rimettere davanti ai mediatori le sole parti che hanno prestato il consenso e

<sup>27</sup> Un modello decisorio del genere, si rintraccia nelle pronunce del tribunale di Roma, sez. dist. di Ostia, ordinanze 22 dicembre 2010, 6 dicembre 2010 e 9 dicembre 2010 in *La Mediazione*, Mediazione e Difesa, 2011, 126.

<sup>28</sup> LUIO, *L’arbitrato e la mediazione nell’esperienza contemporanea* (Contributo al «Quinto rapporto annuale sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia», curato da ISDACI in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

<sup>29</sup> Il procedimento civile in cui vi sia cumulo di domande giudiziali. Senza esaustività, quanto al cumulo di domande giudiziali nello stesso processo, cfr. SATTA – PUNZI, *Diritto Processuale civile*, 2000, Cedam; MANDRIOLI, *Diritto Processuale civile*, 2006, Giappichelli; LIEBMAN, *Manuale di diritto Processuale civile*, 1984, Giuffrè; LUIO, *Diritto Processuale civile*, 2000, Giuffrè; DE MARCHI, *Il nuovo processo civile*, 2009, Milano.

<sup>30</sup> Sulla materia, v. FABBRINI, voce «Litisconsorzio», in Enc. Dir., XXIV, Milano, 1974

<sup>31</sup> Cfr. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972.

<sup>32</sup> Su cui v., in giurisprudenza: Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n.5444 in *Mass. Giur. It.*, 2006; in dottrina: CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, II, *Il procedimento*, Padova, 1985.

non le altre. In questo caso, però, è fisiologica la separazione delle cause, ai sensi dell'art. 103, comma II, c.p.c.



*Tribunale di .....*

SEZIONE CIVILE

Il giudice,

**O S S E R V A**

- ai sensi dell'art. 5, comma III, d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, il giudice può invitare le parti a valutare la possibilità di un tentativo stragiudiziale di mediazione, dove taluni elementi della lite siano indicativi di una buona probabilità di *chances* di conciliazione, *“valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti”*;
- l'invito rivolto dal giudice alle parti può essere liberamente valutato dalle stesse, non ricollegando la Legge alcuna conseguenza di sfavore all'eventuale rifiuto;
- Nel caso di specie, diversi elementi - quali lo stato dell'istruzione, in uno con la natura della controversia, non ignorando il contegno dei litiganti - suggeriscono di proporre alle parti di valutare l'opportunità di un percorso di mediazione in vista di una possibile conciliazione, posto che la mediazione, diversamente 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;
- In particolare, si apprezzano i seguenti elementi: .....

**P.Q.M.**

*Letto ed applicato l'art. 5, comma II, d.lgs. 28/2010*

- 1) **INVITA** le parti a valutare l'opportunità di procedere alla mediazione nelle debite forme previste dalla Legge;
- 2) **RINVIA** la causa all'udienza del \_\_\_\_\_ per raccogliere gli eventuali consensi o rifiuti. Se le parti aderiscono all'invito, *“il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi”*, assegnando contestualmente alle stesse il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

.... lì .....

**IL GIUDICE**



*Tribunale di .....*

SEZIONE CIVILE

Il giudice,

- Rilevato che con ordinanza del ....., le parti sono state invitate a valutare l'opportunità di una mediazione;
- Atteso che, all'udienza odierna (v. verbale) le parti hanno aderito all'invito;
- Ritenuto che l'adesione all'invito del giudice costituisca fatto sopravvenuto che giustifica la modifica dei termini del calendario del processo ex officio, ai sensi dell'art. 81-bis disp. att. c.p.c.<sup>33</sup>,

**P.Q.M.**

*Letto ed applicato l'art. 5, comma II, d.lgs. 28/2010*

**RINVIA** la causa all'udienza del \_\_\_\_\_ fissando "la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi",

**ASSEGNA** alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

*Letto ed applicato l'art. 81-bis disp. att. c.p.c.,*

**MODIFICA** il calendario del processo come segue .. . (oppure: riserva di rifissare il calendario del processo, al termine della mediazione, verificati gli esiti della stessa).

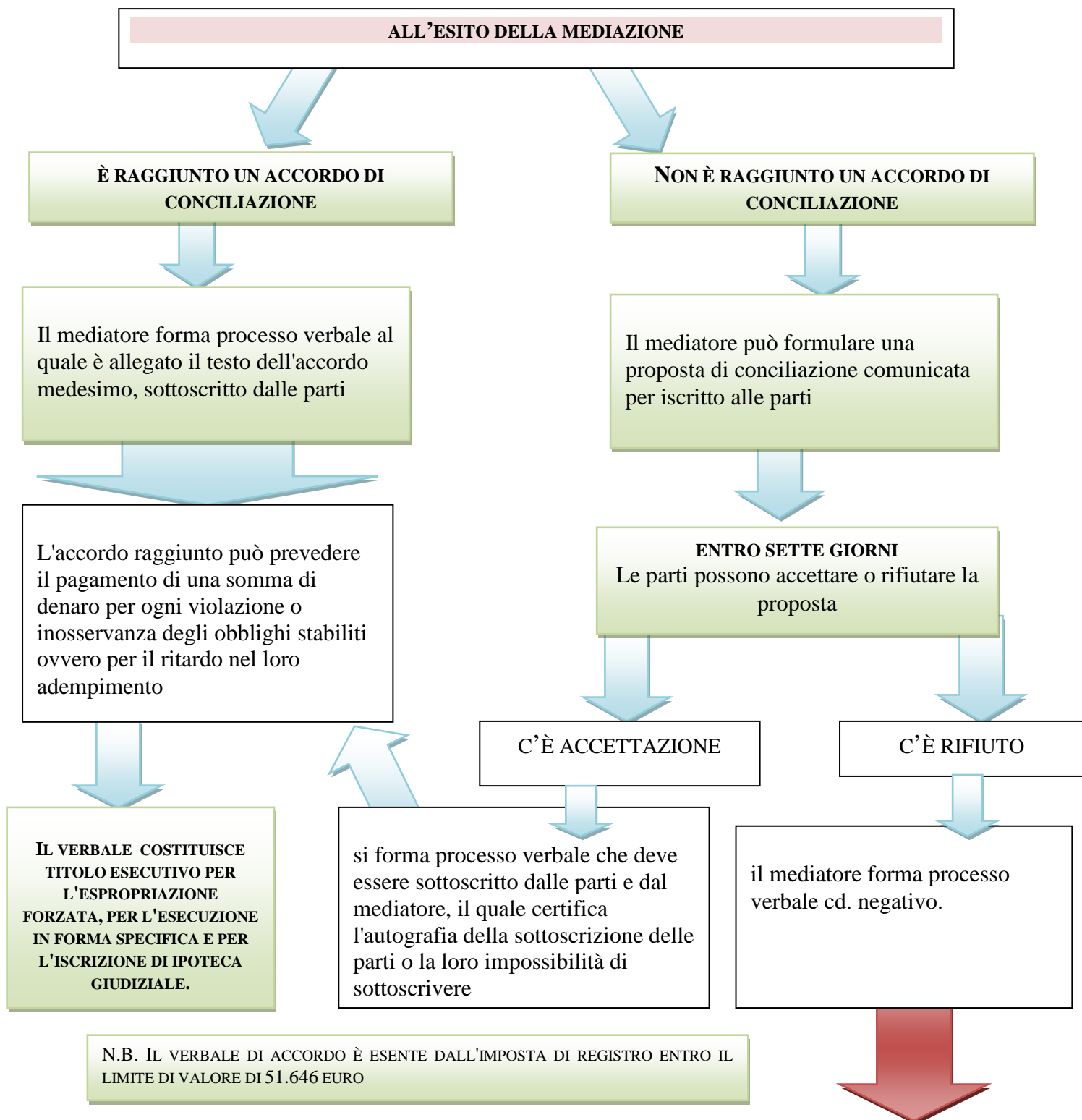
.... lì .....

**IL GIUDICE**

---

<sup>33</sup> V. paragrafo n. 4

[h]. E' opportuno ricordare che la mediazione è destinata a concludersi con una conciliazione. Si tratta, ovviamente, di un esito sperato ma non garantito.



*Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto*



Le ipotesi ipotizzabili sono diverse. E' il caso di analizzarle tutte.

- A. CONCILIAZIONE TOTALE CON SENTENZA DI RITO. Le parti raggiungono un accordo compositivo della lite (ad es. transazione) che definisce tutti gli aspetti del processo, incluse le spese legali sostenute. Se le parti, all'udienza di verifica, lo depositano nel giudizio, il giudice può definire il processo con sentenza<sup>34</sup>, pronunciando la cessazione della materia del contendere<sup>35</sup>.
- B. CONCILIAZIONE TOTALE CON ORDINANZA DI ESTINZIONE. Le parti raggiungono un accordo compositivo della lite (ad es. transazione) che definisce tutti gli aspetti del processo, incluse le spese legali sostenute. All'udienza di verifica, nessuno compare. Il giudice, esauriti i rinvii di cui all'art. 309 c.p.c., dichiara estinto il processo.
- C. CONCILIAZIONE TOTALE CON SENTENZA DI MERITO. Le parti raggiungono un accordo compositivo della lite (ad es. transazione) che definisce tutti gli aspetti del processo, incluse le spese legali sostenute. All'udienza di verifica, tuttavia, richiedono la pronuncia giudiziale e presentano precisazioni delle conclusioni cd. congiunte. La precisazione "congiunta" delle conclusioni determina un vincolo per il giudice: ai sensi dell'art. 112 c.p.c., infatti, il giudice deve pronunciare su tutta la domanda ma "non oltre i limiti di essa". Per l'effetto, al cospetto di una presentazione delle conclusioni condivise dalle parti, il giudice – in linea di principio – è tenuto a non discostarsi dalle stesse, con l'unico limite dei diritti indisponibili (Cass. civ., Sez. I, 25 gennaio 1983, n. 693).
- D. CONCILIAZIONE PARZIALE, CON ESCLUSIONE DI MERITO. Le parti raggiungono un accordo compositivo della lite (ad es. transazione) che definisce solo alcuni aspetti del processo. Il giudice dovrà definire il processo per quelli residui non conciliati.

Dove sorgano eventualmente contestazioni sull'accordo raggiunto, queste – al di là della rilevanza sul processo – non possono certo permeare nel giudizio pendente, trattandosi di "causa e oggetto" diversi (es. azione di annullamento della transazione raggiunta).

---

<sup>34</sup> Secondo lo *jus receptum* della Suprema Corte, la sentenza che dichiara cessata la materia del contendere è di carattere meramente processuale (cfr., tra le tante, Cass. 28 novembre 2001 n. 15062).

<sup>35</sup> L'accordo transattivo costituisce una delle tipiche ipotesi idonee a dare la stura ad una pronuncia di cessazione della materia del contendere (v. Cass. civ. 3 marzo 2006 n. 4714; Cass. civ. 7 settembre 2005 n. 17815; Cass. civ. 31 maggio 2004 n. 11581).

[i]. *L'invito può essere formulato anche nelle cause in cui la mediazione è condizione di procedibilità?* L'invito può essere formulato anche nelle controversie per le quali la mediazione costituisce condizione di procedibilità, e anche quando essa sia già stata inutilmente esperita prima del giudizio, allorché il giudice ravvisi nuovi presupposti, utili a favorire l'esito positivo della mediazione<sup>36</sup>.

[j]. *Cosa accade se la parte accetta l'invito del giudice ma poi non si presenta in mediazione?* L'adesione all'invito del giudice è liberamente rimessa alla valutazione discrezionale (utilità, opportunità, etc.) della parte. Se, però, la parte accetta l'invito giudiziale, allora, poi, deve comportarsi coerentemente con l'opinione espressa (art. 88 c.p.c.) e, dunque, ha l'onere di partecipare al tavolo conciliativo. Onere dalla cui violazione discendono, dunque, tutte quelle conseguenze tipizzate dalla Legge nel testo normativo. E, infatti, come si è già avuto modo di precisare, mediazione delegata, volontaria e obbligatoria costituiscono solo le diverse radici da cui trae linfa un medesimo meccanismo processuale. Nel cui alveo la mancata partecipazione dei litiganti trova comune disciplina. Ai sensi dell'art. 8, comma V, de d.lgs. 28/2010, solo un "giustificato motivo" può assolvere dall'obbligo di cooperare e la mancata partecipazione alla mediazione senza quel giustificato motivo comporta la possibilità per il giudice di trarre argomenti di prova a carico di colui che appunto è risultato inadempiente a fronte del detto obbligo<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> VACCARI, *Conciliazione giudiziale e mediazione delegata* in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

<sup>37</sup> BOVE, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione* in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Le società* 2010, 759 ss.

#### 4. INVITO ALLA MEDIAZIONE CALENDARIO DEL PROCESSO

La Corte Europea dei diritti dell'uomo<sup>38</sup>, ai cui principi il giudice nazionale deve uniformarsi nella determinazione della durata ragionevole del procedimento, ha in linea di massima stimato la ragionevole durata del processo in tre anni (3) per quanto riguarda il giudizio di primo grado ed in due anni (2) per quanto riguarda il giudizio di secondo grado (cfr. Cassazione civile, sez. I, 3 aprile 2008, n. 8521). Al fine di preservare il valore del "giusto processo" – che tale non è se di durata irragionevole<sup>39</sup> – lo Stato ha posto sempre maggiore attenzione al proprio dovere di organizzare il sistema giudiziario in modo tale che le proprie giurisdizioni possano garantire a ciascuno il diritto di ottenere una decisione definitiva in un termine ragionevole<sup>40</sup>. Da qui, da ultimo, l'introduzione dell'art. 81-bis disp. att. c.p.c. ad opera della legge 18 giugno 2009 n. 69 che, nell'ultimo intervento manipolativo, è espressamente individuato dal Legislatore come strumento "*per la migliore organizzazione del servizio di Giustizia*". Si tratta dell'art. 1-ter della legge 14 settembre 2011 n. 148, di conversione del decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138 recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo" (G.U. 16 settembre 2011, n. 216) che ha modificato la norma di cui si discute in modo sostanziale.

##### **Art. 81-bis disp. att. c.p.c.**

1. «Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incombenti che verranno in ciascuna di esse espletati, compresi quelli di cui all'articolo 189, primo comma. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini».

2. «Il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario di cui al comma precedente da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d'ufficio può costituire violazione disciplinare, e può essere considerato ai fini della valutazione di professionalità e della nomina o conferma agli uffici direttivi e semidirettivi».

---

<sup>38</sup> Cfr. in particolare le pronunce sul ricorso n. 62361/00, proposto da Pizzati c. Italia e sul ricorso n. 64897/01 proposto da Z. c. Italia

<sup>39</sup> L'irragionevole durata dei processi civili determina un relevantissimo pregiudizio economico per lo Stato Italiano e soprattutto danneggia gli utenti del Servizio Pubblico di Giustizia. I procedimenti civili instaurati per ottenere l'indennizzo previsto dalla Legge cd. Pinto (legge 89/2001) sono in costante aumento: dai 1622 del 2001 ai 7299 nel 2008. La somma dei debiti accumulati dallo Stato, per i processi durati oltre il termine di ragionevole durata, è in pericoloso incremento: la posta debitoria dal 2002 al 2008 ammontava a 36,6 milioni di euro (trattasi del capitolo 1264). Il Dipartimento degli affari di giustizia, con nota n. 10804 del 23 gennaio 2009, indirizzata al Gabinetto del Ministero della giustizia, ha quantificato i debiti sul capitolo 1264 in circa 64 milioni di euro. Con sentenza del 21 dicembre 2010 (Gaglione ed altri c/ Italia), la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha accolto la richiesta di ben 475 ricorrenti, proposta contro lo Stato Italiano per l'eccessiva durata dei procedimenti previsti dalla Legge Pinto per l'erogazione dell'indennizzo spettante ex l. 89/2001.

<sup>40</sup> Dovere che si rintraccia, ad esempio, nella pronuncia *Corte europea dir. uomo*, 16 ottobre 2003, *Neves Ferriera Sande ed altri c. Portogallo*, e che discende direttamente dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ratificata dallo Stato italiano con la Legge 4 agosto 1955, n. 848 e, in tempi recenti, rivitalizzata nel contesto Europeo, dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea come modificato dal Trattato di Lisbona (ratificato in Italia con legge 2 agosto 2008 n. 130 e entrato in vigore in data 1 dicembre 2009; v. GUUE n. C 306 del 17 dicembre 2007). V. DIDONE A., *Il nuovo processo societario di cognizione e la Corte europea dei diritti dell'uomo* in *Giur. It.*, 2004, 488, il quale ricorda: "Spesso la Corte di Strasburgo ha ricordato che il principio dispositivo va coordinato con il potere-dovere concesso al giudice civile dall'art. 175 c.p.c., secondo cui il giudice deve esercitare «tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento»".



R.G.A.C. .... / 2012

# Tribunale di .....

## CALENDARIO DEL PROCESSO

UDIENZE	INCOMBENTE CALENDARIZZATO	NOTE
1) Maggio 2011	Udienza di prima comparizione. Concessione dei termini ex art. 183, comma VI, c.p.c.	
2) Novembre 2011	Udienza di ammissione delle prove	
3) Febbraio 2012	Eventuale giuramento del CTU, se nominato; oppure assunzione delle prove orali, se ammesse.	
4) Settembre 2012	In caso di ammissione di prove orale e nomina di CTU, esaurite le prove nell'incombente precedente, giuramento del consulente, ex art. 193 c.p.c.	
5) Maggio 2013	Precisazione delle conclusioni	
	TEMPO STIMATO PER LA DURATA DEL PROCESSO: 2 anni	

IL GIUDICE

....

Mettendo da parte, in questa sede, le censure che possono essere mosse all'istituto<sup>41</sup>, occorre interrogarsi circa l'incidenza dell'invito alla mediazione sul calendario del processo programmato dal giudice. In particolare, occorre tener presente che, sia l'invito mero alla mediazione, sia l'eventuale adesione successiva o contestuale delle parti, determinano una temporanea stasi del processo, essendo necessario un rinvio di quattro mesi che, peraltro, potrebbe anche condurre ad un ulteriore rinvio.

Ad esempio: all'udienza prevista per l'ammissione delle prove, il giudice invita le parti alla mediazione e le parti aderiscono. Differisce, quindi, il processo a data successiva al termine di quattro mesi. "Salta", conseguentemente, l'incombente che era stato previsto nel calendario (ad es., assunzione delle prove orali ammesse).

Orbene, l'art. 81-bis disp. att. c.p.c. prevede espressamente che *i termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti*. E' chiaro che, in un sistema normativo che deve rispettare il principio di coerenza e non contraddizione, la mediazione sollecitata dal giudice – poiché prevista normativamente (art. 5 comma II d.lgs. 28/2010) – costituisce uno di quei motivi sopravvenuti che legittima la riorganizzazione del Calendario e, dunque, lo spostamento in avanti, in modo progressivo, degli incombenti che erano stati programmati, senza che sia possibile muovere alcun rimprovero vuoi organizzativo, vuoi disciplinare. E', infatti, il Legislatore stesso a chiedere al giudice di provocare la mediazione, con ciò dimostrando espressamente di ammettere, implicitamente, il superamento della rigidità del calendario.

---

<sup>41</sup> L'obbligatorietà del calendario del processo, negli uffici giudiziari con Ruoli particolarmente pesanti, rischia di comportare un appesantimento insostenibile. Prima delle modifiche introdotte dalla cd. Manovra Bis, si era così tentato di offrire un approccio interpretativo che lo modulava nel senso della "discrezionalità" (v. *Trib. Catanzaro, sez. II, ord. 3 giugno 2010: L'art. 81-bis disp. att. c.p.c. - con il quale è stato introdotto il Calendario del processo - deve essere applicato secondo un principio di ragionevolezza, pena la sua esposizione a censure di legittimità costituzionale, sicché esso - da un lato - non deve comportare, contrariamente alle finalità che hanno animato il legislatore, un appesantimento dell'attività giurisdizionale ed un rallentamento del processo, mentre - dall'altro lato - nel darvi attuazione occorre tener conto della situazione contingente. Dove, pertanto, nel concreto contesto dell'Ufficio giudiziario, il calendario del processo rappresenterebbe un inutile ed irragionevole appesantimento dell'attività di programmazione del ruolo, lo stesso va apprestato limitatamente all'attività istruttoria già ammessa, ed ipotizzando che essa si compia effettivamente all'udienza fissata).*

## 5. COMPETENZA TERRITORIALE

*Quali sono le regole di competenza territoriale per la mediazione delegata?*

Le parti aderiscono all'invito del giudice: come si sceglie l'organismo davanti a cui svolgere il tentativo di mediazione? La Legge, come detto, sul punto tace.

La relazione illustrativa spiega le ragioni della scelta (consapevole e voluta): “non si stabilisce un criterio di competenza in senso proprio, così da evitare una impropria giurisdizionalizzazione della sequenza procedimentale”, in modo da evitare “contrastanti interpretativi” e così da lasciar libere le parti “di investire concordemente o singolarmente, l'organismo ritenuto più affidabile. Una scelta che disattende i suggerimenti delle Commissioni parlamentari. Come ricorda autorevolmente la Dottrina<sup>42</sup>, in sede di parere sullo schema di d. lgs., la Commissione Giustizia della Camera aveva proposto “di introdurre nell'articolato una norma che definisse la competenza per territorio dell'O.d.M.<sup>43</sup> in ragione della presenza della sua sede nello stesso ambito del distretto della Corte Territoriale comprendente la circoscrizione del Tribunale che sarebbe stato competente per la causa di merito ai sensi del codice di rito”<sup>44</sup>. Anche la Commissione Giustizia del Senato “si era espressa nel senso della necessità di regolare la competenza per territorio degli Organismi di Mediazione con l'adozione di un sistema così articolato: in via principale, determinazione della competenza territoriale dell'O.d.M. in ragione della sua sede nell'ambito del circondario del Tribunale competente per la causa di merito; in via subordinata, mancando un O.d.M. con sede nell'ambito del circondario del Tribunale competente per la causa di merito, in ragione della presenza della sede dell' O.d.M. nello stesso ambito del distretto della Corte Territoriale comprendente la circoscrizione del Tribunale competente per la causa di merito; in ogni caso, facendo salva la possibilità delle parti di derogarvi concordemente”<sup>45</sup>.

Il *vacuum legis* sulla competenza territoriale produce un assordante silenzio su problemi pratico-logistici e concreto-attuativi: in primo luogo, posto che la competenza si radica davanti all'organismo adito per primo<sup>46</sup>, ben potrebbe accadere che l'attore residente a Milano, contro il convenuto residente a Roma, convochi la controparte davanti l'O.d.M. di Venezia, con evidente rischio di abusi<sup>47</sup>. Infatti, in questo caso, dove il convenuto non dovesse presentarsi, rischierebbe di subire una proposta conciliativa contumaciale<sup>48</sup> e, nel futuro giudizio, una valutazione negativa della sua omessa comparizione davanti ai

---

<sup>42</sup> SANNA, *La competenza per territorio nel procedimento di mediazione ex d. lgs. n. 28/2010: spunti per una riflessione* in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

<sup>43</sup> Organismo di mediazione

<sup>44</sup> SANNA, *opera cit.*

<sup>45</sup> SANNA, *opera cit.*

<sup>46</sup> Ai sensi dell'art. 4, comma I, “in caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda”. Ai sensi dell'art. 8, comma II, il procedimento si svolge presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo. Le due norme, lette in combinato disposto, determinano, dunque, un determinato luogo territoriale in cui la mediazione va a svolgersi.

<sup>47</sup> V. in argomento CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009* in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), II, 2009, 179: «sovente la controversia civile vede una parte ( di solito il futuro convenuto) interessata a speculare sulle durate processuali. Sovente appariranno sulla scena convenuti interessati a tirare in lungo la procedura di mediazione e a tenere l'atteggiamento opportuno per ottenere questo risultato (...) Il che offre il destro per osservare che non aver legato la scelta dell'organismo di conciliazione alla competenza dell'organo giurisdizionale può prestarsi ad abusi. Senza contare l'eventualità che i diversi organismi sparsi sul territorio vengano investiti delle procedure di mediazione secondo quantità irrazionalmente disomogenee, con eccessiva concentrazione presso alcuni, a danno di altri».

<sup>48</sup> Art. 11, comma I: quando l'accordo non e' raggiunto, il mediatore puo' formulare una proposta di conciliazione.

mediatori<sup>49</sup>. D'altro canto, adempiendo agli oneri di collaborazione imposti dalla Legge, dovrebbe sostenere un costo economico non indifferente, appesantito dalla impossibilità di prevenire, ex ante, la durata e i costi dell'attività conciliativa dell'organismo.

Gli orientamenti, al riguardo, sono essenzialmente tre.

1) **TESI DEL DOPPIO EFFETTO (*Valutazione sfavorevole per chi abusa del diritto; favorevole per chi subisce l'abuso*)**. La sede dell'organismo adito deve avere munita di almeno un collegamento con la residenza o sede delle parti, con il loro domicilio ovvero con i fatti oggetto di controversia<sup>50</sup>. Pertanto, in caso di abuso del diritto o, comunque, azione che radichi la competenza senza rispetto dei criteri oggettivi di collegamento, sussiste quel giustificato motivo che impedisce l'applicazione degli strumenti sanzionatori di Legge a carico chi ha scelto di non partecipare al procedimento mediativo<sup>51</sup>. Ne consegue, al contempo, che chi ha citato davanti ad un organismo scollegato dai criteri di collegamento, può essere sottoposto alla valutazione negativa di cui all'art. 116, comma II, c.p.c.

*Critica*: questa impostazione dottrinale ha, però, come effetto quello di aprire una falla nel sistema di mediazione. *In primis*: in questo caso la parte che subisce l'abuso altrui ha "perso" comunque l'occasione della mediazione (non essendo comparsa davanti alla sede adita perché troppo distante); in secondo luogo, è frustrata la finalità della Legge che non è quella di valutare chi si comporti "bene o male" ma deflazionare il contenzioso. Quanto non avviene perché il tavolo conciliativo "salta".

2) **TESI DELLA GIURISDIZIONALIZZAZIONE (*Applicazione all'O.d.M. dei criteri previsti dal codice di rito*)**. Altri<sup>52</sup> hanno proposto l'applicazione analogica alla mediazione dei generali criteri ordinari di competenza per territorio tessuti nella codificazione di rito per tutelare l'interesse delle parti affinché riesca loro agevole adire i giudici. Si è, peraltro, anche proposto di guardare agli artt. 410 e 413 c.p.c. per la determinazione della competenza delle Commissioni di conciliazione. In tal caso, si ricaverebbe la seguente *regola*<sup>53</sup>: competente per la mediazione sarà il primo O.d.M. adito tra quelli che appartengono al circondario dell'ufficio giudiziario che sarebbe competente in assenza di mediazione, secondo gli ordinari criteri del codice di rito<sup>54</sup>.

*Critica*: questa impostazione dottrinale contrasta, però, apertamente, con la ratio legis voluta dal legislatore che ha appositamente escluso il riferimento ai criteri del codice di procedura civile.

3) **TESI DELLA LIBERTÀ LIMITATA (*Applicazione all'O.d.M. dei criteri previsti dal codice di rito solo per i fori inderogabili*)**<sup>55</sup>. Alcuni commentatori<sup>56</sup>, pur ritenendo che la scelta sia libera, con intervento del giudice in caso di abuso, hanno, però, ritenuto che si tratti di una libertà limitata ai fori derogabili. In particolare, hanno ritenuto che la previsione del Foro Inderogabile del consumatore sia da applicare anche all'O.d.M., posto che l'art. 33, comma II, lett. u del Codice del Consumo, secondo l'interpretazione di Cass., SS.UU., (03/14669), ha introdotto un foro da ritenersi esclusivo, nel senso che ogni controversia

---

<sup>49</sup> Art. 8 comma V: dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.

<sup>50</sup> MINELLI, *Commento sub art. 4 (accesso alla mediazione)*, in AA. VV., *La mediazione per la composizione delle*

*controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, Padova, 2011,

<sup>51</sup> DITTRICH, *opera cit.*

<sup>52</sup> Tra cui chi scrive: BUFFONE, *Mediazione e conciliazione*, opera cit., 26; PREZIUSO, *Prime questioni interpretative del d.lgs. 04.03.2010 n. 28 in materia di conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in [www.dirittoeprocesso.com](http://www.dirittoeprocesso.com)

<sup>53</sup> Illustra con chiarezza le tesi, SANNA, *opera cit.*

<sup>54</sup> MELTONESE, *Mediazione e conciliazione*, in [www.overlex.com](http://www.overlex.com)

<sup>55</sup> Da ultimo, condivisa da chi scrive per la mediazione delegata: v. Trib. Varese, ord. 6 luglio 2011

<sup>56</sup> VACCÀ, *Il procedimento*, in VACCÀ, MARTELLO, *La mediazione delle controversie*, Milano, 2010,

relativa a qualsivoglia contratto concluso da un consumatore con un professionista è di competenza esclusiva del giudice del luogo di residenza o di domicilio elettivo del consumatore.

Ma cosa accade se la parte presenta la domanda di mediazione dinanzi ad un organismo “incompetente” (secondo uno degli orientamenti sopra indicati)? La Dottrina offre una chiara disamina delle possibili conseguenze:

*1) se l'altra parte si presenta senza eccepire nulla non sembrano porsi particolari problemi, poiché, agendo in tal modo, è come se le parti avessero inteso sciogliere per facta concludentia la clausola in precedenza pattuita; 2) se l'altra parte decide invece di non prendere parte al procedimento, la mancata partecipazione potrà ritenersi fondata su di un “giustificato motivo”<sup>57</sup>.*

Ciò vuol dire che l'istanza produce comunque effetti giuridici e, dunque, si applica il criterio della prevenzione (già visto), essendo dunque improduttive di effetti le altre eventualmente presentate, pur dinanzi all'organismo competente. Questa soluzione – coerente con la scelta del Legislatore – come ben si intuisce, ha l'effetto di trasferire sul processo i problemi della mediazione così appesantendo il carico decisorio del giudice ed allungando i tempi di definizione della lite; con buona pace delle finalità prese di mira dal d.lgs. 28/2010.

Il dibattito sin qui richiamato, ovviamente si riproduce nell'ambito della mediazione delegata; e, però, come già detto, non sembra potersi escludere affatto che il giudice possa indicare l'ambito territoriale entro cui condurre la mediazione su suo invito, posto che il processo è oramai pendente e ad egli sono stati attribuiti direttamente dalla Legge i poteri di *governance* giudiziale (art. 175 c.p.c.).

---

<sup>57</sup> SANNA, *opera cit.*



*«Scoraggia la lite. Favorisci l'accordo ogni volta che puoi. Mostra come l'apparente vincitore sia spesso un reale sconfitto.....in onorari, spese e perdita di tempo»*

**ABRAHAM LINCOLN**