
Comitato scientifico:

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

IN TEMA DI MEDIAZIONE DELEGATA DAL GIUDICE

Articolo di Piero SANDULLI¹

SOMMARIO

1. Posizione del problema – 2. La decisione resa dal Tribunale di Vasto – 3. Analisi critica della decisione – 4. Considerazioni conclusive. -

¹ Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile.

1. Posizione del problema

La sentenza emessa dal [Tribunale di Vasto, il 9 marzo 2015](#), offre lo spunto per operare alcune riflessioni in merito all'istituto della mediazione delegata dal giudice, recentemente inserita nella normativa processualistica dall'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 28 del 2010.

In base a tale istituto processuale il giudice *"anche in sede di giudizio d'appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede d'appello"*; chiarisce, inoltre, il secondo comma, dell'art. 5, in esame, che *"il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa"*.

Inoltre il secondo comma dell'articolo 5, del decreto legislativo n. 28 del 2010, prescrive che *"il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6 (vale a dire dopo tre 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"*.

Al riguardo è opportuno sottolineare che il comma in parola è stato modificato, a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 272, del 6 dicembre 2012², dal dettato dell'articolo 84, lettera c), del decreto legge n. 69, del 21

² In *Foro It.*, 2013 I, c. 1091, con nota di D. Dalfino.

giugno 2013, convertito, con modificazioni, nella legge n. 98, del 9 agosto 2013³.

Si consente, dunque, al giudice, in corso di causa, anche in fase di appello, di far ricorso al procedimento di mediazione, se il giudice stesso ne ravvisa le circostanze, delegando all'Organismo di mediazione il potere di conciliare, potere che è comunque, proprio del giudice, così come si legge nel dettato degli articoli 185, 185 bis, 322 e 350 del codice di rito civile.

Tale potere di delega all'Organismo di mediazione è stato individuato dal legislatore, al fine di evitare di appesantire, ulteriormente, il ruolo del giudice altrimenti chiamato a disperdere le proprie energie nel tentativo di guidare le parti nella procedura di conciliazione.

Nel caso di specie, il giudice del Tribunale di Vasto si è avvalso del, sopra ricordato, potere di delegare l'esperimento della procedura di mediazione, avendo riscontrato che ne ricorrevano i presupposti, ad un organismo di mediazione, individuato, nel caso in esame, in quello istituito dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Vasto.

2. La decisione resa dal [Tribunale di Vasto](#)

La sentenza resa dal [Tribunale di Vasto](#) ha preso le mosse dalla circostanza che il procedimento di mediazione, finalizzato alla conciliazione, alla quale le parti si erano rese disponibili nel corso del giudizio, non solo non ha sortito l'effetto sperato, ma non ha potuto svolgersi, poiché una delle due parti (la convenuta, sia in giudizio, che nel procedimento di mediazione) all'atto del primo incontro,

³ In vigore dal 21 aprile 2013.

al quale non è comparsa personalmente, ma solo attraverso il proprio legale, non ha prestato il consenso all'avvio della procedura conciliativa, costringendo il mediatore, incaricato, a chiudere la stessa al momento del primo incontro.

In base a questa, preliminare, circostanza il giudice del Tribunale di Vasto, ritenendo non realizzata la condizione di procedibilità dell'azione, a causa della mancata presenza personale delle parti nel procedimento di mediazione, ha dichiarato improcedibile il giudizio, compensando le spese dello stesso. A tale decisione il giudice perviene dopo aver compiuto una ampia ed approfondita analisi sulla natura della mediazione, sul ruolo dei difensori nel procedimento di mediazione, finalizzato alla conciliazione, nonché sui compiti del mediatore (*rectius*: conciliatore) affinché possa essere ottenuto il buon esito della procedura conciliativa.

Afferma, infatti, il Tribunale civile di Vasto che *"la natura della mediazione di per sé richiede che all'incontro con il mediatore siano presenti le parti di persona. L'istituto, infatti, mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto"*. Questo implica – a detta del giudice abruzzese *"che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore"*. Chiarisce il suo pensiero il magistrato di Vasto affermando, al fine di rafforzare il concetto precedente, che nella mediazione è fondamentale *"la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo dei rapporti empatici ed è, pertanto, indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto"*.

In base al sopra ricordato contatto il mediatore è chiamato a comprendere *"quali siano i bisogni, gli interessi i sentimenti dei soggetti coinvolti e questi*

sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori (che comunque assistono la parte)”.

Ad ulteriore sottolineatura di questo concetto il giudice di Vasto enfatizza il ritrovato ruolo delle parti artefici dirette di un percorso di conciliazione ricoperto da questa ritrovata cultura della pacificazione che, a differenza di quella del processo, non estromette le parti sostanziali, ma anzi ne ricopre ed enfatizza il valore.

Pertanto, *“non è pensabile applicare analogicamente alla mediazione le norme che nel processo consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore o le norme sulla rappresentanza negli atti negoziali”.*

Il giudice di Vasto a conclusione del suo ragionamento sostiene che *“la mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l’attività che porta all’accordo ha natura personalissima e non è delegabile”.*

In base a tali considerazioni il giudice abruzzese è giunto alla conclusione che *“sia per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, comma 1 bis, D. Lgs. n. 28/2010, sia per la mediazione demandata dal giudice, ex art. 5, comma 2, è necessario – ai fini del rispetto della condizione di procedibilità della domanda – che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori, come previsto dal successivo articolo 8) all’incontro con il mediatore”.*

Chiarisce, inoltre, la sentenza del Tribunale di Vasto, che è compito del mediatore la verifica dell’osservanza delle condizioni per il regolare espletamento della procedura. Invero, afferma la decisione annotata, che grava sul conciliatore *“l’onere di adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle parti”* anche attraverso la

predisposizione di un rinvio del primo incontro, ovvero *"sollecitando il difensore della parte assente a stimolarne la comparizione"*.

Tale onere – afferma, inoltre, il Tribunale di Vasto – grava anche sulla parte che ha interesse a coltivare la procedura di mediazione e vuole evitare la declaratoria di improcedibilità. Quest'ultima dovrà *"partecipare personalmente a tutti gli incontri di mediazione, chiedendo al mediatore di attivarsi al fine di procurare l'incontro personale tra i litiganti"*.

E' inoltre, facoltà della parte ed obbligo del mediatore la circostanza di far valorizzare *"la concreta impossibilità di procedere all'esperimento del tentativo di mediazione"* a causa del rifiuto della parte convocata in mediazione di intervenire personalmente agli incontri.

Conclude, infatti, la sentenza in esame che *"solo una volta accertato che la procedura non si è potuta svolgere per indisponibilità della parte che ha ricevuto l'invito a presentarsi in mediazione, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata"*.

In tutte le altre circostanze la domanda successivamente proposta (anche nei casi di mediazione delegata) si espone al rischio di essere dichiarata improcedibile a causa della mancata piena osservanza delle disposizioni normative che impongono il preventivo *"corretto"* esperimento del tentativo di mediazione, alla presenza fisica delle parti, non essendo sufficiente per il corretto esperimento della procedura la sola presenza dei difensori.

3. Analisi critica della decisione

Pur valutando positivamente il tentativo di dare sostanza al procedimento di mediazione delegata, operato dalla sentenza del Tribunale di Vasto, tuttavia, le conclusioni cui perviene il giudice abruzzese destano non poche perplessità.

Assai correttamente il giudicante pone in rilievo il ruolo del procedimento di mediazione finalizzato alla mediazione e ne coglie la sua essenza finalizzata al recupero dei rapporti tra le parti contendenti, al fine di consentire loro la costruzione di una soluzione autodeterminata della vertenza, la quale, concludendosi senza vinti, né vincitori, possa essere di soddisfazione per entrambe.

Acutamente coglie l'essenza di detta procedura, mirante a ricostruire un rapporto di reciproca fiducia tra le parti, circostanza questa che potrà ottenersi più facilmente se (attraverso la loro presenza fisica innanzi al mediatore) le parti riprendano a dialogare tra loro.

Malgrado ciò la soluzione adottata dal Tribunale di Vasto non può condividersi in quanto, in ogni caso, la conciliazione deve essere sempre valutata quale opportunità per la tutela dei diritti, non come un obbligo cui le parti vanno costrette.

Al riguardo deve essere considerato che il potere del giudice di delegare l'espletamento della procedura di mediazione, finalizzata alla conciliazione, quando egli ravvisa la sussistenza delle condizioni per esperire detta procedura, concorre, dopo l'entrata in vigore della legge n. 98 del 9 agosto 2013, con il potere allo stesso giudicante attribuito di operare, a norma dell'art. 185 *bis* del codice di rito civile, la propria proposta di conciliazione⁴.

⁴ **185-bis. (Proposta di conciliazione del giudice)** Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire

Dunque, in tema di conciliazione il giudice, oltre al potere, originariamente conferitogli dagli articoli 185 e 117 cpc, nonché, per il giudizio di gravame, dall'articolo 350, terzo comma cpc, ha aggiunto altre due opzioni: a) quella di delegare la procedura di conciliazione ad un organismo di mediazione; b) quella di formulare alle parti la sua proposta "valutativa" della questione dedotta in giudizio.

La scelta per l'una o per l'altra opzione operata insindacabilmente dal giudice, quando reputi che il giudizio, affidato alle sue cure, lo consenta, non può però essere punitiva per le parti; invero, mentre la via tracciata dall'articolo 185 bis cpc non comporta alcuna sanzione incidente sul processo – è sintomatico che nel testo dell'art. 185 bis cpc non sia stata richiamata la previsione, relativa al rito del lavoro, contenuta nel primo comma dell'art. 420 cpc per cui *"il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio"*⁵ - invece, la scelta di delegare la procedura ad un organismo di mediazione, nel modificato testo del secondo comma dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, costituisce, dopo la modifica del 2013, condizione di procedibilità.

motivo di ricusazione o astensione del giudice.

⁵ Deve essere ricordato come nel passaggio dal decreto legge n. 69 del 2013 alla legge di conversione del 9 agosto 2013, n. 98 il testo originario: *"Il giudice alla prima udienza ovvero fino a quando è esaurita l'istruzione, deve comunicare alle parti una proposta transattiva o conciliativa. Il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio"* è stato modificato divenendo quello, molto differente nella portata, oggi contenuto nella prima parte dell'art. 185 bis del codice di rito civile che afferma *"il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valor della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa"*. Come si vede l'obbligo del giudice di formulare una proposta transattiva e conciliativa si stempera nell' *"ove possibile"* ed i casi in cui ciò deve avvenire sono notevolmente limitati dal testo della legge di conversione, in vigore dal 21 agosto 2013. Sul punto vedi anche Tribunale di Milano 3 luglio 2013, in *Corriere del merito* 2013, p. 941.

Tuttavia, per quello che si è, in precedenza, considerato non possono essere ammesse letture interpretative della norma tese a rendere più gravosa detta condizione, ritenendola realizzata solo se il procedimento di mediazione ha visto la "presenza fisica" delle parti, non ritenendosi sufficiente la delega conferita con la procura che consente al legale di esprimere la libera volontà del suo assistito, in base alla previsione espressa contenuta in tale delega⁶.

Questo concetto, è da ritenere ancor più rilevante dopo l'avvento della nuova legge professionale, n. 247 del 2012⁷ e del successivo codice deontologico forense approvato dal Consiglio nazionale il 31 gennaio 2014, che, in particolare con l'articolo 27, ha chiarito gli obblighi di informazione del cliente, cui è tenuto l'avvocato, e costruisce un rapporto di immedesimazione tra i due soggetti (cliente ed avvocato) basato anche sulla Carta costituzionale, poiché il professionista integra l'anello necessario per l'esercizio della tutela, funzione questa che si può estendersi anche alla procedura di mediazione, finalizzata alla conciliazione.

Il passo che certamente non può essere condiviso della sentenza annotata è quello nel quale si afferma che *"la mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l'attività che porta all'accordo ha natura personalissima e non è delegabile"* sia perché appare in evidente contraddizione con quanto si precisa, poco più avanti, ad opera della medesima decisione stigmatizzando il comportamento della parte *"che non ha inteso partecipare personalmente agli incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore), per il caso di assoluto impedimento a comparire"*.

⁶ Cfr. Cass. sentenza n. 20.236 del 2009; e Cass. n. 2572, del 2011.

⁷ Vedi, sul punto, A. Costagliola-L. Laperuta, *La riforma forense*, Rimini 2013, p. 93.

Sia perché appare ingiustamente ed immotivatamente restrittiva dei compiti dell'avvocato, al quale, attraverso il conferimento della procura da parte del cliente, può essere anche attribuito il potere di transigere la lite, in base a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 84 c.p.c.⁸

4. Considerazioni conclusive

In conclusione, pur traendosi un positivo segnale dalla pronuncia del Tribunale di Vasto, che dimostra di credere nella concreta possibilità per il procedimento di mediazione di contribuire, utilmente, alla realizzazione del sistema della tutela delle situazioni giuridiche protette; tuttavia, non appare possibile condividere le conclusioni cui il giudice abruzzese perviene.

Invero, non è da forzature del sistema, ma dalla convinzione, cui debbono pervenire avvocati e magistrati, circa l'utilità, ai fini della tutela delle situazioni giuridiche protette, dei sistemi alternativi al processo, che può accrescersi l'efficacia del sistema giustizia nel quale, talvolta, la soluzione alternativa è quella che meglio soddisfa le esigenze delle parti, in tempi più brevi e con costi calmierati, come si rileva anche dalla lettura della legge n. 162, del 2014.

⁸ Vedi, al riguardo, il commento all'art. 84 del codice di rito civile di M. Di Marzio, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. Cendon, Milano 2012, vol. II, p. 274.