

## CAPITOLO XII

## QUESTIONI CONTROVERSE IN MATERIA DI MEDIAZIONE: PROFILI PROCESSUALI

*Sommario:* 1. Il primo incontro davanti al mediatore - 2. Mediazione obbligatoria e cumulo di domande - 2.1 Pluralità di domande proposte e domande nei confronti di una pluralità di convenuti - 2.2 Mediazione obbligatoria e domanda riconvenzionale - 2.3 Mediazione obbligatoria e domanda trasversale - 2.4 Mediazione obbligatoria e domande proposte contro e dai terzi - 3. Tutela cautelare *ante causam* - 4. Mediazione obbligatoria e l'ipotesi dell'opposizione a decreto ingiuntivo - 5. Procedimento di mediazione e principio del contraddittorio - 6. Le sanzioni per la mancata partecipazione.

### 1. Il primo incontro davanti al mediatore

Secondo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza<sup>102</sup>, a seguito delle modifiche introdotte ad opera dell'art. 84 D.L. n. 69 del 2013, l'assistenza difensiva è divenuta obbligatoria fin dal primo incontro dinanzi al mediatore, perlomeno nei casi nei quali la mediazione integri condizione di procedibilità, mentre la questione è ancora controversa riguardo alla mediazione volontaria.

La previsione normativa *de qua* risulta quanto mai chiara sul punto. Infatti, l'art. 5 comma 1-*bis* D.lgs. n. 28/2010 prevede che: “*chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di [...] è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto*”.

Tanto premesso, non si vedono ostacoli normativi a che la parte conferisca procura speciale al proprio difensore affinché partecipi, per suo conto, alla procedura, al fine di conciliare la controversia.

Tuttavia, le più recenti pronunce affermano un orientamento<sup>103</sup> che, con specifico riferimento alla mediazione demandata dal giudice ritiene, sulla base di un'articolata ricostruzione della disciplina vigente, che l'ordine del giudice possa considerarsi rispettato solo se le parti siano comparse di persona e il tentativo di conciliazione sia stato effettivamente espletato.

<sup>102</sup> Trib. Modena, sez. II, 10 marzo 2012; contra Civinini.

<sup>103</sup> Trib. Firenze, sez. spec. Impresa, 2014; Trib. Firenze, sez. II, 2014; Trib. Roma, 2014; Trib. Monza, 2014; Trib. Firenze, 2014; Trib. Cassino, 2014.

## 2. Mediazione obbligatoria e cumulo di domande

Il D.lgs. n. 28/2010 non dedica alcuna disposizione a tali ipotesi, nemmeno dopo l'intervento correttivo suindicato.

L'art. 5, in effetti, fa riferimento alla parte che “*intenda esercitare in giudizio un'azione*”.

Ne consegue che parrebbe riferirsi all'attore, ovvero agli attori nei casi di litisconsorzio attivo.

### 2.1 Pluralità di domande proposte e domande nei confronti di una pluralità di convenuti

Nel caso di procedimenti complessi dal punto di vista oggettivo o soggettivo, parte della dottrina reputa che la condizione di procedibilità debba essere soddisfatta per ogni domanda cumulata rientrante nella lista di cui al comma 1-*bis* dell'art. 5.

Altri autori, *a contrario*, sostengono che occorre distinguere l'ipotesi del cumulo oggettivo di domande connesse per oggetto o per titolo, da quella di cumulo oggettivo unilaterale di domande non connesse.

Più precisamente, nel primo frangente, qualora una delle domande sia stata oggetto del procedimento di mediazione, non vi è necessità di un nuovo *iter* conciliativo, pena la lesione del principio di ragionevole durata del processo.

Nella seconda ipotesi, invece, se una delle cause ha implicato il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ed esso non vi sia stato, occorre rilevare il difetto della condizione di procedibilità stralciando la domanda da sottoporre a mediazione, dalle altre.

### 2.2 Mediazione obbligatoria e domanda riconvenzionale

Meno immediata appare l'operatività dalla norma in esame rispetto alle domande fatte valere nel corso del processo dal convenuto o dai terzi intervenienti - volontari o su chiamata - a fronte di una domanda principale che sia stata preceduta dalla mediazione obbligatoria.

Secondo un primo orientamento, ove non si sia svolto il tentativo di conciliazione rispetto alla domanda principale e la riconvenzionale sia soggetta a mediazione obbligatoria, nulla esclude che il tentativo possa avere luogo su quest'ultima.

Secondo altra lettura, invece, la *ratio legis* appare più coerentemente limitata all'iniziativa processuale che dà vita al processo stesso, senza estendersi

ai fenomeni di ampliamento dell'ambito oggettivo del giudizio avviato.

Ne discende che la proposizione di una domanda incidentale costituisce esercizio del diritto d'azione, ma nell'ambito di un processo iniziato da altri o comunque già in corso.

La posizione in esame, dunque, osserva che l'applicazione dell'art. 5 alle domande proposte in corso di causa potrebbe solamente portare ad una molteplicità di rinvii e ad un aumento esponenziale dei costi per le parti.

In questo senso si è orientata anche la giurisprudenza di merito<sup>104</sup> che ha escluso dall'ambito della mediazione obbligatoria tutte le domande diverse da quella dell'attore proposta con l'atto introduttivo, comprese le cosiddette riconvenzionali inedite, ovvero quelle emerse solo nella fase giudiziale e non anche nel corso della mediazione.

Al predetto orientamento se ne affianca un altro che sostiene che anche la riconvenzionale inedita debba essere preceduta dal tentativo di conciliazione<sup>105</sup> e, al fine di giustificare tale conclusione, richiama l'orientamento espresso della Suprema Corte<sup>106</sup> che ha interpretato una norma analoga all'art. 5 comma 1, ovvero l'art. 46 l. n. 203 del 1982 in materia di controversie agrarie, nel senso che *“l'onere del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione, sia pure quale condizione di proponibilità della domanda, sussiste anche nei confronti del convenuto che proponga una riconvenzionale secondo uno dei criteri di collegamento previsti dall'art. 36 c.p.c.”*.

Ne consegue che sarà la parte attrice ad eccepire la mancata realizzazione della condizione di procedibilità della riconvenzionale, ovvero a dover allegare e dimostrare che i fatti oggetto di essa sono stati trattati nel corso della mediazione e, al fine di assolvere tale onere, potrà avvalersi o dell'adesione della controparte o della produzione dei verbali della mediazione stessa, purché in essi sia stata esplicitata la *causa petendi* della pretesa delle parti e degli atti costitutivi.

Come evidenziato dalla dottrina minoritaria è anche vero che per valutare se la domanda nuova sia stata effettivamente assoggettata al tentativo di conciliazione è sufficiente che nel procedimento di mediazione già svolto siano stati, in qualunque forma, discussi l'oggetto e le ragioni della pretesa contenuta nella nuova domanda.

---

<sup>104</sup> Trib. Palermo, sez. dist. Bagheria, 11 luglio 2011.

<sup>105</sup> Così in giurisprudenza: Trib. Roma, sez. dist. Ostia, 15 marzo 2012; Trib. Como, sez. dist. Cantù, ord. 2 febbraio 2012; Trib. Firenze 14 febbraio 2012.

<sup>106</sup> Cass. sez. III, 18 gennaio 2006, n. 830.

### 2.3 Mediazione obbligatoria e domanda trasversale

Per quanto concerne la domanda riconvenzionale del convenuto nei confronti di altro convenuto, la dottrina ha chiarito che, qualora essa investa un rapporto soggetto a mediazione obbligatoria, a rigore di logica il tentativo di mediazione è sempre necessario, dal momento che non vi è coincidenza soggettiva tra le parti del rapporto processuale sotteso alla domanda.

È stato, però, parimenti osservato che la soluzione suindicata porterebbe a risultati iniqui.

È il caso in cui la riconvenzionale verso altro convenuto dipenda dalla soccombenza nei confronti dell'attore.

Pertanto, al fine di ovviare ad essi si è proposto di recuperare un principio elaborato dalla Suprema Corte con riguardo al rito agrario<sup>107</sup> secondo il quale non vi è necessità di un nuovo tentativo di conciliazione quando la parte non abbia il potere di evitare la controversia, ad esempio, stipulando una transazione. In definitiva, quando la domanda trasversale del convenuto prescinde dalla domanda dell'attore non deve essere preceduta dal tentativo di mediazione.

### 2.4 Mediazione obbligatoria e domande proposte contro e dai terzi

Nel caso di litisconsorzio necessario preceduto dallo svolgimento del procedimento di mediazione, nei confronti soltanto di alcuni dei litisconsorti, appare ragionevole escludere la necessità di un nuovo tentativo di conciliazione, poiché la possibilità di successo dello stesso verrebbe meno per il fatto che alcune parti vi hanno già sottoposto la lite, soggettivamente inscindibile.

Diversamente, nel caso di litisconsorzio facoltativo è stato sostenuto che se tutti i rapporti sono soggetti a mediazione obbligatoria, ciascuno di essi dovrà aver soddisfatto la condizione dell'art. 5 nei confronti di tutti gli eventuali convenuti.

Rispetto alle ipotesi di intervento di un terzo può ritenersi che, qualora si tratti di intervento adesivo autonomo, poiché svolto al fine di sostenere le ragioni di una delle parti, non vi sia necessità di ripetere nuovamente il tentativo di conciliazione già esperito.

Ad opposta soluzione deve, invece, pervenirsi rispetto all'ipotesi di intervento principale, poiché, in questo caso, il terzo fa valere nei confronti delle parti un diritto incompatibile con quello oggetto di controversia.

Altra tesi, *a contrario*, distingue a seconda che le domande siano tra loro connesse propriamente o impropriamente, poiché solo in questa seconda ipotesi

---

<sup>107</sup> Cass. 7 luglio 1992, n. 8290.

si può escludere che lo svolgimento della mediazione per solo una delle cause connesse abbia soddisfatto la condizione di procedibilità anche per le altre.

Rispetto alle ipotesi di chiamata in garanzia del terzo, che involga un rapporto soggetto a mediazione obbligatoria, la succitata dottrina distingue la fattispecie della garanzia propria da quella della garanzia impropria, atteso che quest'ultima non si fonda sullo stesso rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio, ma deriva da un collegamento di mero fatto, senza che tra le domande sussista alcuna connessione.

Solo nel caso di garanzia propria, quindi, può escludersi la necessità del preventivo esperimento del tentativo di mediazione che si sia già svolto rispetto alla domanda principale.

In tutte le ipotesi sinora esaminate, nelle quali va rinnovata la mediazione rispetto ad una delle domande o dei rapporti processuali cumulati, è opportuno che in mediazione sia demandata l'intera controversia, perché solo in tal modo potrà essere definita in via conciliativa<sup>108</sup>.

In particolare, in giurisprudenza<sup>109</sup> è stata data al problema una soluzione pragmatica consistente nel rimettere alla mediazione tutte le controversie, in applicazione della previsione di cui al comma 2 art. 5 D.lgs. n. 28/2010, al fine di favorire la conciliazione<sup>110</sup>.

### 3. Tutela cautelare *ante causam*

L'art. 5 comma 3 del testo originario, non modificato dal D.L. del fare, prescrive che *“lo svolgimento della mediazione non preclude, in ogni caso, la*

---

<sup>108</sup> Nei termini riportati nel testo si è espresso anche il protocollo dell'osservatorio veronese Valore Prassi sulla mediazione finalizzata alla conciliazione pubblicato su [www.questionegiustizia.it/articolo/il-protocollo-sulla-mediazione-finalizzata-alla-co\\_25-07-2014.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-protocollo-sulla-mediazione-finalizzata-alla-co_25-07-2014.php).

<sup>109</sup> Trib. Verona, 4 novembre 2014.

<sup>110</sup> Pensiamo all'ipotesi di una domanda originaria, avente ad oggetto il risarcimento dei danni conseguenti ad un intervento chirurgico e non soggetta a mediazione, in quanto introdotta in data antecedente l'entrata in vigore del Decreto c.d. del fare, cui si cumulano le ulteriori domande avanzate dalle altre parti; nello specifico, la domanda della casa di cura nei confronti del medico per manleva e la domanda di quest'ultimo, a sua volta, contro la propria assicurazione per la responsabilità civile. Solo le domande dei convenuti sarebbero soggette all'obbligo di conciliazione: la prima in quanto afferente a garanzia impropria e la seconda in ragione del contratto assicurativo. Tuttavia, in un caso analogo, il giudicante è giunto alla conclusione che la separazione della causa soggetta a mediazione obbligatoria da quella che non vi è sottoposta potrebbe pregiudicare un esito conciliativo della fase di mediazione, poiché il convenuto della prima difficilmente sarebbe propenso a valutare soluzioni transattive con la propria compagnia assicuratrice.

*concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari [...]”.*

Questa formula normativa non è, indubbiamente, tra le più felici poiché con il termine “svolgimento” pare disciplinare le sole ipotesi di procedimento di mediazione nel corso del quale sorga l’esigenza di rivolgersi al giudice per ottenere la concessione di provvedimenti cautelari. In realtà, la tutela cautelare *ante causam* è assolutamente svincolata dalla previa instaurazione del procedimento di mediazione, finanche nei casi nei quali assurga a condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Tra le questioni applicative poste dall’operatività della mediazione obbligatoria, il legislatore delegato non ha disciplinato una delle più delicate, ovvero l’individuazione della strada percorribile dalla parte che, avendo ottenuto un provvedimento cautelare, abbia l’onere di promuovere il giudizio di merito la cui procedibilità sia condizionata, *ex lege* o *ex contractu*, al previo esperimento del procedimento di mediazione.

Il problema non si pone per i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata di cui all’art. 669-*octies* comma 6 c.p.c., i provvedimenti d’urgenza *ex art. 700 c.p.c.* o emessi a seguito di denunce di nuova opera e danno temuto, cautele anticipatorie in genere, giacché, in assenza di un onere, per la parte che ne abbia beneficiato, di instaurare il giudizio di merito in un termine perentorio, tale parte può presentare istanza di mediazione e riservarsi all’esito di agire in giudizio, senza alcun pregiudizio per l’efficacia della cautela.

Allo stesso modo, non vi è questione rispetto ai procedimenti di istruzione preventiva di cui agli artt. 692 ss. c.p.c. che, pur avendo natura cautelare, sono da sempre sganciati da un rigido collegamento temporale con il giudizio di merito.

Discorso diverso, invece, va fatto per le cautele a carattere conservativo, in quanto la loro concessione *ante causam* impone alla parte che le abbia conseguite di instaurare il giudizio di merito nel termine fissato dal giudice o, in mancanza, entro sessanta giorni, pena l’inefficacia della misura. In questo caso, l’attivazione del procedimento di mediazione anteriormente all’instaurazione del giudizio potrebbe determinare la decorrenza di quel termine nelle more della procedura stragiudiziale, con conseguente vanificazione della tutela ottenuta dalla parte istante.

Si potrebbe sostenere, in proposito, che il rischio di caducazione del provvedimento conservativo *ante causam* sarebbe minore, in virtù delle modifiche normative introdotte dal Decreto del fare, che consentono alla mediazione di arrestarsi subito dopo il primo incontro e di quelle che hanno ridotto la durata del procedimento, *ex art. 6 D.lgs. n. 28/2010*, da quattro mesi a tre mesi.

In realtà, anche a fronte del mutato contesto normativo, il rischio di veder sfumare la tutela cautelare ottenuta non è del tutto escluso, poiché nessuno dei termini del procedimento di mediazione è perentorio.

Secondo una prima tesi sarebbe applicabile analogicamente, in caso di mediazione obbligatoria *ex lege*, il quarto comma dell'art. 669-*octies* c.p.c., il quale, con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di controversie di lavoro pubblico, dispone tuttora che il termine per la proposizione della causa di merito successivamente alla concessione di misura cautelare "*decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni*".

A tale ricostruzione è stato obiettato, in primo luogo, che la suindicata disposizione può ritenersi tacitamente abrogata, essendo stata introdotta con riferimento ad una fattispecie di tentativo di conciliazione la cui obbligatorietà è venuta meno a seguito della riforma sul c.d. "collegato lavoro". In secondo luogo, è stato osservato che è di ostacolo alla possibilità di una estensione in via analogica della norma, il suo carattere speciale, dal momento che si riferisce ad uno specifico ambito.

Una seconda opinione ha ipotizzato l'applicabilità dell'art. 5, ult. comma D.lgs. n. 28/2010, ritenendo che l'effetto impeditivo della decadenza collegato dalla citata norma alla comunicazione dell'istanza di mediazione alle altre parti possa intendersi riferibile, in senso più ampio, anche alle decadenze connesse alla decorrenza di termini processuali, come quello previsto dall'art. 669-*octies*, commi 1 e 2.

Sulla base di tale premessa, quindi, la parte che abbia richiesto ed ottenuto una misura cautelare conservativa potrebbe evitare la perdita di efficacia della stessa anche comunicando alla controparte (o alle altre parti) la sola istanza di mediazione entro il termine previsto dal codice di rito per l'introduzione del giudizio contenzioso, fermo restando che, in caso di fallimento del tentativo, la domanda giudiziale dovrebbe essere proposta entro il medesimo termine, questa volta decorrente dal deposito del verbale negativo presso la segreteria dell'organismo<sup>111</sup>.

Anche questa soluzione si espone ad alcuni rilievi.

In primo luogo, non appare agevole prospettarne un inquadramento come termine di decadenza in senso proprio.

In secondo luogo, anche nell'ottica specifica della disciplina contenuta nel D.lgs. n. 28/2010, risulta problematico riconoscere, all'istanza di mediazione, effetti processuali diversi ed ulteriori rispetto a quelli ai quali il legislatore delegato abbia espressamente riconosciuto rilevanza.

---

<sup>111</sup> L'art. 5 comma 6 D.lgs. n. 28/2010, prevede, infatti, che "*la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'art. 11 presso la segreteria dell'organismo*".

Nel dubbio, pare maggiormente condivisibile la tesi, sia dottrinale che giurisprudenziale<sup>112</sup>, secondo cui la parte che ha chiesto ed ottenuto un provvedimento *ante causam* per una controversia rientrante in una delle materie per cui è prevista la mediazione obbligatoria, non può esimersi dall'istaurare il giudizio di merito *ex art. 669-octies* c.p.c., in quanto il termine della durata della procedura di mediazione può spingersi fino a tre mesi ed è, dunque, più ampio rispetto al termine perentorio di cui all'art. 669-octies comma 1 c.p.c..

Tale ricostruzione comporta, quindi, che la parte che abbia ottenuto la tutela cautelare possa optare per l'introduzione del giudizio di merito e attendere che la controparte sollevi l'eccezione di improcedibilità o che il giudice ne rilevi la mancanza, per instaurare il procedimento di mediazione e in tale ipotesi non sosterrà costi maggiori di quelli che avrebbe comunque sostenuto.

In alternativa, tale parte potrebbe proporre contemporaneamente il giudizio di merito ed il procedimento di mediazione, ma è evidente che tale *iter* finirebbe per vanificare la finalità deflattiva propria della mediazione stessa.

#### **4. Mediazione obbligatoria e l'ipotesi dell'opposizione a decreto ingiuntivo**

Al comma 4 dell'art. 5, il legislatore ha previsto alcune ipotesi nelle quali il tentativo di mediazione obbligatoria non ha luogo prima dell'inizio del procedimento, bensì in un momento successivo.

Si tratta del procedimento di sfratto, dell'opposizione a decreto ingiuntivo e del procedimento possessorio, procedimenti tutti accomunati da una struttura processuale solo eventualmente bifasica e rispetto ai quali la scelta del legislatore appare chiara: congruentemente al significato complessivo della disciplina in tema di mediazione, escludere il previo esperimento di tale incombenza per questa tipologia di procedimenti che potrebbero risolversi senza l'insorgenza di alcun contrasto tra le parti, in modo consensuale.

In particolare, nel caso di procedimento per convalida di sfratto esso può pervenire a conclusione se il convenuto non compare in udienza o, comparendo, non si oppone, mentre è solo con l'opposizione spiegata dall'intimato che si realizza un contrasto di pretese che va risolto con la decisione.

Allo stesso modo, il giudizio possessorio può concludersi senza sfociare nella fase di merito e ai procedimenti per ingiunzione potrebbe non seguire la fase di opposizione.

Con riguardo a questi ultimi, il legislatore ha stabilito che la mediazione va tentata dopo la pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione.

---

<sup>112</sup> Trib. Brindisi, sez. dist. Francavilla Fontana, 9 gennaio 2012.