



Struttura territoriale di formazione decentrata per il distretto della Corte d'appello di Torino

**Gli strumenti della giustizia complementare
tra normativa, buone prassi e nuovi modelli organizzativi**

Codice corso: D23178

27 aprile 2023

***Spunti pratici sulla mediazione demandata e
sulla condizione di procedibilità***

Edoardo Di Capua

La «**mediazione demandata**» era prevista dall'art. 5, c. 2, D.Lgs. n. 28/2010:

2. Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di 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 di appello. 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. 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 della domanda di mediazione.

Il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7), in attuazione della Legge delega n. 206/2021, ha eliminato la predetta previsione, sostituendola con l'introduzione del **nuovo art. 5-quater** D.Lgs. n. 28/2010 che, sotto la rubrica **«Mediazione demandata dal giudice»**, prevede quanto segue:

- 1. Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6.*
- 2. La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6.*
- 3. All'udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale.*

I richiamati **commi 4, 5 e 6 dell'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010** (dettato in materia di mediazione obbligatoria) prevedono quanto segue:

- 4. Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione.*

- 5. Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.*

6. Il comma 1 e l'articolo 5-quater non si applicano:

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis;

b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;

c) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile;

d) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile;

e) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;

f) nei procedimenti in camera di consiglio;

g) nell'azione civile esercitata nel processo penale;

h) nell'azione inibitoria di cui all'articolo 37 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.



Come si legge nella **relazione illustrativa**:

- l'art. 5-quater D.Lgs. n. 28 del 2010 colloca in apposito articolo la disciplina della mediazione demandata dal giudice, precedentemente disciplinata dal c. 2 dell'art. 5 che, a seguito degli interventi di razionalizzazione previsti, si prevede sia dedicato alla disciplina dei casi di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie elencate nel relativo comma 1 e ai rapporti con il processo.
- Il c. 1 chiarisce, rispetto all'originaria formulazione, che il giudice, quando demanda le parti in mediazione, deve provvedere con ordinanza motivata, nella quale potrà dare atto delle circostanze considerate per l'adozione del provvedimento e fissare la successiva udienza.
- Oltre al riferimento alla natura della causa, allo stato dell'istruzione e al comportamento delle parti, si è ritenuto di inserire una clausola di chiusura ("ogni altra circostanza") idonea a consentire al giudice di dare adeguata e piena motivazione della decisione di demandare le parti in mediazione.
- Si è altresì ritenuto, anche in coordinamento con le modifiche apportate alla fase conclusiva del processo ordinario, di prevedere che il giudice possa demandare le parti in mediazione fino alla "precisazione delle conclusioni".



La procedura **non è impedita dal fallimento dell'eventuale precedente conciliazione in sede di mediazione obbligatoria** (cfr. relazione illustrativa al D.Lgs. 28/2010). Dunque, è facoltà del giudice disporre la mediazione demandata anche allorché sia stata già avviato e concluso negativamente un esperimento di mediazione obbligatoria, trattandosi di modelli diversi e non alternativi, che si sviluppano con presupposti, forza ed efficacia non sovrapponibili (cfr. Tribunale Roma 09 ottobre 2015, in *Redazione Giuffrè* 2015).

La mediazione demandata dal giudice è **applicabile a tutte le controversie e non solo a quelle oggetto di mediazione obbligatoria**, che disciplina una condizione di procedibilità *ad hoc* (Appello Milano 22 marzo 2016, in *Diritto & Giustizia* 2016; Tribunale Prato 16 gennaio 2012 in *Giurisprudenza di Merito* 2012, 5, 1078).

La mediazione demandata si applica a **tutte le controversie relative a diritti disponibili** (cfr. Tribunale Modena, 28 aprile 2017, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* 2017, 3, I, 861) e anche alle controversie familiari in cui il diritto non sia indisponibile (come nel caso di domanda avente ad oggetto il recupero di un credito insoddisfatto) (cfr. Tribunale Modena, 28 aprile 2017, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* 2017, 3, I, 861; Tribunale Milano 14 ottobre 2015 in *Ilfamiliarista.it* 2015, 17 dicembre).



Sulla base dell'esperienza concreta di chi scrive, è possibile affermare che la «**mediazione demandata**» offre maggiori possibilità di successo (ossia di raggiungimento di un accordo) rispetto alla «**mediazione obbligatoria**»: ora, se si tiene presente in entrambe le ipotesi di mediazione sono identiche sia le conseguenze della mancata instaurazione del procedimento (ossia l'improcedibilità della domanda, secondo quanto si dirà *infra*) sia le conseguenze della mancata partecipazione delle parti (*infra* richiamate), se ne deve logicamente dedurre che la ragione risiede probabilmente nell'elemento "psicologico" che consegue alla scelta discrezionale del giudice nel disporre la mediazione demandata e che induce le parti ad un maggiore impegno nel raggiungimento di un accordo transattivo.

Inoltre, la nuova formulazione introdotta dalla riforma del 2022 contribuirà certamente al maggior successo della mediazione demandata rispetto a quella obbligatoria, essendosi specificato, rispetto all'originaria formulazione, che il giudice, quando demanda le parti in mediazione, deve provvedere con ordinanza «**motivata**», nella quale potrà dare atto delle circostanze considerate per l'adozione del provvedimento e fissare la successiva udienza; inoltre, oltre al riferimento alla natura della causa, allo stato dell'istruzione e al comportamento delle parti, si è ritenuto di inserire una clausola di chiusura («**ogni altra circostanza**») idonea a consentire al giudice di dare adeguata e piena motivazione della decisione di demandare le parti in mediazione.



Molto opportunamente. quindi, il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7), in attuazione della Legge delega n. 206/2021, ha inserito il **nuovo art. 5-quinquies** D.Lgs. n. 28/2010 che, sotto la rubrica **«Formazione del magistrato, valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione»**, prevede testualmente quanto segue:

- 1. Il magistrato cura la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche attraverso le strutture didattiche di formazione decentrata.*
- 2. Ai fini della valutazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, la frequentazione di seminari e corsi di cui al comma 1, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato.*
- 3. Le ordinanze con cui il magistrato demanda le parti in mediazione e le controversie definite a seguito della loro adozione sono oggetto di specifica rilevazione statistica.*
- 4. Il capo dell'ufficio giudiziario può promuovere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, progetti di collaborazione con università, ordini degli avvocati, organismi di mediazione, enti di formazione e altri enti e associazioni professionali e di categoria, nel rispetto della reciproca autonomia, per favorire il ricorso alla mediazione demandata e la formazione in materia di mediazione.*



Si è posta questione se il terzo che propone una propria domanda autonoma e/o il convenuto che propone una domanda riconvenzionale e/o l'attore che propone una c.d. *reconventio reconventionis* siano obbligati al procedimento di mediazione obbligatoria ?

a) Tesi negativa (DALFINO, DITTRICH, FABIANI, PORRECA, PROTO PISANI, SCARSELLI; Tribunale Roma sez. V 18 gennaio 2017 n. 828, in *Redazione Giuffrè* 2017; Tribunale Palermo sez. III 27 febbraio 2016, in *Redazione Giuffrè* 2016; Tribunale Palermo sez. dist. Bagheria 11 luglio 2011)

b) Tesi positiva (BUFFONE, SANTANGELO; Tribunale Verona sez. III 12 maggio 2016, in *Ilprocessocivile.it* 8 MARZO 2017; Tribunale Roma sez. dist. Ostia 15 marzo 2012 n. 299).

Peraltro, ad avviso di chi scrive, attraverso il ricorso alla «mediazione demandata» si stempera il problema, nel senso che in tali casi converrà disporre l'esperimento del procedimento di mediazione per l'intera causa.

E se l'attore propone più domande, di cui solo alcune soggette a mediazione obbligatoria?

a) Secondo una tesi sarebbe necessaria la separazione dei giudizi e l'ordine di procedere a mediazione per le domande non oggetto di tentativo di conciliazione.

b) Secondo altra tesi, occorrerebbe rimettere l'intera controversia dinanzi al mediatore per assicurare la conciliazione (Trib. Verona 25/06/2015, in *GiustiziaCivile.com* 2015, 16 dicembre).

Peraltro, ad avviso di chi scrive, anche in questo caso il ricorso alla «mediazione demandata» consente di stemperare il problema, nel senso che in tali casi ben potrà essere disposto l'esperimento del procedimento di mediazione per l'intera causa.

I vantaggi che possono derivare alle parti dall'esito positivo nel procedimento di mediazione demandata (così come dalle risoluzioni alternative delle controversie) sono molteplici e possono così sintetizzarsi:

- 1) l'evidente esigenza di evitare il rischio di causa;
- 2) l'opportunità di giungere in tempi brevi alla definizione del contenzioso in essere tra le parti in causa;
- 3) il vantaggio di evitare, da una parte, una decisione dall'esito incerto e, dall'altra parte, i prevedibili ulteriori gradi di giudizio (giudizio in Appello e poi in Cassazione, cui potrebbe seguire anche un ulteriore giudizio di rinvio);
- 4) il vantaggio di evitare un ulteriore notevole aggravio di costi processuali, talvolta comprensivo delle spese di una Consulenza Tecnica d'Ufficio che si renda necessario esperire in corso di causa;
- 5) il vantaggio per la parte che propone una domanda di condanna al pagamento di una certa somma di denaro di ottenere in tempi brevi un minor importo, senza peraltro dover subire il rischio dell'eventuale insolvenza della controparte (che risultasse soccombente nei vari gradi di giudizio), e/o senza dover affrontare le incerte e costose procedure di esecuzione forzata, di cui la parte vittoriosa dovrebbe comunque anticipare le ingenti spese e che potrebbero concludersi, in tutto o in parte, infruttuosamente.



Peraltro, i vantaggi di una risoluzione alternativa della controversia non concernono soltanto le parti, ma l'intero sistema ordinamentale:

- 1) la causa conciliata o transatta viene definitivamente «eliminata» dal mondo processuale, contribuendo così a deflazionare l'enorme contenzioso non soltanto in primo grado (Tribunale o Giudice di Pace), ma anche in Appello e nel giudizio in Cassazione;
- 2) da ciò consegue l'ulteriore evidente vantaggio di abbreviare i tempi di definizione delle altre cause (definite con Sentenza);
- 3) in particolare, la mediazione contribuisce a realizzare un più corretto funzionamento del mercato;
- 4) il corretto funzionamento degli strumenti alternativi di soluzione delle controversie finisce poi per ripercuotersi favorevolmente sull'andamento dell'economia.

Infine, la mediazione demandata può e deve essere vista anche come un prezioso strumento di soluzione della crisi d'impresa, il cui esercizio richiede anche una gestione tempestiva, competente ed efficace delle (frequenti) situazioni di criticità, onde evitare che diventino irreversibili e, a tal fine, la mediazione può essere un ulteriore strumento per raggiungere tali obiettivi, tenuto conto che:

- 1) l'impresa ha necessità di intervenire tempestivamente e la mediazione presenta proprio il vantaggio dei tempi ridotti;
- 2) l'impresa in crisi non ha adeguate risorse finanziarie e la mediazione presenta il vantaggio dei costi contenuti;
- 3) l'impresa di regola ha interesse a mantenere, in una prospettiva di risanamento, i rapporti con banche e fornitori e la mediazione, mirando alla pacificazione delle parti in conflitto, può avere una particolare rilevanza proprio in ambito commerciale in quanto consente di recuperare tali rapporti.

Cassazione (III Sezione civile, Pres. Est. Vivaldi), sentenza n. 24629 del 7 ottobre 2015: «*la mediazione mira per così dire a rendere il processo la extrema ratio: cioè l'ultima possibilità dopo che le altre possibilità sono risultate precluse*».

Mediazione	Giudizio
Verità storica (senza giudizio o pregiudizio)	Verità processuale
Tutela interessi (sguardo al futuro)	Analisi dei fatti provati ed inquadramento normativo
Narrazione diretta delle parti	Narrazione mediata
Narrazione riservata	Dichiarazioni verbalizzate
Accordo - Titolo esecutivo	Verità processuale - Sentenza impugnabile



Può essere utile osservare che, qualora il giudice intenda perseguire un tentativo di conciliazione, può optare per i seguenti strumenti processuali:

- 1) Il giudice può innanzitutto esperire direttamente un tentativo di conciliazione davanti a sé ex art. 185 c.p.c.
- 2) In secondo luogo, il giudice può formulare una proposta di conciliazione ex art. 185 bis c.p.c.
- 3) In terzo luogo, il giudice può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione demandata, ai sensi del citato art. 5-quater D.Lgs n. 28/2010.

La scelta per il giudice se sia preferibile ricorrere alla mediazione demandata oppure al tentativo di conciliazione giudiziale ex art. 185 c.p.c. o 185 bis c.p.c. dipende da una valutazione da operarsi in concreto in ciascuna singola causa. Peraltro, sulla base dell'esperienza di chi scrive, possono enunciarsi le seguenti «strategie processuali»:

- la scelta del procedimento di mediazione demandata può dipendere dalla particolare complessità della causa, la quale potrebbe anche richiedere una soluzione transattiva più articolata e/o una nuova definizione dei rapporti tra le parti;

- la scelta del tentativo di conciliazione ex art. 185 c.p.c. o ex art. 185 bis c.p.c. può dipendere, oltre che dalla minor complessità della causa, dalla predominanza dell'aspetto giuridico su quello tecnico o fattuale;
- in linea di massima può essere opportuno formulare una proposta transattiva o conciliativa ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c. con l'Ordinanza di ammissione delle prove (in particolare, ammissione di prove testimoniali e/o di una CTU) in quanto, da una parte, si sono ormai verificate le preclusioni di merito ed istruttorie e, dall'altra parte, ciò può fungere da stimolo per evitare l'ulteriore aggravio di spese derivante proprio dall'assunzione delle prove ammesse;
- di regola è invece opportuno disporre la mediazione demandata con l'Ordinanza nella quale si invitano le parti a precisare le conclusioni (sia essa l'Ordinanza di rigetto delle prove sia essa quella pronunciata all'esito delle prove) in quanto, da una parte, a quel punto è possibile prevedere l'esito della causa e, dall'altra parte, si «ottimizza» il lasso di tempo intercorrente fino a tale udienza ;
- peraltro, nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo può rivelarsi proficuo disporre la mediazione demandata con la stessa Ordinanza con cui si provvede sull'esecuzione provvisoria o sulla sospensione del decreto ingiuntivo opposto (ai sensi, rispettivamente, dell'art. 648 o 649 c.p.c.), essendovi già una valutazione nel merito da parte del Giudice che, evidentemente, agevola la conclusione di un accordo;

- si deve aggiungere che, come chiarito in giurisprudenza, qualora la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e (con la riforma del 2022) ogni altra circostanza rendano particolarmente adeguato il ricorso a soluzioni amichevoli della medesima, anche in considerazione del contenuto delle proposte conciliative formulate nel corso del giudizio, il giudice può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione demandata, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (cfr. Tribunale Torino, sez. I, 04 ottobre 2017, n. 4613 in *Redazione Giuffrè* 2018; Tribunale Vasto 23 giugno 2015, in *Redazione Giuffrè* 2015); dunque, la proposta conciliativa o transattiva formulata dal Giudice ex art. 185-bis c.p.c., anche se rifiutata dalle parti, può costituire la base su cui il mediatore, successivamente adito su disposizione del medesimo giudice, può esperire un autonomo tentativo di conciliazione (cfr. in tal senso: Tribunale Napoli, 05 febbraio 2019, in *Redazione Giuffrè* 2019; Tribunale Verona 18 aprile 2017 in *Ilprocessocivile.it* 19 GIUGNO 2017);

- inoltre, al cospetto di una causa che, già in itinere, abbia avuto un corso sproporzionato rispetto ai termini reali della controversia, è opportuno che il giudice formuli una proposta conciliativa e ove le parti rifiutino immotivatamente la proposta, il giudice ben può avviarle alla mediazione demandata (cfr. in tal senso: Tribunale Milano 21 marzo 2014 in *Redazione Giuffrè* 2014); addirittura, il giudice, in sede di formulazione della proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., può indicare alle parti che, qualora la proposta non venga accettata, sarà disposta la mediazione *ex officio iudicis* quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (cfr. in tal senso: Tribunale Palermo sez. I 16 luglio 2014, in *GiustiziaCivile.com* 2015, 12 febbraio);

- il giudice può poi trarre dalla consulenza tecnica disposta in sede di mediazione elementi utili ai fini della proposta transattiva o conciliativa di cui all'art. 185 bis c.p.c. (cfr. in tal senso: Tribunale Roma sez. XIII 17 marzo 2014 in *GiustiziaCivile.com* 2015, 30 novembre).



Con riguardo alla «**mediazione demandata**» l'art. 5, c. 2, D.Lgs.n. 28/2010 prevedeva, tra l'altro, che «*in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello*» e che «*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 della domanda di mediazione.*»

Anteriormente all'entrata in vigore della riforma del 2022 si discuteva se il termine di 15 giorni per la presentazione dell'istanza di mediazione (delegata o obbligatoria) fosse da considerarsi perentorio o meno (questione superata dalla riforma del 2022, essendo estato eliminato tale termine):

Sul punto, si era pronunciata la S.C. affermando: «*in ipotesi di mediazione delegata ex art. 5, commi 2 e 2-bis, del D.Lgs. n. 28 del 2010, ciò che rileva, ai fini della sussistenza della condizione di procedibilità, è l'utile esperimento, entro l'udienza di rinvio fissata dal giudice, della procedura di mediazione - da intendersi quale primo incontro delle parti innanzi al mediatore e conclusosi senza l'accordo - e non già l'avvio di essa nel termine di quindici giorni indicato dal medesimo giudice delegante con l'ordinanza che la dispone*» (Cass. civile, sez. II, 14 dicembre 2021, n. 40035).



Il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7), in attuazione della Legge delega n. 206/2021, ha ora previsto quanto segue al **nuovo art. 5-quater, commi 2 e 3**, D.Lgs. n. 28/2010:

«2. La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6.

3. All'udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale.»

Dunque, anche nella mediazione demandata il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7), in attuazione della Legge delega n. 206/2021, ha **eliminato la previsione del predetto termine di 15 giorni**, disponendo all'art. 5-quater, D.Lgs. n. 28/2010 che con la stessa ordinanza (motivata) con cui dispone la mediazione demandata *«fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6»* (cfr. il comma 1) e che a tale *«udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale»* (cfr. il comma 3).

L'art. 5, c. 2 bis, D.Lgs.n. 28/2010 (applicabile sia alla mediazione obbligatoria sia alla mediazione demandata) prevedeva che «*Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione.*»

Il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7), in attuazione della Legge delega n. 206/2021, ha ribadito la predetta previsione al **nuovo art. 5, comma 4**, D.Lgs. n. 28/2010 (dettato nell'ambito della «mediazione obbligatoria», ma applicabile sia alla «mediazione demandata» sia alla «mediazione su clausola contrattuale o statutaria» in forza dell'esplicito rinvio previsto, rispettivamente, dall'art. 5-quater, c. 2 e dall'art. 5-sexies, c. 1), ai sensi del quale: «*4. Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione.*»

a) Peraltro, secondo numerose pronunce di merito (precedenti alle pronunce della Cassazione civile *infra* citate ed alla riforma del 2022), **nella mediazione demandata non potrebbe considerarsi realizzata la condizione di procedibilità se ci si limiti all'incontro preliminare informativo con il mediatore, essendo necessaria l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione, laddove per «effettiva» si richiede che le parti non si fermino alla sessione informativa** (Tribunale Busto Arsizio, 10 febbraio 2021; Tribunale Firenze, 08 maggio 2019, n. 9550; Tribunale Napoli Nord, 28 giugno 2018; Tribunale Velletri, 22 maggio 2018, n. 1247; Appello Milano 10 maggio 2017, n. 2016; Tribunale Pavia 09 marzo 2017 n. 2475; Tribunale Roma sez. XIII 23 febbraio 2017; Tribunale Pavia 20 gennaio 2017).

b) Secondo altra tesi, attualmente seguita dalla Cassazione, invece, **la condizione di procedibilità deve intendersi soddisfatta anche quando sia tenuto solo il primo incontro di mediazione senza accordo** (Cass. civile, sez. II, 26 aprile 2022, n.13029; Tribunale Pordenone, 07 dicembre 2020, n. 647; Appello Napoli, 29 settembre 2020, n. 3227; Appello Ancona, 20 novembre 2019 n. 1554; Cass. civile, sez. III, 05 luglio 2019, n. 18068; Cass. civile, sez. III, 27 marzo 2019 n. 8473).

Ad avviso di chi scrive **deve senz'altro optarsi per quest'ultima tesi**, tenuto conto che, come si è detto, **sia il vecchio art. 5, c. 2 bis**, D.Lgs. n. 28/2010 **sia il nuovo art. 5, c. 4**, D.Lgs. n. 28/2010 (dettato nell'ambito della «mediazione obbligatoria», ma applicabile sia alla «mediazione demandata» sia alla «mediazione su clausola contrattuale o statutaria» in forza dell'espresso rinvio previsto, rispettivamente, dall'art. 5-quater, c. 2 e dall'art. 5-sexies, c. 1), prevedono che quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, **«la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo»**

Secondo una tesi rigorosa, poi, la mancata partecipazione della parte che vi è onerata (avendo proposto la domanda giudiziale) al primo incontro dinanzi al mediatore comporterebbe l'improcedibilità della domanda giudiziale, mentre nel caso di mancata partecipazione della controparte saranno applicate, secondo le circostanze, le sanzioni di cui all'art. 8, comma 4 bis e, con la riforma del 2022, di cui al nuovo art. 12-bis D.Lgs. n. 28/2010 (cfr. Tribunale Napoli, 18 maggio 2020 n. 3514; Tribunale di Verona, 26 novembre 2019 n. 2642; forse la stessa Cass. civile, sez. III sentenza 27 marzo 2019 n. 8473 sopra citata intendeva ciò).

Ad avviso di chi scrive, **tale tesi non può essere condivisa**, tenuto conto dei rilievi che seguono:

- In primo luogo, sia il vecchio art. 5, c. 2 bis, sia il nuovo art. 5, c. 4, D.Lgs. n. 28/2010 prevedono che quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, *«la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo»*.
- In secondo luogo, la conseguenza dell'improcedibilità della domanda giudiziale per mancata partecipazione di una parte al primo incontro dinanzi al mediatore non si concilia con la previsione delle sanzioni previste dall'art. 8, c. 4 bis, D.Lgs. n. 28/2010 proprio per il caso della mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione. E con la riforma del 2022, in termini ancora più evidenti, la conseguenza dell'improcedibilità della domanda giudiziale per mancata partecipazione di una parte al primo incontro dinanzi al mediatore non si concilia con la previsione delle sanzioni previste dal nuovo art. 12-bis D.Lgs. n. 28/2010 proprio per il caso della *«mancata partecipazione al primo incontro senza giustificato motivo al procedimento di mediazione»*.
- In terzo luogo, né l'art. 5, c. 2 bis (e, con la riforma del 2022, il nuovo art. 5, c. 4), né l'art. 8, c. 4 bis (e, con la riforma del 2022, il nuovo art. 12-bis) distinguono tra parte onerata o meno.



Nel regime previgente alla riforma del 2022 la S.C. aveva chiarito che, ai sensi dell'art. 5, c. 1-bis, del D.Lgs. n. 28/2010, l'improcedibilità della domanda per omesso esperimento del tentativo di mediazione dev'essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza, ma ove ciò non avvenga - e va rimarcato che nell'ipotesi in cui l'improcedibilità non sia stata eccepita tempestivamente dalla parte e nemmeno tempestivamente rilevata dal giudice di primo grado, la parte che impugna e il giudice di appello non possono rilevarla, non trattandosi di eccezione rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio - il giudice d'appello può disporre solo la mediazione delegata, ma non vi è obbligato, neanche nelle materie indicate dallo stesso articolo, atteso che in grado d'appello l'esperimento della mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda, solo quando è disposta discrezionalmente dal giudice, ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del ricordato decreto legislativo (cfr. Cass. civile, sez. III, 13 maggio 2021 n. 12896; Cass. civile, sez. III, 10 novembre 2020, n. 25155; Cass. civile, sez. III, 13 dicembre 2019 n. 32797).

Sempre nel regime previgente, si era affermato che nel caso della mediazione obbligatoria il giudice non può limitarsi ad emettere una sentenza in rito di improcedibilità dell'azione ma deve, prima di tutto, assegnare contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione ex art. 5, c. 1 bis (cfr. Trib. Siena, 10 settembre 2019 n. 879, in *Redazione Giuffrè* 2020; Trib. Arezzo, 06 luglio 2018, n. 711 in *Redazione Giuffrè*, 2018; Trib. Bologna, 05 giugno 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018).

Il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7), in attuazione della Legge delega n. 206/2021, ha **eliminato la previsione del predetto termine di 15 giorni**; peraltro, i predetti principi giurisprudenziali enunciati poc'anzi ben possono essere adattati alla nuova disciplina dettata dall'art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 28/2010, dovendosi quindi ritenere che **il giudice, quando rilevi che la mediazione obbligatoria non sia stata esperita o sia già iniziata ma non conclusa, non possa limitarsi ad emettere una sentenza in rito di improcedibilità dell'azione ma debba appunto semplicemente fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6 e soltanto a tale udienza, ove accerti che la condizione di procedibilità non sia stata soddisfatta, debba dichiarare l'improcedibilità della domanda giudiziale.**

La Cassazione ha chiarito che, **affinché possa intendersi rispettata la condizione di procedibilità è necessario che vi sia esatta corrispondenza fra il *petitum* e la *causa petendi* dell'istanza di conciliazione e quelli della successiva domanda, azionata innanzi al giudice ordinario**; il giudice è chiamato ad accertare sia l'esatta corrispondenza, dal punto di vista soggettivo, fra i soggetti dell'azione giudiziale e della conciliazione stragiudiziale, che, dal punto di vista oggettivo, fra le domande presentate innanzi al giudice e quelle indicate in sede di conciliazione (cfr. Cassazione civile sez. III, 25 luglio 2022, n. 23072).



Sull'accesso alla mediazione, il vecchio art. 4, c. 1 prevedeva: *1. La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del deposito dell'istanza.*

Il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7), ha eliminato la predetta previsione, sostituendola con il seguente **nuovo art. 4, c. 1**, D.Lgs. n. 28/2010 e prevedendo **l'espressa derogabilità della competenza dell'organismo su accordo delle parti**:

1. La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è depositata da una delle parti presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda. La competenza dell'organismo è derogabile su accordo delle parti. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del deposito dell'istanza di mediazione.

Ma quali erano e (con la riforma del 2022) saranno le conseguenze della presentazione della domanda di mediazione demandata (od obbligatoria) ad organismo incompetente (al di fuori della nuova ipotesi della deroga su accordo delle parti) ?

Per un verso, la mancata presentazione di controparte sarebbe giustificata ai sensi dell'art. 8 D.Lgs. n. 28/2010 e, con la riforma del 2022, del nuovo l'art. 12 bis ma, per altro verso, sarebbe possibile in giudizio sollevare l'eccezione di improcedibilità: secondo l'orientamento di buona parte della giurisprudenza, infatti, la domanda di mediazione presentata unilateralmente dinanzi ad un organismo che non ha competenza territoriale non produce alcun effetto (cfr. in tal senso: Tribunale Torino, Sez. Prima Civile, 19 giugno 2022 n. 2577 in *www.101mediatori.it* ; Tribunale di Foggia 19 luglio 2021 n. 1831). Tale competenza territoriale, infatti, è derogabile solo su accordo delle parti, che possono rivolgersi, con domanda congiunta, ad altro Organismo (cfr. in tal senso: Tribunale Torino, Sez. Prima Civile, 19 giugno 2022 n. 2577 in *www.101mediatori.it*; Tribunale di Foggia 19 luglio 2021 n. 1831; Tribunale Ragusa, n. 496/2020; Tribunale Napoli, 14 marzo 2016; Tribunale Mantova, sez. II, n. 1049/2015; Tribunale Milano, 26 febbraio 2016; Tribunale Milano, sez. IX, 29/10/2013; Cass. civile n. 17480/2015).



Il vecchio **art. 8, c. 1**, D.Lgs. n. 28/2010 prevedeva, tra l'altro, che al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, *«le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato.»* ed anche il vecchio l'**art. 5, c. 1 bis**, D.Lgs. n. 28/2010, **prevedeva espressamente l'assistenza dell'avvocato nella mediazione obbligatoria.**

Il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7), in attuazione della Legge delega n. 206/2021, ha previsto **l'assistenza dell'avvocato nella mediazione obbligatoria e nella mediazione demandata nel nuovo art. 8, commi 5 e 6**, D.Lgs. n. 28/2010:

5. Nei casi previsti dall'articolo 5, comma 1, e quando la mediazione è demandata dal giudice, le parti sono assistite dai rispettivi avvocati.

6. Al primo incontro, il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione. Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse. Del primo incontro è redatto, a cura del mediatore, verbale sottoscritto da tutti i partecipanti.



Nel regime previgente alla riforma del 2022 si è discusso se la parte possa delegare a partecipare alla mediazione un terzo e, in particolare, il proprio avvocato nella sua doppia veste di legale e di procuratore speciale della parte:

a) La tesi che prevaleva nella giurisprudenza di merito (precedente alle pronunce della Cassazione *infra* citate) ammetteva la possibilità per la parte di farsi rappresentare nel procedimento mediatorio da un procuratore speciale, ma escludeva che la procura speciale potesse essere conferita al difensore.

b) Altra tesi reputava possibile che l'avvocato cumulasse la posizione di difensore e di procuratore speciale della parte sostanziale (cfr. Cass. civile, sez. II, 26 aprile 2022, n.13029; Cass. civile, sez. III, 27 marzo 2019 n. 8473), affermandosi quanto segue: la partecipazione al primo incontro non comporta che si tratti di attività non delegabile, per cui deve ammettersi la possibilità di delegare ad un terzo il potere sostanziale di partecipare al procedimento (e quindi di conciliare la lite); la partecipazione pertanto può essere oggetto di delega la quale, mancando una previsione espressa, può essere effettuata anche a favore del proprio difensore; in tal caso, tuttavia, affinché la delega sia valida, la parte deve conferire tale potere al difensore mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto; e non integrano i necessari requisiti né la procura alle liti, ancorché in forma di procura notarile né la procura autenticata dal difensore, poiché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore.

Il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7), in attuazione della Legge delega n. 206/2021, ha quindi previsto quanto segue al **nuovo art. 8, comma 4**, D.Lgs. n. 28/2010: «*4. Le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione. In presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia. I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia. Ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale.*»

Relazione illustrativa: il c. 4 stabilisce che le parti, in linea di principio, sono tenute a partecipare personalmente alla procedura di mediazione ma, in presenza di giustificati motivi, possono delegare un proprio rappresentante, a condizione che sia informato sui fatti e che sia munito dei poteri per conciliare la lite. Tale possibilità è solo in apparente contrasto con il principio di partecipazione effettiva e attiva alla procedura in quanto rappresenta, invece, un ulteriore strumento partecipativo utilizzabile da chi, per varie ragioni (ad esempio salute, età, impegni inderogabili concomitanti con gli incontri fissati dal mediatore) non potrebbe partecipare di persona agli incontri fissati dal mediatore rischiando di far fallire la mediazione ovvero di prolungarne eccessivamente la durata. L'espressa previsione della possibilità di partecipare mediante un delegato ha reso necessario stabilire in modo chiaro che il mediatore deve verificare la sussistenza dei poteri rappresentativi delle persone comparse davanti a lui e darne atto a verbale.

Con la riforma del 2022, sembra peraltro doversi escludere che tale rappresentante possa essere il difensore della parte, tenuto conto delle citate previsioni dettata all'art. 8, commi 5 e 6.

In giurisprudenza si era chiarito che la partecipazione al procedimento di mediazione demandata è obbligatoria per legge anche se **una parte è una P.A.**, avendo quest'ultima gli stessi oneri ed obblighi di qualsiasi altro soggetto (Tribunale Roma, 26 novembre 2018, in *Redazione Giuffrè* 2018).

Il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7) ha inserito l'**art. 11-bis** nel D.Lgs. n. 28/2010, che disciplina come segue l'**Accordo di conciliazione sottoscritto dalle amministrazioni pubbliche**: «*1. Ai rappresentanti delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che sottoscrivono un accordo di conciliazione si applica l'articolo 1, comma 01.bis della legge 14 gennaio 1994, n. 20*», inserito dal medesimo D.Lgs. n. 149/2022, qui di seguito richiamato: «*1-01.bis. In caso di conclusione di un accordo di conciliazione nel procedimento di mediazione o in sede giudiziale da parte dei rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, la responsabilità contabile è limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti.*»

Infine, il D.Lgs. n. 149/2022 ha anche inserito il seguente **comma 4** all'**art. 12-bis**: «*4. Quando provvede ai sensi del comma 2, il giudice trasmette copia del provvedimento adottato nei confronti di una delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti, e copia del provvedimento adottato nei confronti di uno dei soggetti vigilati all'autorità di vigilanza competente.*»

Sono previste varie **conseguenze della mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo** che, in realtà, mirano a **stimolare l'effettiva partecipazione al procedimento stesso**.

1) Una prima conseguenza della mancata partecipazione senza giustificato motivo è costituita dagli **argomenti di prova ex art. 116, comma 2, c.p.c.**:

§ L'art. 8, comma 4 bis, parte prima, D.Lgs. n. 28/2010 prevedeva che «*Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.*»

§ Il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7) ha sostanzialmente ribadito la predetta previsione al nuovo art. 12-bis D.Lgs. n. 28/2010 rubricato «**Conseguenze processuali della mancata partecipazione al procedimento di mediazione**»), prevedendo al comma 1 quanto segue: «*1. Dalla mancata partecipazione al primo incontro senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.*»

§ Dunque, a differenza della precedente formulazione, la norma fa specifico riferimento alla mancata partecipazione **al primo incontro** senza giustificato motivo.

§ Tale conseguenza deve ritenersi **applicabile a tutte e quattro le ipotesi di mediazione**.

§ Dunque, **il giudice può innanzitutto desumere argomenti di prova ex art. 116 comma 2 c.p.c. nel successivo giudizio** (cfr. in tal senso: Tribunale Foggia sez. V, 21 luglio 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018), ciò che invece non può fare dalla contumacia giurisdizionale.

§ Se la parte non partecipa alla mediazione, **il processo andrà quindi avanti e dovrà concludersi con una pronuncia di merito, nell'ambito del quale l'assenza dell'attore o del convenuto sarà valutabile come argomento di prova contro l'assente**; l'assenza all'incontro di mediazione è, dunque, punita non con l'improcedibilità, bensì con le sanzioni di cui all'art. 8, comma 4 bis D.lgs. 28/2010 (cfr. in tal senso: Tribunale Napoli, 21 maggio 2021 n. 4823 in *Redazione Giuffrè* 2021) e, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 149/2022), di cui all'art. 12-bis, c. 1.

§ Si è sottolineato che **equivarrebbe a tradire l'intento del legislatore svalutare la portata di tale norma** considerandola una mera e quasi irrilevante appendice nel corredo dei mezzi probatori istituiti dall'ordinamento (Trib. Roma 29 maggio 2017, in *Redazione Giuffrè* 2017). In ogni caso, si ritiene che **la mancata comparizione della parte regolarmente convocata davanti al mediatore costituisce di regola elemento integrativo e non decisivo a favore della parte chiamante**, per l'accertamento e la prova di fatti a carico della parte chiamata non comparsa (Tribunale Roma, 29 maggio 2017, in *Redazione Giuffrè* 2017) ma, comunque, **concorre alla valutazione del materiale probatorio** già acquisito (Trib. Roma 28 novembre 2016, in *Redazione Giuffrè* 2017 .

2) Una seconda conseguenza della mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo e che, in realtà, mira anch'essa a stimolare l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione, è costituita dalla **condanna della parte al versamento a favore dello Stato di una somma (attualmente) corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio.**

§ L'art. 8, c. 4 bis, parte seconda, D.Lgs. n. 28/2010, infatti, prevedeva che «*Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.*» Era dunque applicabile alla mediazione obbligatoria, delegata e concordata e, quindi, non anche alla mediazione facoltativa (prevista dall'art. 2).

§ Il D.Lgs. n. 149/2022 ha rinforzato la predetta previsione al **nuovo art. 12-bis, comma 2**, D.Lgs. n. 28/2010, del seguente tenore: «**2. Quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità, il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio.**» Dunque, a differenza della precedente formulazione, la norma prevede la condanna al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al **doppio** del contributo unificato dovuto per il giudizio.

(Segue):

§ Il riferimento alle ipotesi in cui «*la mediazione costituisce condizione di procedibilità*» conferma l'**applicabilità della norma alla mediazione obbligatoria, demandata e concordata** e non anche alla mediazione facoltativa.

§ La lettera della citata disposizione, in virtù dell'uso da parte del legislatore del tempo indicativo presente, induce a ritenere **obbligatoria la pronuncia di condanna in questione ogniqualvolta la parte che non ha correttamente partecipato al procedimento non sia comparsa senza giustificato motivo** (non fornendo una idonea giustificazione alla propria condotta).

§ Inoltre, **l'irrogazione della sanzione pecuniaria prescinde del tutto dall'esito del giudizio** (cfr. in tal senso: Tribunale Vasto, 09 aprile 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Tribunale Mantova sez. I 14 giugno 2016, in *Redazione Giuffrè* 2016).

§ L'irrogazione della sanzione pecuniaria non sarebbe necessariamente subordinata alla decisione del merito della controversia e, dunque, ben potrebbe essere irrogata anche alla prima udienza o, comunque, in un momento temporalmente antecedente rispetto alla pronuncia del provvedimento che definisce il giudizio (cfr. in tal senso: Tribunale Vasto, 09 aprile 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018).

3) Altra conseguenza della mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo è stata affermata nella giurisprudenza di merito, con riguardo all'**eventuale condanna della parte per responsabilità aggravata ex art. 96, comma 3, c.p.c.** (cfr. in tal senso: Tribunale Roma, 25 maggio 2020 in *Redazione Giuffrè* 2020; Tribunale Biella 22 giugno 2018; Tribunale Torino 18 gennaio 2017 n. 214; Tribunale Roma, 28 settembre 2017, in *GiustiziaCivile.com*, 12 GIUGNO 2018; Tribunale Roma 04 aprile 2016 in *Redazione Giuffrè* 2016; Tribunale Roma 17 dicembre 2015 in *Redazione Giuffrè* 2016).

§ Secondo tale orientamento, infatti, il volontario ed ingiustificato rifiuto di aderire ad un ordine del giudice civile, legittimamente dato, andrebbe sempre considerato grave ed infatti l'ordinamento prevede rimedi, sanzioni e deterrenti di variegata natura e contenuto, a carico della parte renitente per il convergente e necessario fine che l'ordine non rimanga *telum imbelle sine ictu* e venga in tal modo, in maggiore o minore misura, intralciato e sabotato il buon governo della causa da parte del giudice (cfr. in tal senso: Tribunale Roma sez. XIII 17 dicembre 2015, in *Redazione Giuffrè* 2016 sopra citata).

§ E sarebbe applicabile a tutte e quattro le ipotesi di mediazione.

4) L'art. 12-bis, comma 3, D.Lgs. n. 28/2010 (introdotto dal D.Lgs. n. 149/2022) prevede questa ulteriore conseguenza della mancata partecipazione al procedimento di mediazione e che, in realtà, mira ancora una volta stimolare l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione:

«3. Nei casi di cui al comma 2, con il provvedimento che definisce il giudizio, il giudice, se richiesto, può altresì condannare la parte soccombente che non ha partecipato alla mediazione al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione.»

§ Come si legge nella **relazione illustrativa**, il comma 3 prevede che, nei casi di cui al comma 2, su istanza di parte, con il provvedimento che definisce il giudizio, il giudice possa altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese di lite maturate dopo la infruttuosa conclusione del procedimento di mediazione, dovuta alla mancata partecipazione della medesima parte soccombente.

5) Si deve anche richiamare il **nuovo l'art. 12-bis, comma 4**, D.Lgs. n. 28/2010 (introdotto dal D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7) del seguente tenore letterale: «*4. Quando provvede ai sensi del comma 2, il giudice trasmette copia del provvedimento adottato nei confronti di una delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti, e copia del provvedimento adottato nei confronti di uno dei soggetti vigilati all'autorità di vigilanza competente.*»

§ Come si legge nella **relazione illustrativa**, il comma 4 prevede una speciale conseguenza processuale connessa all'ingiustificata partecipazione alla procedura di mediazione da parte delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165 o da parte di soggetti sottoposti a un'autorità di vigilanza.

In tali ipotesi il giudice segnala la mancata partecipazione, nel primo caso, al pubblico ministero presso la Corte dei conti e nel secondo caso, all'autorità di vigilanza.

Tale segnalazione consente l'eventuale adozione, nei confronti dei soggetti che ingiustificatamente hanno omesso di coltivare una procedura di mediazione obbligatoria, di eventuali sanzioni connesse al danno che tale comportamento possa avere causato all'amministrazione o al soggetto vigilato.

- Ma cosa deve intendersi per «**giustificato motivo**» alla mancata partecipazione al primo incontro?

§ In giurisprudenza si è affermato che la mancata partecipazione al primo incontro di mediazione, se non fondata su un giustificato motivo impeditivo che abbia i **caratteri dell'assolutezza e della non temporaneità o su un dissenso consapevole, informato e motivato**, equivalga ad assenza ingiustificata nonostante la preventiva comunicazione delle ragioni della decisione di non prendervi parte (cfr. in tal senso: Tribunale Vasto 06 dicembre 2016 in *Foro it.* 2017, 3, I, 1091).

§ Quindi, la condotta della parte che non si reca al primo incontro di mediazione e **si limita a rappresentare per iscritto all'organismo di mediazione la decisione di non partecipare allo stesso, eventualmente anche illustrandone le ragioni, va interpretata alla stregua di una assenza ingiustificata della parte invitata**, che la espone al rischio di subire le conseguenze sanzionatorie, sia sul piano processuale che su quello pecuniario, previste dall'art. 8, c. 4 bis, del D.lgs. n. 28/2010 e, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 149/2022, dall'art. 12-bis; questo perché, nello spirito della norma che disciplina lo svolgimento del procedimento di mediazione, la partecipazione delle parti rappresenta una condotta assolutamente doverosa, che le stesse non possono omettere, se non in presenza di un giustificato motivo impeditivo che abbia i caratteri della absolutezza e della non temporaneità (cfr. in tal senso: Tribunale Vasto 12 dicembre 2016, in *Redazione Giuffrè* 2017).

(Segue:)

§ Tuttavia, secondo la **Corte giustizia UE**, la direttiva 2013 novembre UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), dev'essere interpretata nel senso che essa **osta a una normativa nazionale**, come quella di cui al procedimento principale, **la quale prevede che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori possano ritirarsi da una procedura di mediazione solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione**; infatti, l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2013 impone agli Stati membri di garantire che le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura (cfr. in tal senso: Corte giustizia UE sez. I, 14 giugno 2017 n. 75). Sul punto, si è quindi affermato che *«nella procedura di mediazione obbligatoria promossa da un consumatore nei confronti di un professionista ai sensi della direttiva Ue 2013/11 sull'Adr dei consumatori, il consumatore può adire l'organismo della mediazione senza l'assistenza dell'avvocato e può, dopo il primo incontro, ritirarsi anche in assenza di un giustificato motivo senza subire conseguenze pregiudizievoli»* (cfr. in tal senso: Tribunale Verona sez. III, 28 settembre 2017, *in Foro it.* 2018).

- Naturalmente, **il giudice deve poter esaminare il verbale di mediazione**, sia al fine di valutare l'avveramento o meno della condizione di procedibilità, sia al fine di valutare le altre eventuali conseguenze previste dall'art. 8 D.Lgs. n. 28/2010 e, con l'entrata in vigore della riforma del 2022, dall'art. 12, bis D.Lgs. n. 28/2010.

La mediazione demandata nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo

- Una tormentata questione, poi definitivamente risolta dalla Riforma del 2022, atteneva al procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, dovendosi stabilire **a chi spettasse l'onere di promuovere la mediazione (obbligatoria o delegata) dopo la pronuncia dei provvedimenti previsti dagli artt. 648 o 649 c.p.c.**
- Invero, già il **previgente art. 5, 4° c., lett. a)**, D.Lgs. n. 28/2010 prevedeva che i commi 1-bis e 2 non si applicano *«a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione»*
- Con la riforma del 2022, il **novellato art. 5, comma 6**, D.Lgs. n. 28/2010 prevede a sua volta che *«Il comma 1 e l'articolo 5-quater non si applicano: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.»*
- Ai sensi delle citate norme, il procedimento di mediazione non è obbligatorio (quindi non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale), tra gli altri, nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, per cui l'onere di attivazione del procedimento di mediazione viene a sussistenza soltanto dopo che il giudice si sia pronunciato su l'una o l'altra di tali istanze (Tribunale Catania, 05 settembre 2019, n. 3580 in *Redazione Giuffrè* 2019; Tribunale Prato, 18 luglio 2011 in *Giur. di Merito* 2012, 5, 1082)

■ Ciò chiarito, posto che il mancato esperimento della mediazione comporta l'improcedibilità della domanda giudiziale, era discusso in dottrina e giurisprudenza **chi avesse l'onere di promuovere la mediazione e, quindi, interesse ad evitare la declaratoria di improcedibilità, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo**. Precisamente, si poneva il problema se, nel caso dell'opposizione a decreto ingiuntivo, l'improcedibilità dovesse intendersi riferita all'azione originariamente proposta dal creditore con il ricorso per ingiunzione sfociato nell'emanazione del decreto ingiuntivo poi opposto o se, invece, dovesse intendersi riferita all'azione proposta dal debitore ingiunto. Nel primo caso doveva ritenersi privato di efficacia il decreto ingiuntivo emesso, mentre nel secondo caso, al contrario, l'improcedibilità dell'azione proposta dall'opponente portava al definitivo ed irrimediabile consolidarsi del decreto ingiuntivo.

a) Secondo una prima tesi, **l'improcedibilità doveva intendersi riferita all'azione proposta dal debitore ingiunto opponente con l'atto di citazione in opposizione, con conseguente passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo opposto** (cfr., ex multis: Cass. civile, sez. VI, 16 settembre 2019, n. 23003; Cass. civile, sez. III, 3 dicembre 2015 n. 24629).

b) Secondo altra tesi, seguita dalle Sezioni Unite della S.C. e dalla Cassazione successiva, **l'improcedibilità doveva intendersi riferita all'azione originariamente proposta dal creditore con il ricorso per ingiunzione sfociato nell'emanazione del decreto ingiuntivo poi opposto, con conseguente inefficacia e revoca del decreto ingiuntivo** (cfr.: Cass. civile sez. II, 11 aprile 2022, n.11598; Cass. civile, sez. III, 13 maggio 2021, n. 12896; Cass. civile, sez. VI, 22 marzo 2021 n. 8015; Cass. civile, sez. III, 08 gennaio 2021 n. 159; **Cass. civile, Sezioni Unite, 18 settembre 2020, n. 19596**: «*Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi del D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 1-bis, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo*»).

- Anteriormente alla Riforma del 2022, era sorto il dubbio su come dovesse regolarsi il giudice nel caso in cui **alla prima udienza la parte convenuta opposta avesse esplicitamente o implicitamente rinunciato a domandare la concessione della provvisoria esecuzione ex art. 648 c.p.c. o la parte attrice opponente avesse esplicitamente o implicitamente rinunciato a domandare la sospensione della provvisoria esecuzione ex art. 649 c.p.c.**

Ad avviso di chi scrive, alle ipotesi previste dall'art. 5, comma 4 (ora comma 6), lettera a), D.Lgs. n. 28/2010 (ai sensi del quale «4. *I commi 1-bis e 2 non si applicano: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione*») doveva logicamente equipararsi il caso in cui la parte convenuta opposta avesse esplicitamente o implicitamente rinunciato a domandare la concessione della provvisoria esecuzione ex art. 648 c.p.c. che, del resto, può essere disposta soltanto «*in prima udienza*» (cfr. art. 648, comma 1, c.p.c.) o la parte attrice opponente avesse esplicitamente o implicitamente rinunciato a domandare la sospensione della provvisoria esecuzione ex art. 649 c.p.c., con conseguente necessità di assegnare alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e di fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6 D.Lgs. n. 28/2010.

- La Legge delega n. 206/2021 ha previsto «*d) individuare, in caso di mediazione obbligatoria nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, la parte che deve presentare la domanda di mediazione, nonché definire il regime del decreto ingiuntivo laddove la parte obbligata non abbia soddisfatto la condizione di procedibilità*» (cfr. art. 1, comma 4, lettera d, della Legge n. 206/2021).

- Il D.Lgs. n. 149/2022 (all'art. 7), in attuazione della Legge delega n. 206/2021, ha definitivamente risolto la questione, introducendo il seguente **nuovo art. 5-bis** D.Lgs. n. 28/2010 che, sotto la rubrica «**Procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo**», dispone testualmente quanto segue:
 1. *Quando l'azione di cui all'articolo 5, comma 1, è stata introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo, nel procedimento di opposizione l'onere di presentare la domanda di mediazione grava sulla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo. Il giudice alla prima udienza provvede sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione se formulate e, accertato il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. A tale udienza, se la mediazione non è stata esperita, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, revoca il decreto opposto e provvede sulle spese.*

- La riforma del 2022 ha dunque optato per la predetta tesi seguita da Cassazione civile, Sezioni Unite, con la citata Sentenza 18 settembre 2020, n. 19596. Peraltro, il riferimento dell'art. 5-bis D.Lgs. n. 28/2010 alla sola «mediazione obbligatoria», confermata dalla relazione illustrativa, potrebbe lasciare aperto il problema per le controversie non soggette a mediazione obbligatoria, ma in relazione alle quali il Giudice abbia disposto la «mediazione demandata».
- Il nuovo art. 5-bis D.Lgs. n. 28/2010 ha opportunamente chiarito che il giudice alla prima udienza provvede sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione «*se formulate*», risolvendo il dubbio su come dovesse regolarsi il giudice nel caso in cui alla prima udienza cui la parte convenuta opposta avesse esplicitamente o implicitamente rinunciato a domandare la concessione della provvisoria esecuzione ex art. 648 c.p.c. o la parte attrice opponente avesse esplicitamente o implicitamente rinunciato a domandare la sospensione della provvisoria esecuzione ex art. 649 c.p.c.

- Come si legge nella **relazione illustrativa**, nei casi di mediazione obbligatoria, quando il procedimento è iniziato nelle forme del ricorso per decreto ingiuntivo, rispetto alle quali non vige la regola della improcedibilità che opera, invece, solo nell'eventuale fase di opposizione, è stata individuata la parte tenuta a soddisfare la condizione di procedibilità. Si prevede che quando una delle azioni previste dall'art. 5, comma 1, è proposta con ricorso monitorio, in caso di opposizione al decreto ingiuntivo, l'onere di avviare la procedura di mediazione grava sulla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo. La conseguenza processuale a carico della parte che non adempie a tale onere consiste, ove il giudice ne verifichi l'inerzia, nella declaratoria di improcedibilità della domanda proposta in sede monitoria e nella conseguente revoca del decreto ingiuntivo opposto e liquidazione delle spese. Si è inoltre previsto, per scongiurare problemi interpretativi, che in tali ipotesi il giudice possa procedere al rilievo di improcedibilità (entro la prima udienza) solo dopo avere provveduto, se tale richiesta è stata formulata entro la prima udienza, sulle istanze di adozione dei provvedimenti provvisori di cui agli articoli 648 e 649 del codice di procedura civile sulla provvisoria esecutorietà del decreto opposto.

La mediazione demandata in grado di appello

- Laddove la mediazione sia demandata in appello e non venga poi effettuata, la tesi maggioritaria ritiene che l'improcedibilità concerna il giudizio di secondo grado (e, precisamente, sia l'appello principale sia l'appello incidentale) e non la domanda azionata in primo grado.

In altre parole, nel caso di mediazione disposta nel giudizio di appello ai sensi dell'art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 28/2010 e, a seguito della riforma del 2022, ai sensi dell'art. 5-quater, la locuzione «*improcedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello*», non può che intendersi nel senso di improcedibilità dell'appello, con le indicate conseguenze di legge (cfr. in tal senso: Tribunale Firenze 13 ottobre 2016, in *Redazione Giuffrè* 2016).

Grazie mille per l'attenzione !