

Mediazione e giustizia civile a confronto: analisi di alcuni punti controversi

Vito Amendolagine

Sommario: 1. Alcuni dei principali punti controversi nella mediazione obbligatoria. – 2. Le possibili “criticità” del nuovo sistema di conciliazione delle controversie civili e commerciali ideato dal legislatore. – 3. La mediazione è davvero alternativa alla giustizia civile? – 4. Lobbies, mediazione ed accesso alla giustizia civile: “cosa nostra, loro o di tutti”? – 5. La mediazione vista da vicino: nuova panacea per guarire i mali della giustizia civile o semplice placebo di massa? – 6. Conclusioni e prospettive future sui nuovi scenari della “giustizia civile”.

1. Alcuni dei principali punti controversi nella mediazione obbligatoria.

L’art. 5 del d. lg. 4 marzo 2010, n.28 nel prevedere – al di fuori dei principi e criteri direttivi della delega legislativa concessa al Governo ex art. 60, l. 18 giugno 2009, n.69 (1) e della stessa Direttiva 2008/52/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 (2) relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (3) – l’istituzione del tentativo obbligatorio di conciliazione entrato in vigore il 21 marzo 2011 (4), al comma 1 recita: <<chi intende esercitare in giudizio un’azione

relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell’articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate>>. Già qui è ravvisabile una prima dimenticanza del legislatore laddove si riferisce a tutta una serie di controversie riguardanti tra le altre cose contratti assicurativi, bancari e finanziari, senza menzionare quelli ulteriori tipici ed atipici ben noti nella comune prassi commerciale. Il riferimento è a tutte quelle numerose tipologie contrattuali che a priori non possano farsi rientrare nel generale ambito dei contratti assicurativi, bancari e finanziari. Un esempio valga per tutti: l’appalto pubblico e/o privato di opere e di servizi. L’elenco è variegato e comunque lungo, spaziando dai contratti “tipici” di somministrazione, mandato, mediazione, deposito (non bancario), spedizione, commissione, agenzia, trasporto, etc., a quelli c.d. “atipici” factoring, franchising, know how, engineering, catering, handling, etc. Non è difficile prevedere un facile terreno di scontro già su tale evidente disattenzione del legislatore nel formulare – presumibilmente in maniera un po’ troppo frettolosa – la suddetta disposizione normativa. Infatti come negare a priori l’esclusione delle controversie non specificamente ed espressamente riconducibili

direttamente od indirettamente (5) al novero delle controversie enunciate dal comma 1 dell'art. 5 del d.lg. 4 marzo 2010, n.28? altrettanto dicasi sulle azioni di responsabilità *ex art.* 2043 c.c. per violazione del generale precetto del *ne-minem laedere* che non sembrano essere comprese nell'elenco dell'art. 5, comma 1, d.lg. n.28/2010 – basti pensare alle numerose controversie civili conseguenti a cadute del pedone per la strada che sebbene spesso vedono scendere in campo istituti assicuratori chiamati in causa dalla p.a. proprietaria della strada non riguardano la r.c.a. ma la semplice responsabilità civile – o a quelle riguardanti la responsabilità di altro genere di professionisti, fondata su presupposti diversi da quelli concernenti la colpa dei professionisti in campo sanitario, “stranamente” l'unica ad essere stata menzionata espressamente nella *littera legis*, probabilmente a causa delle pesanti ripercussioni che l'attivazione di tali forme di contenzioso civile può comportare sui bilanci delle compagnie assicurative che manlevano i medici sottoscrittori delle relative polizze. Ciò, tuttavia non fa altro che legittimare un'interpretazione restrittiva della suddetta disposizione normativa, che in tal caso osterebbe ad una sua applicazione estensiva ad altre numerose ipotesi di responsabilità professionale diverse da quella medica (si pensi ad avvocati, notai, farmacisti, dottori commercialisti, ingegneri, etc. per le cui controversie in materia di responsabilità professionale non dovrebbe quindi ritenersi applicabile il preventivo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione). Non a caso è lo stesso legislatore ad aver optato per tale soluzione, da un lato opportunamente circoscrivendone il campo di applicazione alle sole controversie riguardanti le materie avendo cura di indicarle espressamente una ad una, e dall'altro, prevedendo che per talune di esse – contratti finanziari e bancari – la parte è tenuta preliminarmente a esperi-

re il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal d.lg. 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art.128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al d.lg. 1° settembre 1993, n. 385. E' infatti evidente come tale impostazione tenga effettivamente conto della *ratio legis* profusa nella richiamata disposizione normativa, nell'aver previsto espressamente e singolarmente sia le controversie in relazione alle quali deve ritenersi operante l'applicazione dell'art. 5, comma 1 del d.lg. n.28/2010, sia quelle la cui specificità potrebbe giustificare l'adozione – in alternativa – a quest'ultimo strumento di conciliazione quelli già previsti *ad hoc* nella vigente legislazione nazionale.

L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Bene, quale sanzione prevede la legge per la sua eventuale inosservanza? Altro problema che si pone a causa della stessa formulazione della norma qui considerata. L'improcedibilità è chiaramente affermata nel testo normativo ma sebbene possano applicarsi le norme ed i principi generali del codice di rito, *quid juris* sulla possibilità che il giudice possa chiudere in rito il processo dichiarando la sua estinzione? Almeno due gli elementi di segno contrario all'adozione di tale radicale soluzione: a) la previsione contenuta nella stessa norma secondo cui <<*l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice* (6), *non oltre la prima udienza*>>, e b) la correlata previsione che <<*il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il ter-*

mine di quindici giorni (7) per la presentazione della domanda di mediazione >> (8). Delle due l'una: o il processo attivato senza il preventivo esperimento del procedimento obbligatorio di mediazione diviene improcedibile chiudendosi in rito, ed in tal modo estinguendosi, ed allora davvero non si comprenderebbe la portata dell'onere previsto dal legislatore a carico del convenuto di cui alla lettera a), e la stessa previsione contenuta nella lettera b), oppure la *voluntas legis*, coerentemente con l'esigenza di "filtrare" senza per questo impedire l'accesso alla giustizia civile (9), in tal modo rispettando i principi della citata direttiva 2008/52/Ce e della stessa legge-delega conferita dal Parlamento italiano all'esecutivo nazionale (10) è ravvisabile nella semplice sanzione del suo necessario differimento ad una scadenza temporale non inferiore a quattro mesi corrispondente al termine massimo di durata del procedimento obbligatorio di mediazione (11). Ma a ben vedere, vi sarebbe anche un altro elemento che sembrerebbe fatto apposta per deporre a favore di tale soluzione, ravvisabile nella evidente similitudine esistente fra lo "schema" predisposto dal comma 1 dell'art. 5 del d.lg. n.28/2010 e quello dell'abrogato art. 412-*bis* c.p.c. sull'analoga improcedibilità prevista per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. (12). In particolare le suddette disposizioni normative hanno in comune l'eccezione d'improcedibilità rilevabile d'ufficio o ad istanza del convenuto da proporsi non oltre la prima udienza (13) (nel rito del lavoro corrispondente a quella di cui all'art.420 c.p.c.) (14); La previsione di una analoga cadenza dal punto di vista procedurale (15).

Un'ultima osservazione si impone prima di chiudere su tale punto specifico: soltanto l'abrogato art. 412-*bis* c.p.c. prevedeva la sanzione dell'estinzione del processo laddove quest'ultimo non fosse stato tempestivamente riassunto: <<*il giudice dichiara d'ufficio l'estinzione del*

processo con decreto cui si applica la disposizione di cui all'articolo 308>>. In effetti, se il legislatore avesse inteso sanzionare in tal modo l'inosservanza della disposizione normativa di cui al comma 1 dell'art. 5, d. lg. n.28/2010 lo avrebbe certamente espresso in modo inequivocabile (16).

Ciò a parere di alcuni, potrebbe finire per vanificare lo sforzo legislativo "frustrando" sul nascere la *ratio legis* sottostante all'introduzione del nuovo istituto della mediazione nelle controversie civili e commerciali (17), ma ove ciò dovesse mai accadere, la relativa causa andrebbe individuata soltanto nella imperfetta – ed a tratti persino inadeguata – formulazione normativa da parte dello stesso legislatore (18).

2. Le possibili "criticità" del nuovo sistema di conciliazione delle controversie civili e commerciali ideato dal legislatore.

L'art. 8, comma 1 del d.lg. n.28/2010 prevede che all'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. Successivamente, la stessa norma dispone che il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia. Inoltre 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, comma 2, c.p.c. Orbene, *quid juris* dunque, nel caso di mancata partecipazione della parte convenuta al procedimento? In base al tenore dell'anzidetta norma, l'unica sanzione possibile sarebbe la eventuale valutazione del comportamento omissivo da parte del giudice nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. che già si applica

nell'ipotesi di mancata comparizione a rendere l'interrogatorio formale deferito dalla controparte. In estrema sintesi, la parte che per ragioni di strategia difensiva, decida di non prendere parte al procedimento davanti al mediatore riguardante l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione non incorre in altra sanzione all'infuori di quella che già si applica nei confronti di chi senza giustificato motivo non si presenta – per analoghe ragioni difensive – a rendere l'interrogatorio formale deferitole dalla parte avversa. A tal fine è allora opportuno precisare che la disposizione di cui all'art. 232 c.p.c. non ricollega automaticamente alla mancata risposta all'interrogatorio, per quanto ingiustificata, l'effetto della confessione, ma da solo la facoltà al giudice di ritenere come ammessi i fatti dedotti con tale mezzo istruttorio, imponendogli, però, nel contempo anche di valutare ogni altro elemento di prova (19).

Allo stesso modo dovrebbe quindi procedersi nel caso della mancata comparizione della parte in occasione del procedimento riguardante l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione davanti al mediatore: non dovrebbe esserci alcuna sorta di "automatismo" valutativo del comportamento correlato ad una valutazione *ex art.* 116, comma 2, c.p.c. (20)

Ma vieppiù ove si consideri anche l'impossibilità di applicare quanto enunciato nell'art. 115, comma 1, c.p.c. per almeno due ragioni: la prima è che quest'ultima norma attiene alla fase processuale, non potendosi certo applicare ad attività ad essa antecedenti e comunque estranee, posto che il "mediatore" non è il "giudice", e che il comma 1 della suddetta norma prevede che salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita.

Inoltre, poiché l'istanza di accesso alla mediazione ai sensi dell'art. 4, comma 2, d.lg. n.28/2010 deve indicare soltanto l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa, appare evidente come la generica formulazione di quest'ultime – che per ovvi quanto intuibili motivazioni legate alla difesa, non potranno certo ricalcare lo specifico schema argomentativo proprio dell'atto di citazione o del ricorso – rende sostanzialmente impossibile a priori qualsiasi contestazione specifica da parte del convenuto, e con essa l'inapplicabilità del comma 1 dell'art. 115, c.p.c.

Così stando le cose, francamente, nel nuovo strumento di risoluzione di conflitti non si vede allora nulla di nuovo rispetto al sistema previgente, atteso che sotto tali aspetti non può che rilevarsi la sostanziale inesistenza di una idonea ed appropriata efficacia deterrente della possibilità di "sanzionare" in maniera efficace la parte che in qualche modo, si renda responsabile in linea di mero fatto, di un'attività di "ostruzionismo" impedendo la possibilità di addivenire alla conciliazione della controversia.

Altro importante quesito: cosa accade se la mediazione non va a buon fine attrverso la conciliazione della lite? In base all'art. 10, comma 1, del d.lg. n.28/2010 <<*le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio*>>. E' quindi evidente come in base al dato testuale della norma in esame, su tutto quanto si è avuto modo di discutere e valutare nel corso del procedimento di mediazione inesorabilmente "cala il sipa-

rio”, non essendo possibile nel corso del successivo giudizio una sorta di “ripe-scaggio” delle dichiarazioni od informazioni rilasciate dalle parti od acquisite al medesimo procedimento, contro la loro volontà.

La norma su tale punto è particolarmente chiara nel porre finanche il divieto di testimonianza e/o deferimento del giuramento decisorio sul contenuto delle anzidette dichiarazioni od informazioni.

A ciò aggiungasi che il comma 2 della norma citata dispone che il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, nè davanti all'autorità giudiziaria nè davanti ad altra autorità. La stessa disposizione normativa prevede che al mediatore si applicano le disposizioni dell'art. 200 c.p.p. e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'art. 103 c.p.p. in quanto applicabili.

Da quanto precede, possono quindi conseguire sul piano applicativo alcune problematiche legate per lo più alla ambigua formulazione della norma anzidetta adottata dal legislatore, non a caso rubricata come <<inutilizzabilità e segreto professionale>> risultando così omesso qualsiasi riferimento esplicito ad un “divieto” – il mediatore non può essere tenuto a deporre – in luogo dell’inequivocabile – al mediatore è fatto divieto di deporre – sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione. Infatti se da un lato la formulazione della norma <<non può essere tenuto>> sembra lasciare spazio ad una possibile valutazione unilaterale rimessa alla discrezionalità dello stesso mediatore chiamato a testimoniare nel corso del successivo giudizio civile – in quanto diversamente opinando, laddove fossimo in presenza di un divieto espresso *ad hoc* dalla norma su tale punto specificamente considerato, non si spiegherebbe il senso del-

l’ulteriore ed immediata previsione normativa riferita alle disposizioni dell’art. 200 c.p.p. ed alle garanzie previste dall’art. 103 c.p.p. per il difensore – dall’altro, il contenuto espresso dall’art. 10 d.lg. n.28/2010 non risulta essere sufficientemente circoscritto. Orbene, proprio sulla scorta delle pur brevi considerazioni fin qui svolte, consegue che il mediatore potrà essere chiamato a deporre in qualità di testimone su fatti che non concernano direttamente il contenuto delle dichiarazioni rese dalle parti o delle informazioni acquisite nel corso del procedimento, essendo rimessa a quest’ultimo la scelta se avvalersi o meno della facoltà riconosciutagli dalla norma – <<non può essere tenuto>> – di ritenersi esonerato dal presentarsi a deporre davanti all’autorità giudiziaria od altra eventualmente diversa, fermo restando la possibilità di avvalersi delle garanzie apprestate dagli artt. 103 e 200 c.p.p., ed in ogni caso la eventuale inutilizzabilità delle stesse dichiarazioni rese laddove palesemente confliggenti con quanto disposto dalla stessa norma. I rischi connessi a scelte sbagliate o quanto meno discutibili in cui si incorre *ex art.* 10, d.lg. n.28/2010 può portare a serie conseguenze sul piano giuridico, che vanno dal *vulnus* ai basilari principi di economia processuale per il possibile aumento del contenzioso legato ad azioni civili e penali proponibili dalla singola parte nei confronti dello stesso mediatore che abbia deciso di deporre su fatti e/o circostanze apparentemente escluse dal perimetro riconducibile all’art. 10, d.lg. n.28/2010, ma che in realtà potrebbero indirettamente esservi ricomprese per una qualche ragione da verificarsi caso per caso, fino a situazioni sconfinanti in una latente “parzialità” del mediatore, con anche qui, una sua diretta assunzione di responsabilità nei confronti della parte che dovesse risultare in qualche modo lesa od anche solo messa in evidente difficoltà dal contenuto della

deposizione resa, risultandone così danneggiata nei relativi interessi. Anche questa è un'evidente (ed ulteriore) criticità che al pari di quelle innanzi evidenziate, il nuovo sistema disegnato dal legislatore sembrerebbe non aver preso in seria considerazione. L'art.11, comma 1, d.lg. n.28/2010 tocca un altro tasto dolente nel procedimento di mediazione, laddove prevede che quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione (21). In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art.13 (22). La formulazione della norma prevede dunque che quando l'accordo non è raggiunto: a) il mediatore può formulare spontaneamente una proposta di conciliazione alle parti del procedimento, dunque anche in assenza di un'esplicita richiesta di quest'ultime; b) il mediatore in ogni caso formula una proposta di conciliazione se vi è la concorde richiesta delle parti; La successiva informazione assolta dal mediatore alle parti del procedimento circa le possibili conseguenze della proposta ex art. 13 d.lg. n.28/2010 sembrerebbe riguardare maggiormente la seconda ipotesi, pur non ravvisandosi a priori valide ragioni per ritenerla inapplicabile anche alla prima, con l'unica condizione che in ogni caso, l'informazione alle parti deve precedere la formulazione della proposta di conciliazione. Per il resto, le due ipotesi sopra delineate non sono prive di conseguenze per il mediatore, in punto di affermazione della di lui responsabilità in caso di proposta inadeguata od incompleta che potrebbe trovare una sua ragion d'essere anche nella scarsità di informazioni e documenti in suo possesso nel corso del procedimento. Infatti è evidente come a differenza dell'ipotesi in cui siano tutte le parti del procedimento

a fargliene concorde richiesta, s'intende sulla scorta di ben precise informazioni e documenti che la giustificano, a diversa conclusione dovrà necessariamente pervenirsi in punto di assunzione della relativa responsabilità laddove sia lo stesso mediatore ad aver preso l'iniziativa, formulando spontaneamente alle parti del procedimento una proposta di conciliazione poi rivelatasi errata al termine del successivo giudizio civile instaurato da una di loro. In tale ultimo caso, è evidente come a nulla potrà servire prima della formulazione della proposta, l'informazione circa le possibili conseguenze di cui all'art.13 del d.lg. n.28/2010. A questo punto, *quid juris* se per effetto della proposta comunque formulata dal mediatore, autonomamente o su concorde richiesta delle parti una di loro, o magari un terzo chiamato in causa nel successivo giudizio di merito tenuto a manlevarne una sul piano della responsabilità civile, riceva un danno o pregiudizio economicamente risarcibile? Il mediatore potrà essere chiamato a rispondere delle nefaste conseguenze del proprio operato arrecate agli interessi economicamente valutabili di una delle parti del procedimento di mediazione e magari anche ad un terzo che sebbene estraneo al suddetto procedimento di mediazione è comunque obbligato a tenere indenne la parte rimasta danneggiata dal comportamento del mediatore culminato nella formulazione di una proposta inesatta o comunque valutata in termini negativi dal giudice successivamente adito? Il caso sopra esposto, non appartiene certo al novero di quelli classificabili come di "scuola", meritandosi una certa attenzione per le evidenti ripercussioni che potrebbe generare sul piano pratico, laddove si considerino particolari tematiche, come ad esempio quella della responsabilità medica, che coinvolge interessi economici di un certo rilievo ed istituti assicuratori – che benché estranei al procedimento di mediazione – sono comun-

que obbligati per vincolo contrattuale a rimborsare l'assicurato di quanto quest'ultimo risulti essere costretto a pagare al soggetto rimasto danneggiato per effetto del comportamento assunto dal medesimo professionista. Un esempio potrà forse essere di aiuto per chiarire meglio i termini della questione innanzi esposta. Caio formula istanza di mediazione nei confronti di Tizio (medico), nominato il mediatore, quest'ultimo formula una proposta che viene respinta perché giudicata inadeguata e comunque incompleta. Al termine del successivo giudizio civile, al quale partecipa anche la compagnia di assicurazioni di Tizio dal quale viene chiamata in causa, entrambi i convenuti vengono condannati a pagare a Caio una somma di gran lunga eccedente quella a suo tempo indicata nella proposta di conciliazione formulata dal mediatore.

Conseguentemente, Tizio ed il proprio assicuratore (obbligato solidale verso il proprio assicurato) convengono in separato giudizio il mediatore per sentirlo dichiarare responsabile di aver formulato una proposta inadeguata, da cui sono derivati a loro carico la sopportazione di maggiori costi e spese – anche *ex art. 96 c.p.c.* – conseguenti all'instaurazione del giudizio civile da parte di Caio che a sua volta, era stato costretto a rifiutare la proposta del mediatore soltanto perché risultata inadeguata ed incompleta. Ma questa è soltanto una delle ipotesi critiche che possono verificarsi, a discapito anche qui dei principi di economia processuale, per effetto della proliferazione di giudizi in materia di responsabilità professionale (del mediatore verso la parte danneggiata del procedimento) ed extracontrattuale (del mediatore verso l'istituto assicuratore rimasto estraneo al procedimento di mediazione). Ove dovessero verificarsi ipotesi di tal genere, è evidente il rischio che il raggiungimento della finalità propria del procedimento di mediazione delle controversie civili e

commerciali davvero potrebbe quindi risultare vanificato. Un'altra eventualità non considerata dal legislatore sembrerebbe di potersi ravvisare nella stessa formulazione della norma transitoria che l'art. 24 del d.lg. n.28/2010 vuole essere riferita al solo art. 5, comma 1, dello stesso decreto, laddove recita: <<*le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 1, acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi successivamente iniziati*>>.

Ciò significa che soltanto per quanto concerne l'obbligo della preventiva esperibilità del procedimento di mediazione esiste una disciplina transitoria che, peraltro, si applica indiscriminatamente ad ogni genere di giudizio civile, senza distinguere tra primo e secondo grado. Già qui si pone il seguente interrogativo: *quid juris* se terminato il processo di primo grado, ed entrata in vigore la disposizione di cui al comma 1 dell'art. 5 d.lg. n.28/2010 – relativa alla piena operatività della condizione di procedibilità – contemporaneamente viene anche notificata dalla parte vittoriosa la decisione emessa dal giudice di prime cure, al fine di far decorrere il termine breve utile per proporre l'impugnazione? La parte che intende impugnare tempestivamente la decisione emessa dal primo giudice senza però aver prima esperito il procedimento obbligatorio di mediazione incorre ugualmente nella sanzione dell'improcedibilità di cui al citato art.5, comma 1? La questione si pone anche in altri casi, come ad esempio in occasione dell'avvio del giudizio di merito a seguito dell'accoglimento di un provvedimento cautelare *ante causam* (non anticipatorio) nel termine perentorio assegnato *ex art. 669-octies*, comma 1, c.p.c. dal magistrato (23): <<*l'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudi-*

zio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-novies>>. E' infatti evidente come anche in tale ipotesi, lo spazio temporale a disposizione (24) per iniziare la causa di merito (60 giorni) è largamente inferiore a quello occorrente per espletare il procedimento obbligatorio di mediazione. A tal riguardo, il legislatore ha previsto tutta una serie di casi in cui i commi 1 e 2 dell'art.5 del d.lg. n.28/2010 – riguardanti l'esperimento obbligatorio del procedimento di mediazione – non si applicano, enunciandoli espressamente: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 c.p.c.; c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, comma 3, c.p.c.; d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; e) nei procedimenti in camera di consiglio; f) nell'azione civile esercitata nel processo penale. In nessuno di loro – il cui elenco è da ritenersi tassativo – si individua uno dei due sopra evidenziati, il cui elenco, invece, non è tassativo, potendo almeno in linea teorica individuarsi ulteriore ipotesi che per mere ragioni di brevità ci si astiene dall'indicare. Ad ogni buon conto, la soluzione al problema sopra evidenziato sarebbe ravvisabile nello stesso art. 5, comma 1, d.lg. n.28/2010 laddove dispone che <<il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione >>. Da tale assunto, si evince però una importante conseguenza: nell'ipotesi in cui il giudizio civile venga intrapreso dall'attore senza il

ne dell'improcedibilità è “disinnescata” a priori dalla stessa disposizione normativa che la prevede, essendo concessa al medesimo attore la facoltà di “sanare” a posteriori tale omissione. Conseguentemente non è difficile immaginare il comportamento processuale dell'attore che prima evoca il convenuto davanti al giudice civile omettendo di esperire il procedimento obbligatorio di mediazione, con la consapevolezza che una volta accertata dallo stesso giudice civile tale dimenticanza, potrà comunque essere sanata con l'assegnazione del termine per presentare la relativa istanza. In tal modo, è allora evidente la sostanziale impossibilità dell'effettivo perseguimento della finalità deflattiva riposta dal legislatore nel nuovo istituto conciliativo di cui si discorre. Infatti che senso avrebbe per l'attore addivenire ad una conciliazione postuma con il convenuto una volta introdotto il giudizio civile per mezzo del suo avvocato? In tale ottica, appare allora evidente che in simili condizioni il ricorso al procedimento di mediazione si ridurrebbe – usando una terminologia anglosassone – ad un mero *nonsense*, assolutamente privo della benchè minima efficacia sul piano pratico, finendo anzi per contraddire apertamente lo stesso spirito della riforma. E questo, a ben vedere, è indubbiamente l'elemento di “criticità” più evidente che da solo, potrebbe quindi rischiare di mettere in seria difficoltà, fino a farla vanificare sul nascere, la possibilità che possano essere conseguiti gli obiettivi ai quali concretamente mira il procedimento di mediazione messo in campo dal legislatore, forse con troppa fretta, e senza un'adeguata riflessione sulla materia qui considerata. A ciò aggiungasi che dall'esame del sopra descritto procedimento obbligatorio di mediazione la cui inosservanza il medesimo legislatore ha inteso sanzionare con l'improcedibilità, consegue che quest'ultima, oltre ad essere facilmente “aggirabile” attraverso il ricorso a quanto enunciato

nello stesso comma 1 dell'art. 5, d.lg. n.28/2010, ben difficilmente potrà condurre all'estinzione del giudizio in caso di ulteriore inosservanza dell'invito rivolto in tal senso dal giudice civile, atteso che dal citato decreto legislativo non si ricava alcuna disposizione normativa che apertamente od anche solo implicitamente, conduca ad una siffatta conclusione. In effetti desumere dai soli principi generali del codice di rito l'estinzione del giudizio quale estrema conseguenza della "blanda" forma di improcedibilità prevista dall'art 5, comma 1, d.lg. n.28/2010 rappresenterebbe una chiara forzatura, non prevista dal legislatore e che anzi potrebbe dimostrarsi persino contraria alla stessa *ratio legis*, visto lo scenario sopra descritto riguardante il procedimento di mediazione, a meno di non volerne davvero rimettere in discussione gli effettivi caratteri e finalità.

Sempre in merito alla generica formulazione dell'improcedibilità della domanda *ex art. 5, comma 1, d.lg. n.28/2010* – premesso che in base a detta norma, non è dato comprendere chiaramente se essa debba applicarsi anche al convenuto ed al terzo chiamato che, ad esempio, esercitino la domanda riconvenzionale uno nei confronti dell'altro (orizzontale) o dell'attore principale (verticale), ed allo stesso attore nell'ipotesi di *reconventio reconventionis* (25) – cosa accade se l'attore (o ricorrente nel giudizio *ex art. 702-bis c.p.c.*) dovesse citare o depositare il ricorso senza aver preventivamente esperito il procedimento obbligatorio di mediazione? La risposta contenuta nella stessa disposizione normativa citata, fa sì che la stessa sanzione di improcedibilità regredisca ad un mero spauracchio sulla carta, ma in concreto, assolutamente privo della benché minima efficacia (26), a meno di non voler credere che l'attore ed il convenuto di loro iniziativa decidano a priori di sobbarcarsi sia il costo dell'avvio della causa civile attraverso i rispettivi avvocati sia (posteriormente)

te) quello occorrente per espletare il procedimento di mediazione, con quali prospettive poi non è dato sapere.

Vi è poi un'ulteriore questione da considerare di carattere puramente sostanziale: fino a che punto il mediatore legittimamente può farsi autonomamente promotore di tentare una conciliazione fra le parti comparse davanti a lui, o nei confronti di quella assente, magari per stimolarne la partecipazione al procedimento? O meglio, detto in termini ancora più chiari ed espliciti, qual'è la giusta linea di demarcazione o meglio, di confine che separa un comportamento giuridicamente lecito da uno antiggiuridico, che magari potrebbe essere rilevante anche solo sul piano del "tentativo"? E infatti evidente come la cosa possa finire per interessare non soltanto sul piano squisitamente civilistico ma anche penale, considerata la delicata funzione che assolve il mediatore davanti alle parti, anche sul versante della pressione psicologica o se si preferisce dell'esercizio della *c.d. moral suasion* su quest'ultime. Cosa potrebbe accadere se una delle parti – magari senza la presenza del rispettivo difensore, non essendo quest'ultima prevista come obbligatoria nella *littera legis* – dovesse sentirsi condizionata diciamo "oltre misura" ad accettare la proposta fatta unilateralmente dal mediatore, o su insistente invito "formalmente" rivolto a quest'ultimo anche dall'altra parte, magari accompagnato dalla *moral suasion* della prospettiva che in un futuro ipotetico giudizio civile il giudice potrebbe accogliere comunque la proposta formulata, ed a quel punto, decidere di irrogare ulteriori pesanti condanne riguardanti le spese di lite, il procedimento di mediazione espletatosi inutilmente ed anche *ex art. 96 c.p.c.*, a seguito della riforma, ormai divenuto applicabile anche d'ufficio?

A quali pesanti conseguenze potrebbe finire per andare incontro sia il mediatore sia la controparte che pur ha partecipato

al procedimento obbligatorio di mediazione nei confronti di quella che in qualche modo si trova a subire una indebita e comunque eccessiva forma di “pressione” nell’addivenire alla conciliazione forzata (27)?

Il legislatore sembra aver previsto il caso senza però curarsene più di tanto, come si evince dalla Circolare Ministero Giustizia del 4 aprile 2011 in cui prima si richiama l’attenzione degli Organismi di mediazione sulla e poi si suggerisce una possibile direttiva da seguire, laddove si enuncia espressamente che <<nel corso del procedimento di mediazione, il mediatore potrebbe ragionare con l’unica parte presente sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa da comunicare all’altra parte come proposta dello stesso soggetto in lite e non del mediatore >>. Che significa ciò se non un chiaro indizio nella direzione volta a consentire un *vulnus* al principio di terzietà ed imparzialità del mediatore, la cui figura “professionale” si vorrebbe quindi sempre più costruire quale novello giudice privato, con una vocazione più che alternativa, di fatto, sostitutiva del giudice statale? Diversamente opinando, non avrebbe alcun senso consigliare una cosa del genere, in apparenza, al mero fine di spingere per la conciliazione della lite, ma in realtà, per forzare la mano ad una delle arti del procedimento in danno della quale si riverbera quindi, anche sotto tale aspetto la scelta operata dall’altra parte antagonista, nell’essersi rivolta ad un determinato organismo al cui interno è inserito ed espleta la relativa attività il singolo mediatore. Ad ogni buon conto, il contenuto della Circolare ministeriale potrà dirsi rispettato se la parte istante dopo aver presentato la relativa domanda all’organismo di mediazione e conciliazione, e l’avvenuta comunicazione della nomina del mediatore, inoltri a quest’ultimo direttamente la comunicazione di essere impossibilitato a comparire personalmente per una qualche ragione e contenente in ogni caso la dichiarazione di non avere a priori alcun interesse a conciliare la lite su basi diverse da quelle esposte nell’atto di accesso alla procedura? In tale ipotesi, cosa dovrà fare il mediatore, magari complice l’assenza della parte conve-

nuta? Davverò potrà ignorare la comunicazione a lui direttamente inoltrata (non alla segreteria dell’organismo) dall’istante una volta nominato dal medesimo organismo di appartenenza? Potrà redigere il verbale negativo di mancata conciliazione oppure dovrà limitarsi a disporre un rinvio della procedura ad altra data? E in tale seconda ipotesi, cosa accade se la situazione si ripete, e si finisce con il superare il “tempo massimo” previsto dalla legge per l’espletamento dell’intero procedimento di mediazione? Nel contempo, un’ulteriore quesito: cosa accade se in un simile contesto non viene prima versato anticipatamente il compenso al mediatore e la stessa parte istante procede ugualmente ad instaurare il giudizio civile? Cosa dovrà fare il giudice successivamente adito, se non prendere atto che la procedura di mediazione non si è conclusa dando così il termine per consentire la sua ultimazione, a tal fine rinviando la causa ad oltre quattro mesi? Appare evidente come anche ricorrendo tale eventualità, la *ratio legis* oltre a risultare frustrata, vada in senso diametralmente opposto a quello della semplificazione, celerità ed economia del processo civile, prestandosi a facili strumentalizzazioni ed abusi da parte della generalità dei possibili destinatari della norma (28).

3. La mediazione è davvero alternativa alla giustizia civile?

Nella *littera legis* – ed in particolare all’art.4 del d.lg. n.28/2010 – si prevede che il procedimento di mediazione si svolge davanti all’organismo presso il quale è stata presentata la domanda relativa alle controversie di cui all’art. 2 dello stesso decreto. L’art. 3 del citato decreto dispone che al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell’organismo scelto dalle parti (29), il quale, sebbene deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell’art. 9, nonchè modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l’imparzialità e l’idoneità al corretto e sollecito espletamento dell’incarico, può quindi divergere sensibilmente da quello analogo, predisposto da altro organismo pri-

vato pure accreditato presso il Ministero della Giustizia. La precisazione è importante in quanto, trattasi sostanzialmente della scrittura privata contenente le cd. “regole del gioco” alle quali, le parti interessate dovranno uniformarsi, una volta che le abbiano preventivamente accettate in sede di accesso al relativo procedimento presso un determinato organismo preferendolo ad altri. E’ dunque chiaro come il perimetro disegnato dal legislatore – di fatto paragonabile ad una sorta di “contenitore vuoto” dentro il quale, ciascun organismo può decidere a suo piacimento di inserire le regole che più gli aggradano (30) – consente liberamente al singolo organismo di muoversi come meglio crede, rispettando unicamente le scarse e generalissime direttive imposte da legislatore (31), riguardanti a) la riservatezza del procedimento; b) le modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico. Null'altro è dato ricavare dalla semplice ma attenta lettura dell'art.3 del citato decreto concernente la disciplina applicabile al procedimento di mediazione e la forma degli atti. Il che vuol dire – complice l'espressa previsione contenuta nella stessa disposizione normativa citata, secondo cui gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità – che di fatto, ci troviamo in una situazione assimilabile sul piano meramente procedurale s'intende, all'arbitrato a forma libera od irrituale. Il vero problema dell'accostamento (sempre e soltanto sul piano procedurale, non anche su quello sostanziale) delle due figure qui considerate, nasce allora dalla evidente diversità strutturale e teleologica insita in ciascuna di esse. Infatti, mentre l'arbitrato irrituale si pone come scelta liberamente accettata dalle parti interessate ad addivenire ad una possibile soluzione celere dei loro conflitti, senza per ciò solo esservi obbligate in alcun modo da chicchessia (32), e men che mai dall'ordinamento giuridico dello Stato, a

tesi della mediazione, che proprio perché imposta ad ogni potenziale utente del “servizio giustizia” quale metodo per la conciliazione di ogni possibile controversia già insorta, ove ricompresa tra quelle indicate nella *littera legis* qui considerata, non presuppone alcuna libera scelta ad opera di ciascuna delle parti. In effetti, se dobbiamo intendere la mediazione quale strumento (privato) alternativo alla giustizia civile (pubblica) non si vede per quale ragione il legislatore abbia previsto la sua obbligatorietà. A tal riguardo, può la mediazione elevarsi a mezzo alternativo di risoluzione delle controversie civili e commerciali se ciascun utente viene sostanzialmente privato a monte della facoltà di scegliere se avvalersene o meno? Per definizione l'alternatività tra una cosa (mediazione) ed un'altra (giustizia civile) necessariamente implicano a monte per ciascun utente la possibilità di scegliere liberamente tra una di loro. Nel nuovo sistema di risoluzione dei conflitti civili e commerciali ideato dal legislatore non è quindi difficile scorgere come di fatto vengono a mancare le necessarie fondamenta per ritenere come validamente esistente una alternatività della mediazione rispetto alla giustizia civile (33). Ciò si evince dalla sia dalla finalità a cui tende il procedimento (34), sia dalla stessa circostanza che attraverso l'obbligatorietà della mediazione alla parte viene ad essere sottratto in radice ogni potere decisionale diverso da quello di sottomettersi alla superiore “ragion di Stato” che impone l'uso forzato di tale costoso strumento unicamente per tentare di soddisfare delle esigenze “di bottega” sia pure sotto le mentite spoglie dell'interesse pubblico che, in linea di mero fatto, con il “diritto” poco o nulla hanno a che fare, trattandosi semmai di mere questioni di “politica del diritto”. Un'ultima osservazione: è possibile stabilire un rapporto tra due diverse cose (mediazione e giustizia civile) in termini di “alternatività” l'una del-

l'altra, nonostante tendano a differenti finalità (35)? La mediazione a differenza del processo civile tende non a "risolvere" ma a "mediare" i contrapposti interessi delle parti nelle controversie civili e commerciali. Lo scopo della mediazione non è quello di stabilire chi ha torto o ragione – perché di questo si occupa la giustizia civile od i sistemi alternativi a quest'ultima (36), come l'arbitrato (rituale od irrituale) – ma unicamente di far sì che le parti possano pervenire ad una conciliazione stragiudiziale dell'insorgenza lite come si evince testualmente dall'art. 2 del d.lg. n.28/2010: <<chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto>>. La suddetta norma su tale punto esprime dunque chiaramente la finalità che intende perseguire il nuovo istituto ideato dal legislatore laddove si riferisce alla <<conciliazione>> di una controversia civile e commerciale. Pertanto, la "mediazione" già per definizione, non essendo un "mezzo" deputato alla risoluzione delle controversie civili e commerciali stante la inequivoca finalità conciliativa espressa – estranea al processo civile, nel cui contesto, lo stesso art. 185 c.p.c. sul tentativo di conciliazione la contempla come un evento marginale, come traspare dalla stessa formulazione della norma (37) – non si vede come possa essere validamente accostata sul piano del dato testuale, semantico e teleologico, al sistema procedimentale di tutela giurisdizionale dei diritti presieduto dalla "giustizia civile" fino al punto da poterla assumere come "alternativa" a quest'ultima.

4. **Lobbies, mediazione ed accesso alla giustizia civile: "cosa no-stra, loro o di tutti"?**

La mediazione obbligatoria è divenuta operativa il 20 marzo 2011 per tutta una

serie di controversie indicate nell'art.5, comma 1, del d.lg. n.28/2010, eccetto quelle di risarcimento del danno derivate dalla circolazione di veicoli e natanti ed in materia di condominio, per le quali si è deciso di rinviarne l'applicazione al 20 marzo 2012 ovviamente salvo ulteriori ripensamenti del legislatore. A questo punto è d'obbligo porsi la seguente domanda: perché rinviare l'operatività dell'obbligatorietà della mediazione per due sole tipologie di controversie, tra l'altro, appartenenti proprio a quelle che maggiormente affollano le aule degli uffici giudiziari, tralasciando invece tutte le altre? Orbene, escludendo quelle appartenenti alla materia condominiale per le quali sembrerebbe esservi la possibilità di un loro riordino a livello normativo, la ragione che dopo vari "tira e molla" ha fatto sì che il legislatore decidesse seccamente di adottare la particolare tecnica da varie parti denominata subito come "spezzatino" non può che risiedere nella necessità di mediare fra gli interessi non sempre convergenti, di coloro che a vario titolo hanno "spinto" per far sì che alla fine, venisse adottata proprio quest'ultima soluzione. E' infatti evidente come per tutta una serie di controversie va senz'altro bene far entrare subito in vigore l'obbligatorietà della mediazione – basti pensare a quelle numerosissime in materia bancaria e finanziaria in relazione alle quali, mentre gli istituti bancari e finanziari conservano il potere di agire immediatamente in sede monitoria (promuovendo ricorso per decreto ingiuntivo) nei confronti di coloro che almeno in apparenza, magari sulla semplice scorta della documentazione contabile posseduta unilateralmente dai primi, risultino essere loro debitori, quest'ultimi invece, non potranno promuovere alcuna azione volta ad accertare l'inesistenza del preteso credito vantato dalla banca nei loro confronti, in quanto ciò sarà loro impedito dalla necessità di dover prima esperire obbligatoriamente il pro-

cedimento di mediazione – in modo da riuscire a paralizzare almeno per un determinato e sufficiente arco di tempo qualsiasi iniziativa giudiziaria che diversamente sarebbe continuata ad essere assumibile nei confronti di determinate categorie “produttive” (l’elenco è noto, si va da tutta una serie di enti, sindacati ed associazioni private appartenenti al variegato mondo imprenditoriale, per finire a banche ed istituti finanziari). Ad una esigenza diametralmente opposta si perviene però se l’analogo discorso viene fatto cadere sugli interessi di altro importante e qualificato ceto imprenditoriale come quello del comparto assicurativo, dove si assiste al fenomeno inverso riassumibile con l’antico brocardo: *dum pendet rendet*.

Infatti è ben noto tra gli “addetti ai lavori” come le compagnie assicurative preferiscono rinviare il più possibile nel tempo l’effettivo esborso di denaro che dovesse risultare dovuto per pagare i danni neggiati dai sinistri stradali, in tal modo potendo conseguire *medio tempore* molteplici obiettivi: dalla maggiore disponibilità di risorse finanziarie da investire nel corso degli anni occorrenti per definire un giudizio civile davanti ai tribunali, per finire alla maggiore facilità e convenienza sul versante economico-finanziario nel riuscire a pervenire ad accordi transattivi con le stesse parti danneggiate quando quest’ultime sono ormai esauste dalle lungaggini dei tempi processuali che, sommate all’evidente squilibrio di forza esistente a favore degli istituti assicuratori indubbiamente dotati di una maggiore capacità nel sopportarne i relativi costi, anche per c.t.u. (si pensi a sinistri di grosse dimensioni e più soggetti rimasti danneggiati, con gravi lesioni o con esiti mortali, comportanti notevoli spese per l’accertamento delle responsabilità e le relative quantificazioni dei danni), inesorabilmente, sul piano della convenienza fanno pendere l’ago della bilancia a favore di quest’ultimi.

A questo punto emerge quindi forte e chiaro il significato dello “spezzatino” imposto dal legislatore di cui si è detto innanzi: ciascuna *lobby* ha cercato di prendere quello che più serviva per far ottenere la maggiore tutela possibile agli interessi di cui è portatrice la rispettiva categoria di loro appartenenza del c.d. “mondo produttivo” che di fatto governa la società civile. Quasi a voler significare che la conciliazione delle contrapposte posizioni d’interesse a cui pure dovrebbe tendere il procedimento di mediazione, in realtà sia soltanto una “cosa loro”, voluta e concepita per essere gestita obbligatoriamente e soltanto da un ristretto numero di soggetti riunitisi in forma di Organismi privati, e quindi non potendo essere né “nostra” per quanto attiene ai professionisti del diritto che di fatto ne sono esclusi a priori, né tantomeno di “tutti” i cittadini e/o parti appartenenti a vario titolo alla società civile, il cui unico compito è di pagare il “pedaggio” previsto dal singolo Organismo privato per poter ottenere successivamente “strada libera” nell’accesso alla Giustizia civile, con la speranza di non dover sottostare preventivamente a nuovi ed ulteriori vincoli di sorta.

5. La mediazione vista da vicino: nuova panacea per guarire i mali della giustizia civile o semplice placebo di massa?

Il nuovo istituto della mediazione è stato salutato da molte delle parti componenti attualmente il tessuto sociale ed economico della società civile come un vero e proprio toccasana, in cui evidentemente credono che possa assurgere a rimedio per la soluzione dei mali che notoriamente da anni affliggono la giustizia civile. Stranamente però, nessuno si chiede da cosa dipenda l’ormai diffuso malessere della giustizia civile, né quale sia stata la causa. A tal riguardo, qualcuno in passato, si è lanciato finanche in una

sorta di *j'accuse* diretto indiscriminatamente nei confronti di una intera categoria professionale, addebitandole sostanzialmente la responsabilità di buona parte delle difficili problematiche del contenzioso civile – prima fra tutte l'enorme mole di fascicoli introdotta nelle aule giudiziarie – che oggi sono sotto gli occhi di tutti.

In particolare, da anni si registra un costante *trend* nell'usanza di tendere a puntare il dito nei confronti di un'intera comunità di professionisti, nonostante siano anch'essi espressione della società civile, quasi che si voglia loro riconoscere l'assai discutibile "merito" di fungere da moltiplicatore delle controversie civili, e quindi, del successivo stato di affollamento esistente nelle aule giudiziarie. Conseguentemente, il legislatore, nel tentativo di arginare quest'ultimo fenomeno, ed al fine di rendere davvero competitivo il processo civile, da anni lavora incessantemente ed alacremente per raggiungere quest'ultimo obiettivo, tanto da aver sformato varie mini-riforme ed altrettanto "mini" controriforme nel campo dell'ormai martoriato processo civile, evidentemente ritenendo che la soluzione al principale problema divenuto ormai "endemico" della lentezza della giustizia civile potesse arrivare esclusivamente per via legislativa, immettendo nel *corpus iuris* già esistente dell'ordinamento nuove leggi di riforma. In occasione di tale attività, il medesimo legislatore ha poi dimostrato di voler rimanere fedele alla tecnica della "novellazione" le cui radici storicamente affondano negli anni immediatamente successivi alla fine del secondo dopoguerra, con l'approvazione della legge n.581/1950. Così facendo sono quindi venuti a crearsi nel tempo una serie di substrati normativi – la cui esistenza è dovuta alla sovrapposizione di norme processuali emanate dallo stesso legislatore in tempi diversi – a loro volta, ispessiti dal fiorire delle opinioni espresse dalla dottrina e dal susse-

guirsi delle pronunzie giurisprudenziali. Il risultato finale del lungo e difficile percorso normativo è oggi costituito dall'entrata in vigore della obbligatorietà della mediazione nelle controversie civili e commerciali. A questo punto come non porsi il seguente interrogativo: è a quest'ultimo strumento ideato dallo stesso legislatore della competitività che deve riconoscersi il valore di vera e propria panacea per guarire i mali della giustizia civile? L'uso del termine appena adottato – per il cui esatto significato sul piano squisitamente etimologico si rinvia a quello in uso presso latini e greci – viene presa in prestito per comprendere se riferendola alla mediazione possa davvero risultare utile come la possibile medicina capace di guarire ogni malattia da cui è oggi affetta la giustizia civile. A tal proposito, per rispondere alla domanda, occorre preliminarmente chiedersi perché tale istituto non è stato introdotto prima dal legislatore? La risposta è facilmente ravvisabile nel fallimento di analoghi rimedi conciliativi, come quello recentemente decretato dalla sostanziale "fine" dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 410 c.p.c. per le controversie disciplinate dall'art. 409 c.p.c. (38). Agli addetti ai lavori non è certo sfuggita la circostanza che lo stesso legislatore ha introdotto l'obbligatorietà del procedimento di mediazione nelle controversie civili e commerciali contemporaneamente modificando la norma del codice di rito che lo prevedeva come condizione di procedibilità per quelle rientranti nei rapporti previsti dall'art. 409 c.p.c.

La ragione per cui il legislatore ha ritenuto percorribile tale strada probabilmente risiede nella convinzione che – a differenza di quanto accadeva per le controversie di lavoro dove lo svolgimento del tentativo di conciliazione era essenzialmente gratuito – nella mediazione obbligatoria le parti una volta anticipato il pagamento della prestazione richiesta al

mediatore, saranno maggiormente propense a conciliare la lite evitando di perdere tempo, intraprendendo successivamente il giudizio, e sobbarcandosene così i relativi (ed ulteriori) costi. Quasi che a cambiare la testa delle persone bastasse la semplice approvazione di una o più disposizioni normative in Parlamento, magari presentate successivamente da una più o meno estesa campagna pubblicitaria – *pardon*, informativa – condotta a livello mediatico. Le cose non stanno propriamente così. Infatti, spesso qualcuno dimentica che una qualunque parte, prima di rivolgersi all'avvocato per curare un possibile contenzioso civile o commerciale, ha già provato in prima persona – magari anche più volte – a trovare una via d'uscita stragiudiziale con l'altra parte antagonista. Soltanto in un secondo momento, la stessa parte, resasi conto dell'inutilità degli sforzi – a volte anche per la riottosità espressa a vario titolo dalla controparte – si rivolge all'avvocato, il quale, a sua volta, prima di iniziare l'azione legale prova a sondare il terreno per tentare una conciliazione (39). Soltanto quando viene preso atto che nessuna mediazione è possibile, avvia il contenzioso civile. Ed è proprio questo il punto preso in esame dal legislatore nell'aver deciso di far scendere in campo la figura professionale del mediatore, fortemente voluta affinché con la sua capacità di *moral suasion* possa finalmente riuscire là dove le stesse parti ed i rispettivi avvocati – per tacere dello stesso giudice investito della cognizione della causa civile *ex art.* 185 c.p.c. – hanno precedentemente fallito. In questi termini è allora possibile parlare di panacea che potrebbe davvero contribuire in misura determinante a risolvere i malesseri della giustizia civile. Se l'esperimento (a pagamento) condotto sulla massa dei possibili utenti della giustizia civile riuscirà o meno, in quest'ultima ipotesi risolvendosi allora in un semplice quanto ulteriore ed inutile placebo, potranno

dirlo soltanto le statistiche ufficiali nel giro di breve tempo.

6. Conclusioni e prospettive future sui nuovi scenari della “giustizia civile”.

E' arrivato il momento di tirare le somme dell'intera disamina sin qui condotta, al fine di provare a delineare un quadro riassuntivo di quello che potrà accadere nei prossimi anni.

In particolare, nell'immediato futuro potranno aversi due differenti scenari. Il primo, è quello che vede l'auspicabile successo della mediazione come efficace strumento in grado di deflazionare già nel prossimo futuro – ed in parte anche all'attualità per quanto attiene ad una possibile applicazione volontaria del nuovo istituto ai giudizi già pendenti – il carico di lavoro degli uffici giudiziari, mentre il secondo è quello del sostanziale fallimento del nuovo istituto di marca legislativa. Insomma, viste le premesse sin qui considerate, verrebbe da dire che *tertium non datur*, rispetto ad una situazione che già in partenza sembrava fatta apposta per prefigurarne soltanto due.

Proviamo ora ad esaminare quali sono i problemi concreti con i quali necessariamente dovrà scontrarsi il nuovo strumento di cui si discorre per sperare di conseguire l'ambiziosa finalità sopra descritta di addivenire alla conciliazione del maggior numero possibile di controversie civili e commerciali.

Il primo è la leale e fattiva collaborazione di tutti – utenti della giustizia *in primis* – nell'accogliere il nuovo istituto senza preconcetti personali e diffidenza, ovvero, sposando in pieno la sottostante *ratio* che muove il “*favor*” pensato dal legislatore verso una possibile conciliazione della singola controversia civile e commerciale (40). Bene, se questo è vero lo è altrettanto il fatto che la *forma mentis* della gente non si cambia certo con una legge fatta dall'oggi al domani (41).

E' infatti evidente che ogni utente pur lamentandosi delle disfunzioni ormai divenute ataviche della giustizia civile, poi quando deve ragionare ai fini di una conciliazione, sul "dare-avere" espresso in termini monetari, notoriamente ritiene assolutamente inaccettabile addivenire a qualsiasi forma di compromesso che – per definizione necessariamente implica una qualche significativa rinuncia alle proprie pretese a favore dell'altra parte e viceversa – preferendo così rimettersi alla decisione del giudice naturale, ed in tal modo, accettando con la piena consapevolezza, ogni conseguenza derivante da tale scelta, con tutte le intuibili e connesse "controindicazioni", evidentemente ritenute quasi come se fossero una sorta di male minore "necessario", e sotto certi aspetti, forse perfino connotato allo stesso sistema di tutela dei diritti così come risulta essere strutturato. Altro problema che si ritiene essere non facile da superare, è certamente rappresentato non dalla carenza di informazione del singolo cittadino sui possibili benefici della mediazione, ma dagli umori della sua "pancia" ossia dagli interessi contrapposti in ragione dei quali, *in primis*, praticamente da sempre, così come lo portano facilmente a buttare la croce addosso a Magistrati ed Avvocati lamentandosi delle inefficienze e lentezze della giustizia civile così con altrettanta sorprendente facilità sovente rifugge da ogni sistema alternativo di risoluzione delle controversie che non sia affidato all'avvocato di fiducia ed al giudice naturale appartenente all'ordinamento statale (42).

Altro problema da prendere in considerazione è quello della convenienza espressa dai singoli utenti (43) a "non far arrivare" una determinata controversia civile o commerciale sul tavolo del giudice civile. A ben vedere, anche in tale ipotesi a giocare un ruolo fondamentale è la "pancia" del singolo utente, che a seconda delle situazioni concrete, potrebbe

trovare più utile alla tutela dei propri interessi di parte scegliere la strada più lunga della giustizia civile diffidando di quella più "corta" della mediazione.

Altro problema è costituito dal "comune sentire" legato a logiche familiari: davvero si crede che in occasione di una determinata controversia insorta con un'altra parte, ciascun potenziale utente della mediazione – inserito in un autonomo contesto familiare in cui è ormai presente almeno un avvocato o consulente specializzato in una determinata materia legale (giurista d'impresa, consulente del lavoro, in materia tributaria, etc.) – accetterà che a "gestire" od anche soltanto "regolare" i propri interessi economici sia un soggetto estraneo, vale a dire un mediatore di cui magari in precedenza neppure conosceva l'esistenza, e che in quanto tale, non gli fornisce idonee garanzie di affidabilità, competenza ed imparzialità dal "suo" punto di vista, visto che non è né il suo avvocato né un giudice dello Stato?

Anche in altri settori istituzionali della società, diversi da quello della giustizia civile, il modo di ragionare non cambia: forse qualcuno si fiderebbe a far eseguire in un'ambiente privato, sulla propria persona un qualsiasi intervento chirurgico – non importa se semplice o difficile – da un medico che non conosce, e che per giunta, gli viene obbligatoriamente imposto dal legislatore soltanto per risparmiare sui relativi costi e tempi della procedura?

E qui non esiste campagna pubblicitaria o televisione che tenga nel comunicare pubblicamente al singolo utente della giustizia che è per lui conveniente o comunque necessario far ricorso alla mediazione.

Vero è che occorre anche fare molta attenzione nel lanciare questo genere di messaggio, perchè semmai potrebbe essere dietro l'angolo la produzione di un possibile effetto contrario a quello sperato dal legislatore...

Altro rilevante problema è poi ravvisabile nel mancato coinvolgimento degli “addetti ai lavori” operanti nel campo delle professioni legali, che sono stati tenuti ai margini dell’intero percorso che ha portato alla definitiva approvazione della legge sulla mediazione, così facendo dimenticando per strada il prezioso contributo che poteva essere da loro stessi apportato già in fase di stesura della legge e/o anche successivamente in punto della sua applicazione.

Concludendo, qualcuno forse potrebbe essere stato indotto a pensare – magari un po’ troppo sbrigativamente – che l’introduzione della mediazione obbligatoria per la conciliazione delle controversie civili commerciali possa contribuire in misura determinante ad eliminare alla radice quello che a torto o ragione, in ultima analisi, si ritiene essere l’unico od il maggior responsabile della lentezza della giustizia civile. Se questa visione delle cose è vera o falsa lo si potrà affermare soltanto nel corso del tempo (44), tenendo in ogni caso bene a mente che l’uso di rimedi errati, o come si suol dire, laddove il rimedio dovesse dimostrarsi davvero peggiore del male, potrebbe portare lo stato della giustizia civile ad una situazione ancora più grave di quella in cui già si trova oggi, se è vero che ciò che non uccide di solito rafforza (45).

Insomma, come è stato già rilevato in parte della dottrina (46), è difficile dire oggi se il nuovo istituto disegnato dal legislatore funzionerà rispettando le principali attese ed obiettivi, vale a dire quelli di ridurre il flusso in ingresso di nuove cause nel sistema della giustizia civile, offrendo al cittadino uno strumento più semplice e veloce con tempi e costi certi affiancandosi alla riforma del processo civile ed al programma di digitalizzazione della giustizia nella fase di lavorazione delle cause (47).

(1) Sul contenuto della delega, cfr. C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 853 e ss.; F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1257 ss.

(2) Così G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in <http://www.judicium.it>: <<l’abitudine a porre in essere eccessi di delega anche in questo caso è stata rispettata. Ed infatti, l’art. 60 della l. 69/09 semplicemente disponeva di “prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione” fosse realizzata “senza precludere l’accesso alla giustizia”. Il d. lgs. 28/10, al contrario, ha reso in molti casi la mediazione una condizione di procedibilità della domanda (art. 5), cosa non prevista dalla legge delega, e forse anche in contrasto con la stessa nella parte in cui, appunto, non voleva che la mediazione precludesse l’accesso alla giustizia>>. <<una cosa è la mediazione e conciliazione libera e non processualizzata come emerge (anche) dalle direttive europee 30 marzo 1998 (98/257/CE) 4 aprile 2001 (2001/310/CE) e 21 maggio 2008 (2008/52(CE), altra cosa è la mediazione che si intende introdurre in Italia, non libera e invece assai Processualizzata>>.

(3) Il cui art. 5, comma 2, trattando del ricorso alla mediazione, si limita a lasciare impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l’inizio del procedimento giudiziario, purchè tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

(4) Eccetto che per le controversie di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, ed in materia di condominio degli edifici per le quali l’entrata in vigore del tentativo obbligatorio di conciliazione è fissato al 20 marzo 2012.

(5) E' il caso della compravendita mobiliare ed immobiliare in quanto riconducibile attraverso l'acquisto ed il trasferimento della proprietà ai diritti reali.

(6) Trattasi quindi di una duplice verifica, rimessa alla parte convenuta ed allo stesso giudice adito dall'attore. In dottrina, v. D. DALFINO, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it.*, 2010, V, col. 101 ss. e 103.

(7) Sempre in dottrina, M. DE CRISTOFARO, F. MURINO, *Commento al D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in *Appendice al Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, III, Milano, 2010, 2367, rilevano come *<<in difetto di espressa qualifica di perentorietà, i termini di attivazione previsti nei commi 1, 2 e 5 dell'art. 5 del decreto siano meramente ordinatori. Ciò consente di evitare quanto più possibile sanzioni processuali irrimediabili - ed eccezionalmente "invasive" rispetto alle garanzie del diritto d'agire - se le parti, pur non rispettando i termini assegnati, integrano la condizione di procedibilità entro l'udienza successiva contestualmente fissata dal giudice, o addirittura si presentino all'udienza avendo dato mero impulso alla condizione di procedibilità, ma non avendola ancora integrata>>*.

(8) La stessa previsione è ribadita dalla norma citata anche in sede di appello, laddove recita: *<<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 del-*

la domanda di mediazione>>.

(9) In ossequio a quanto espressamente enunciato alla lett.a) dell'art. 60, l. 18 giugno 2009, n.69, *delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali: <<prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia>>*.

(10) Cfr. D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in <http://www.judicium.it>: *<<occorre osservare che, sebbene la previsione di un "filtro" obbligatorio a pena di improcedibilità della domanda giudiziale sia stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Consulta in altre occasioni 28), in questo caso non sembra peregrina la prospettazione di un profilo di incostituzionalità 29). La censura, però, riguarderebbe la violazione dell'art. 76 Cost., dal momento che la delega di cui all'art. 60, 3° comma, l. 69/09, come già visto, si limita a stabilire alla lett. n) «il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione». Inoltre, è vero che l'ampiezza del criterio direttivo contenuto nel 3° comma, lett. c) («disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5») ha lasciato al Governo un notevole margine di manovra, ma è anche vero che il (possibile) rinvio alle forme della conciliazione societaria avrebbe dovuto spingere verso la facoltatività del procedimento >>*.

(11) Sull'argomento in dottrina si distinguono varie posizioni, tra queste, v. D. DALFINO, *op.cit.*, il quale non manca di osservare: *<<constatato il mancato esperimento della mediazione, il giudice adito assegna alle parti il termine di quindi-*

ci giorni per la presentazione della relativa domanda e contestualmente fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dal deposito della stessa; così provvede anche nell'ipotesi in cui il procedimento di mediazione sia iniziato, ma non si sia ancora concluso. Non si tratta, dunque, di un'ipotesi di sospensione del giudizio, ma di un mero differimento dell'udienza stabilito al fine di consentire l'espletamento della attività omessa (v., invece, l'art. 412 bis, 3° comma, c.p.c.). Per tale ragione (e anche perché né il termine di quindici giorni né quello di quattro mesi sono qualificati espressamente come perentori), sembra ragionevole ritenere, per un verso, che la mera tardività della presentazione della domanda non comporti alcuna conseguenza ove il giudice, alla successiva udienza, constati l'avvenuto esperimento del procedimento di mediazione; per un altro, che, ove il procedimento risulti avviato ma non concluso, occorrerebbe fissare una nuova udienza dopo la scadenza di quattro mesi dal deposito della domanda di mediazione >>; C. GLENDI, *Procedimento di mediazione e processo civile*, in http://www.ipsoa.it/Opinione/Fisco/procedimento_di_mediazione_e_processo_civile_id1026547_art.aspx, che a sua volta rileva come <<è importante rilevare come il giudice non debba rendere subito, tout court, una statuizione di improcedibilità e neppure sia tenuto a disporre la sospensione del processo, com'era previsto invece dall'art. 412-bis c.p.c. Al contrario, viene semplicemente fissata una «successiva udienza» a «dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6, comma 1». Nel quinto periodo del comma 1 dell'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010 è, invece, previsto il caso in cui la «mediazione non è stata esperita». La legge prevede, anzitutto, che il giudice «provvede allo stesso modo» di cui al comma 4, fissa, cioè, la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6, comma 1. Inoltre, viene detto che il giudice «conte-

ne della domanda di mediazione». Anche qui è importante rilevare come il giudice non dichiari l'improcedibilità della domanda, pur trovandosi di fronte ad una situazione di «mediazione non esperita», e, anzi, più precisamente, ad una fattispecie di «mediazione neppure iniziata». Inoltre, proprio perché il procedimento di mediazione non è neppure iniziato, il giudice, oltre a fissare la successiva udienza oltre il termine di durata quadrimestrale ex art. 6, comma 1, assegna alle parti un termine per la presentazione della domanda di mediazione. Occorre rimarcare che il termine di quindici giorni non è indicato come perentorio (1). Ne deriva che al suo infruttuoso decorso (cioè alla tardiva o mancata presentazione della domanda di mediazione) non consegue l'estinzione del processo, del resto nell'immediato addirittura normativamente esclusa per l'essere stata in ogni caso già fissata una «successiva udienza» >>.

(12) L'art. 412-bis c.p.c. è stato abrogato dall'art. 31 della l. 4 novembre 2010, n.183 (c.d. collegato lavoro).

(13) In sede di giudizio di appello 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.

(14) con l'unica differenza che soltanto nel caso della mediaconciliazione delle controversie civili e commerciali si riscontra un maggior rigore nella esplicita previsione dell'indicato termine a pena di decadenza la cui previsione da parte del legislatore, ove si intenda argomentare diversamente non avrebbe alcun senso.

(15) L'unica differenza sostanziale a tal riguardo è quindi ravvisabile nell'indicazione dei termini per espletare il tentativo obbligatorio di conciliazione: 4 mesi nel caso della mediazione riguardante controversie soggette al rito di cognizione e 60 giorni per quelle invece rientran-

ti nel rito del lavoro. Ma è facilmente spiegabile con la celerità e semplificazione che connotano il processo del lavoro rispetto a quello civile.

(16) In dottrina, assumono una posizione diversa G.P. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, 58 ss.; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in <http://www.judicium.it>.

(17) Cfr. C. GLENDI, *op.cit.*: <<passando dall'esegesi letterale alla ratio della norma, il significato che vi pare sotteso, e che se ne può trarre, è che dunque l'improcedibilità voluta dal legislatore c'è, ma non è illimitata. Se, per effetto della non proposta eccezione o del mancato rilievo del giudice, l'improcedibilità non sia emersa nel limite temporale normativamente segnato, l'improcedibilità non opera più e la domanda resta procedibile davanti al giudice a prescindere dal compiuto, effettivo esperimento della mediazione, ancorché obbligatoria>>.

(18) In dottrina, si rinvia a G. SCARSELLI *op.cit.*, il quale, rilevando una inappropriata proceduralizzazione della mediazione rileva: <<si ha, così, una specie di pre-processo, fatto da una specie di pre-giudice, per evitare il processo ed evitare il giudice; ed anzi il d. lgs. inserisce dei meccanismi volti a penalizzare chi non si accontenta del pre-processo, e vuole il processo a tutela dei suoi diritti. La mediazione (normalmente) non è questo, e, a parere di chi scrive, fatta così è destinata a non funzionare>>.

(19) Cfr. Cass., 14 febbraio 2007, n.3258, in <http://dejure.giuffre.it>.

(20) In dottrina – cfr. D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in <http://www.judicium.it> – riguardo alla circostanza indicata nel testo, si è osservato: <<che l'art. 11, comma 4, stabilisce infatti che nel verbale di mancata conciliazione il mediatore deve dare atto che una delle parti della causa non è stata parte della procedura di con-

ciliazione e l'art. 8, comma 5, prevede che dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. La norma è sorprendente, per un verso, perché tratta peggio la contumacia nel procedimento di mediazione che non quella nel giudizio ordinario. E' infatti curioso che il giudice possa trarre argomenti di prova dalla mancata partecipazione alla mediazione, ma non possa fare altrettanto riguardo alla contumacia nella causa, immediatamente susseguente, davanti al giudice togato, che invece è circondata da una serie di garanzie, che finiscono per premiare anche il più totale e immotivato rifiuto di collaborare alla soluzione della controversia>>.

(21) Sulle possibili conseguenze a carico della parte assente nel procedimento di mediazione, cfr. le considerazioni espresse da M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore* in <http://www.judicium.it>.

(22) L'art. 13, d.lg. n.28/2010 recita: <<quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla 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, nonchè al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.

2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde intera-

mente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente. 3. Salvo diverso accordo le disposizioni precedenti non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri>>.

(23) Il comma 2 dell'art. 669-octies, c.p.c. prevede poi che <<in mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni>>.

(24) Il comma 3 dell'art. 669-octies, c.p.c., dispone che: <<il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione>>.

(25) sull'argomento, in dottrina cfr. F. SANTANGELI, La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado, in <http://www.judicium.it>.

(26) In dottrina, cfr. M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo* in <http://www.judicium.it>: <<che piaccia oppure no, il sentore di una proceduralizzazione³ della mediazione e l'idea che questo procedimento funzioni più da spauracchio per l'accesso alla giustizia che non come serio tentativo di incentivare la cultura della mediazione, è forte>>.

(27) A tal riguardo, in dottrina – v. P. PORRECA, *Sospensione e cancellazione dal registro. Le indennità*, in <http://www.judicium.it> – si è osservato come il rispetto della condizione di procedibilità comporta che la mediazione vada comunque, effettivamente esperita: <<il mediatore, invece, anche senza adesione della controparte, può e deve non solo verificare se davvero, all'incontro, la controparte persiste nel non presentarsi,

profilo valutabile dal giudice, ma anche ragionare con l'unica parte presente sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa, da comunicare alla controparte come proposta dello stesso soggetto in "lite" anche se non del mediatore, con le conseguenze di cui agli artt. 91 e 96, terzo comma, c.p.c., anche se non quelle di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010>>.

(28) Come sembra indirettamente confermare uno dei primi orientamenti giurisprudenziali – Trib. Prato, 30 marzo 2011, in <http://dejure.giuffre.it>: – <<in ipotesi di controversia rientrante nell'alveo applicativo dell'art. 5 d.lg. n. 28 del 2010, laddove non sia stato preliminarmente esperito il procedimento di mediazione, il giudice rileva l'improcedibilità dell'istanza attorea e, contestualmente, assegna un termine per la presentazione della domanda di mediazione ai sensi del predetto decreto>>.

(29) Mitigato dalla Circolare Ministero Giustizia del 4 aprile 2011.

(30) In relazione al quale, dovrà tenersi conto di quanto espresso nella circolare Ministero Giustizia del 4 aprile 2011.

(31) Tra queste, vi è anche quella enunciata nella Circolare Ministero Giustizia del 4 aprile 2011, secondo cui <<si ritiene non corretto l'inserimento, nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione, di una previsione secondo la quale, ove l'incontro fissato del responsabile dell'organismo non abbia avuto luogo perché la parte invitata non abbia tempestivamente espresso la propria adesione ovvero abbia comunicato espressamente di non volere aderire e l'istante abbia dichiarato di non volere comunque dare corso alla mediazione, la segreteria dell'organismo possa rilasciare, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata>>.

(32) Infatti la clausola compromissoria contenuta nel contratto che prevede l'arbitrato quale mezzo alternativo di risoluzione delle future controversie che do-

vessero insorgere tra le parti del medesimo rapporto viene liberamente prevista ed accettata dai contraenti, senza che quest'ultimi siano in qualche modo obbligati *ex lege* ad inserirla nel testo dell'accordo.

(33) In dottrina, per approfondimenti sulla problematica connesse in parallelo alla mediazione, inerenti il valore degli strumenti contrattuali di risoluzione delle controversie, si rinvia alle osservazioni fornite da F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia*, in <http://www.judicium.it>: <<gli strumenti contrattuali di risoluzione delle controversie sono veramente alternativi a quelli giurisdizionali dichiarativi, perché producono gli stessi effetti. Essi costituiscono un'alternativa alla giustizia, e non una giustizia alternativa perché il loro contenuto si fonda su una valutazione di opportunità, che le parti del contratto compiono, invece che sulla verifica della realtà sostanziale preesistente, che è propria della giurisdizione >>.

(34) Cfr. R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in <http://www.judicium.it>: <<una lunga distanza separa la mediazione dal processo, dal quale si discosta non solo per struttura ma anche per scopi. Il nuovo modello di mediazione (sotto questo profilo, non molto diverso da quelli che lo hanno preceduto) va inquadrato entro le categorie civilistiche, poiché finalizzato non tanto alla decisione di una controversia, quanto al raggiungimento di un accordo (da collocare tra i negozi, piuttosto che tra i provvedimenti contenziosi)>>. La disamina prosegue affermando che <<occorre allora bandire qualsiasi interpretazione che attribuisca prevalenza a strutture processuali, ed intenda il procedimento in una dinamica contenziosa, seppure sotto la direzione di organi privati, piuttosto che di un giudice (se così fosse, ci troveremmo di fronte ad un omologo dell'arbitrato >>.

(35) In dottrina, tra l'altro, F. P. LUISO, *La conciliazione: i possibili sviluppi tratti dall'esperienza*, in <http://www.judicium.it> osserva che: <<la stessa dizione "giustizia alternativa" non si adatta del tutto agli strumenti conciliativi, per le ragioni ben conosciute e che riassumeremo fra poco. Fra <<conciliazione>> e <<giustizia>> esiste un rapporto solo in senso molto lato ed indiretto: nel senso, cioè, che quando si ha una soluzione negoziale, e dunque autonoma, della controversia, non vi è più bisogno di una soluzione eteronoma della stessa >>.

(36) Sempre autorevole dottrina – F. P. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in <http://www.judicium.it> – in passato ebbe a rilevare come <<il legislatore si preoccupa in modo particolare che il contenuto della sentenza sia «giusto», che rispecchi, cioè, la realtà sostanziale preesistente, garantendo il rispetto del principio del contraddittorio e addirittura istituendo a tal fine appositi strumenti – i mezzi di impugnazione ordinari – volti ad assicurare al massimo grado la giustizia della decisione. E anche per l'altro strumento eteronomo di risoluzione delle controversie, e cioè l'arbitrato, il legislatore impone inderogabilmente il rispetto del principio del contraddittorio. Tutto ciò nonostante che, da un punto di vista astratto e generale, la decisione giusta ed la decisione ingiusta siano ugualmente idonee a risolvere a controversia, in quanto a tal fine è necessario un atto vincolante per le parti, e non anche che tale atto sia conforme alla realtà sostanziale preesistente, e quindi «giusto». Gli strumenti negoziali di risoluzione della controversia prescindono, invece, dalla giustizia dell'atto negoziale, poiché qui le parti prima determinano il contenuto dell'atto, e poi lo approvano, rendendo l'atto per se stesse vincolante. Pertanto, una volta che esse abbiano valutato conforme ai loro interessi l'assetto contenuto nell'atto negoziale, questo si impone loro a prescindere dal modo di essere della realtà sostanziale preesistente. In sostanza, la valutazione di convenienza operata dai titolari delle situazioni protette coinvolte nell'accordo negoziale assorbe e sostituisce la conformità alla realtà giuridica preesistente >>.

(37) L'art. 185 c.p.c., al comma 1, enun-

cia: <<il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione>>. E' quindi evidente come difettando la richiesta congiunta delle parti viene a cadere a priori ogni possibilità che la conciliazione possa essere anche solo "tentata" dal giudice, il quale ha unicamente il potere di rinnovare il suddetto tentativo in qualunque momento dell'istruzione, ma non già di introdurlo od "imporlo" di sua iniziativa alle parti.

(38) Modificato dall'art. 31, l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro).

(39) Così G. SCARSELLI, *op.cit.*: <<sia chiaro: nessuno è contrario alla mediazione e conciliazione delle controversie, ed anzi qualsiasi buon avvocato cerca, direi da sempre, di transigere le liti, e di evitare che il cliente debba ottenere soddisfazione solo attraverso gli organi di giustizia, con ciò che esso comporta in termini di costi e tempi>>.

(40) Rafforzato dell'ulteriore previsione espressa nella Circolare Ministero Giustizia del 4 aprile 2011, secondo cui <<la mediazione obbligatoria è tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata e non può, quindi, dirsi correttamente percorsa ove l'istante si sia rivolto ad un organismo di mediazione ed abbia rinunciato, a seguito della ricezione della comunicazione di mancata adesione della parte invitata, alla mediazione>>.

(41) Cfr. M. FABIANI, *op.cit.* Il quale afferma che <<una cultura non si forma dall'oggi al domani e che senza strumenti non era agevole diffondere una cultura che ora può trovare un sedime più adatto>>.

(42) Cfr. G. MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, in <http://www.judicium.it>: <<una lunga esperienza pratica ci dice che i tentativi di conciliazione, o di mediazione, sia preventivi che successivi, sia volontari sia forzosi perchè imposti a pena di improcedibilità, non hanno mai

sortito l'effetto sperato di sfoltire i ruoli giudiziari e diminuire il numero delle liti>>.

(43) A tal riguardo, F.P. LUISO, *op. ult.cit.*, osserva: <<speculare alla atipicità del contenuto vi è la atipicità delle ragioni che inducono le parti ad accordarsi. L'accordo, infatti, si raggiunge quando le parti ritengono che esso soddisfi il proprio interesse: ma spetta esclusivamente a ciascuna parte stabilire quale sia il proprio interesse, ed in che modo l'accordo lo soddisfi. Essendo dunque le ragioni, che inducono le parti all'accordo, irrilevanti, indeterminate e atipiche, non è facile individuarle a priori, mentre un aiuto in tal senso può venire appunto dall'analisi dei dati concreti che emergono dall'esperienza>>.

(44) Cfr. M. FABIANI, *op.cit.*: <<un atteggiamento equilibrato potrebbe essere quello di non avventurarsi in pronostici e vedere in un tempo medio-lungo gli effetti del nuovo assetto normativo, pronti ad esprimere valutazioni solo dopo che si sarà formata un po' di esperienza>>.

(45) FRIEDRICH NIETZSCHE, *Nietzsche contra Wagner*, Leipzig, 1895.

(46) Cfr. L. DITTRICH, *op.cit.*: <<Ma la colpa, (per riprendere il titolo di uno scritto dell'indimenticato Corrado Vivanti) è di Voltaire, che nel 1742 lodò senza riserve l'istituto dei faiseurs de paix olandese, le cui caratteristiche erano l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e il divieto per gli avvocati di assistere le parti. Da quelle righe ebbe origine una ininterrotta sequenza di fallimentari tentativi obbligatori di conciliazione, che spaziano dalla legge rivoluzionaria francese n. 16 del 1790 sull'organizzazione giudiziaria per giungere infine all'oggi abrogato art. 412 bis c.p.c. in materia di lavoro. Francamente, nulla lascia presagire che il tentativo obbligatorio di mediazione possa avere migliore fortuna, dei suoi illustri, e pur fallimentari, precedenti>>.

(47) Dal sito *internet* del Ministero della Giustizia consultabile *on line* in <http://www.giustizia.it/giustizia/it> .