

La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano

Edizione 2014

di GIUSEPPE BUFFONE

INDICE

- 1. Ruolo e importanza della mediazione demandata o disposta dal giudice**
- 2. Mediazione su invito del giudice e mediazione ex officio**
- 3. Il progetto dell'Osservatorio per la Giustizia Civile di Milano**
 - 3.1. Il consenso alla mediazione prestato dall'Avvocato**
 - 3.2. La scelta dell'organismo**
 - 3.3. L'adesione all'invito del giudice**
- 4. Mediazione e proposta del giudice ex art. 185-bis c.p.c.**
- 5. Esperienze Europee (cenni)**
- 6. Verso un modello di «giudice virtuoso»**

1. RUOLO E IMPORTANZA DELLA MEDIAZIONE DEMANDATA DAL GIUDICE

I processualisti sovente paragonano il processo civile ad un organismo vivente, se non altro per sottoporre ad analisi critica quelle disfunzioni individuate come vere e proprie patologie. In effetti, proprio come un organismo biologico, anche il processo civile – per la sopravvivenza - abbisogna di un efficace sistema omeostatico e, cioè, di meccanismi che gli consentano di adeguarsi alle variazioni in atto, garantendo un certo grado di adattabilità in ragione della interazione dinamica con l’ambiente esterno. Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie si inscrivono nell’ambito dei meccanismi sopra indicati in quanto consentono di alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari, così apportando un importante contributo nei lavori (quanto mai attualmente vitali) intesi a garantire il raggiungimento degli obiettivi di efficienza ed efficacia del sistema pubblico di risoluzione delle controversie, ormai in cima alle priorità dell’agenda parlamentare. Favorire gli “strumenti alternativi per la risoluzione delle dispute” e, dunque, i procedimenti alternativi di giustizia, non equivale a «privatizzare» il monopolio dello Stato nell’opera di distribuzione dei torti e delle ragioni ma significa offrire ai litiganti la possibilità di definire in via amichevole, una controversia tra loro insorta o *insorgenda* su diritti disponibili. Le A.D.R., infatti, non si sostituiscono al potere del giudice di decidere la *res litigiosa* ma realizzano la volontà degli aventi Diritto di definire per via pattizia il loro conflitto. Peraltro, dove l’arbitro tenuto alla decisione su volontà delle parti, sia dotato di specifiche competenze, professionalità e della *ars mediandi*, non è affatto sostenibile che l’esito del procedimento mediativo sarà meno “giusto” dello sbocco del processo giurisdizionale, in quanto il «mediatore non è un giudice tanto quanto il giudice non è un mediatore».

Sarebbe tutt’al più sostenibile che una anche minima collaborazione tra il giudice e il mediatore potrebbe “favorire” lo sviluppo decisionale più «giusto» per la lite, in termini di qualità della soluzione compositiva della controversia, entro le variabili del tempo e dei costi. Un simile meccanismo, però, in realtà esiste: si tratta dell’istituto della *Court Annexed Mediation*, in cui la volontà delle parti in lite di rivolgersi al mediatore si forma dopo che il procedimento giurisdizionale è stato attivato, in conseguenza del sollecito del magistrato che formula una sorta di «invito» alla mediazione o «dispone» l’esperimento di un tentativo di conciliazione. Il provvedimento giudiziale che fa da tramite fra processo e mediazione è espressione dell’atteggiamento del giudice di protezione dell’interesse comune delle parti, messo in ombra dallo scontro dei singoli e contrapposti interessi egoistici: l’interesse condiviso alla composizione bonaria del conflitto.

L’intervento del giudice è allora un richiamo alle parti affinché il “litigare” non diventi il motivo del processo facendo loro dimenticare gli specifici interessi che li hanno spinti a confrontarsi nel conflitto, al di là delle formali posizioni di attore e convenuto. Sotto questo aspetto, la presa di posizione del magistrato non è solo un suggerimento autorevole a comporre la lite mediante accordo ma anche un “monito”; non perché il giudice anticipi il giudizio (quanto non gli è certo consentito) ma perché, ritenendo utile per le stesse la soluzione bonaria, può avere già tenuto conto di tutte le variabili del procedimento e selezionato/valutato la eventuale conciliazione come sbocco della *res litigiosa* di maggiore soddisfazione per tutti i soggetti coinvolti.

Sussunta sotto la volta dei principi sin qui illustrati, la mediazione disposta su provvedimento o invito del giudice ben può essere giudicata come espressione del diritto del destinatario del Servizio Pubblico di Giustizia a potere beneficiare della procedura di risoluzione amichevole della lita. L’istituto, cioè, riconosce il diritto del litigante alla possibilità di sperimentare il tentativo di mediazione e, nel riconoscere questa situazione giuridica soggettiva, conferisce al giudice il potere di farsi veicolo per valorizzare e sfruttare la potenzialità di composizione bonaria della vertenza.

L’istituto della mediazione disposta dal giudice ha trovato, originariamente, soggiorno nell’art. 5 comma II del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28: «*il giudice, anche in sede di*

giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione»¹. Si tratta di una previsione normativa rimasta indenne dagli effetti della pronuncia della Corte Costituzionale n. 272 del 27 novembre 2012² che, come noto, ha espunto dall'Ordinamento la mediazione cd. obbligatoria per eccesso di delega legislativa ma successivamente riscritta dello stesso Legislatore in occasione del cd. Decreto del fare. La mediazione tipizzata nella formulazione originaria del dlgs 28/2010 introduceva un potere del giudice di invitare le parti a rivolgersi ad un organismo di mediazione, lasciandole libere di scegliere se aderire o meno al sollecito giudiziale e, in caso di rifiuto, lasciandole indenni da effetti di sfavore nel processo (artt. 88, 106 c.c.), salvo il caso del comportamento in mala fede (per cui, eventualmente, sanzioni ex art. 96 c.p.c.).

La legge 9 agosto 2013 n. 98 (di conversione del d.l. 21 giugno 2013 n. 69), riscrivendo parzialmente il tessuto normativo del d.lgs. 28/2010, ha modificato il «DNA» dell'istituto, procedendo ad una ricombinazione genetica. Espungendo le coordinate normative che conducevano alla mediazione su mero invito del giudice, ha previsto la possibilità per il giudice (anche di appello) di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione (cd. mediazione ex officio). Si tratta di un addentellato normativo che iscrive, in seno ai poteri discrezionali del magistrato, una nuova facoltà squisitamente processuale: trattasi, conseguentemente, di una norma applicabile ai procedimenti pendenti (v. Trib. Milano, 29 ottobre 2013). Peraltro, il fascio applicativo della previsione in esame prescinde dalla natura della controversia (e, cioè, dall'elenco delle materie sottoposte alla cd. mediazione obbligatoria: art. 5 comma I-bis, d.lgs. 28/2010) e, per l'effetto, può ricadere anche su un controversia quale quella in esame, avente ad oggetto il recupero di un credito rimasto insoddisfatto. La «nuova» «mediazione mediata dal giudice» costituisce una forma di mediazione obbligatoria in cui la fonte del procedimento mediativo non è la Legge ma il provvedimento del giudice. Se, dunque, la precedente mediazione su invito del giudice era da inquadrare nell'ambito della mediazione volontaria, la mediazione ex officio va inquadrata nell'ambito della mediazione obbligatoria: mediazione obbligatoria che, peraltro, non è sottoposta al termine di quattro anni istituito dalla riforma (l. 98/2013; v. art. 5, comma I-bis).

Che si tratti di una mediazione decisa dal giudicante, si ricava anche dall'art. 17 comma IV in cui, nella lettera d), la norma discorre di mediazione «*prescritta* dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2». In questo caso l'esperimento del procedimento di

¹ Giudizi valoriali (*favor mediationis*) sono rintracciabili nelle esplicite prese di posizione del Legislatore. In primo luogo, il Parlamento – e ciò dopo la pronuncia della Consulta n. 272/2012 – ha, comunque, regolamentato la mediazione nell'ipotesi in cui una delle parti sia un condominio (v. art. 71-quater disp. att. c.c., introdotto dalla Legge 11 dicembre 2012, n. 220). In secondo luogo, il decreto legge 212/2012 aveva introdotto nel d.lgs. 28/2010 l'art. 5, comma 6-bis prevedendo che il capo dell'ufficio giudiziario adottasse «ogni iniziativa necessaria a favorire l'espletamento della mediazione su invito del giudice»; previsione poi non tradotta in *jus positum* dalla legge di conversione (l. 17 febbraio 2012 n. 10) ma sintomatica delle intenzioni del legislatore di adottare una linea di politica legislativa favorevole alla promozione della mediazione demandata dagli Uffici giudiziari. Il favor per la mediazione è, comunque, esplicitamente manifestato dall'Unione Europea che ha richiamato tutti gli Stati Membri alla attuazione della direttiva 2008/52/CE, anche mediante l'adozione di strumenti di trasposizione virtuosi (v. Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali: 2011/2026-INI).

² Infatti v. Min. Giustizia, Circolare 12 novembre 2012 e, in giurisprudenza, Trib. Lamezia Terme, ordinanza 8 novembre 2012, est. Ianni in www.ilcaso.it

mediazione diventa condizione di procedibilità della domanda giudiziale e, quindi, successivamente al provvedimento che dispone la mediazione, alla prima udienza utile, il giudice potrà verificare che la condizione sopravvenuta si sia avverata e, in difetto, potrà definire il processo dichiarando la improcedibilità della domanda (pronuncia che avendo carattere decisorio va emessa nel provvedimento conclusivo della lite: ad es. la sentenza).

**Mediazione su invito del giudice,
nel testo originario del d.lgs.
28/2010**

Art. 5 comma II.
Fermo quanto previsto dal comma 1 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 invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Mediazione volontaria

**Mediazione su invito del giudice,
nel testo originario del d.lgs.
28/2010, come risultante per
effetto della sentenza della
Consulta n. 272/2012**

Art. 5 comma II
~~Fermo quanto previsto dal comma 1~~ 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 invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Mediazione volontaria

**Mediazione ex officio, nel testo
del d.lgs. 28/2010, come
risultante per effetto della Legge
98/2013**

Art. 5 comma II
-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

Mediazione obbligatoria

Anche per le mediazioni attivate su disposizione del giudice, è vincolante la previsione di cui al novellato art. 4 comma III d.lgs. 28/2010: la domanda di mediazione, pertanto, va presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del

giudice territorialmente competente per la controversia. Ovviamente, trattandosi di norme legate alla mera competenza territoriale, è chiaro che le parti – se tutte d'accordo – possono porvi deroga rivolgendosi, con domanda congiunta, ad altro organismo scelto di comune accordo. E' certamente anche possibile un accordo implicito: come accadrà dove il convenuto si "costituisca" nel procedimento di mediazione, dinanzi all'organismo incompetente adito dall'attore, accettando la procedura senza sollevare eccezioni. In questi casi, però, sarebbe bene che il mediatore desse atto di avere sentito le parti sulla quaestio juris e desse pure atto del fatto che le stesse hanno accettato il tavolo mediativo. La domanda di mediazione presentata unilateralmente dinanzi all'organismo che non ha competenza territoriale non produce effetti, fuori dai casi sopra indicati. Sul punto, si richiamano le efficaci e condivisibili considerazioni svolte dalla Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione, del Consiglio Nazionale Forense (2013).

Ciò vuol dire che il giudice non possa più invitare? In altri termini: che fine fa la «mediazione su invito del giudice»? La mediazione demandata dal giudice, come già si è rimarcato, altro non è se non una forma di mediazione volontaria, veicolata dal suggerimento del magistrato: l'espunzione dell'istituto, pertanto, non esclude e nemmeno limita la facoltà del giudicante di sollecitare una riflessione nei litiganti, mediante invito a rivolgersi spontaneamente ad un organismo di mediazione. Si ricade nell'ambito dei normali poteri di *governance* giudiziale (175 c.p.c.). Né più e né meno di quanto già avviene per il celebre «rinvio per trattative». Pertanto, è sempre possibile – anche oggi – per il giudice invitare le parti al procedimento di mediazione, su scelta volontaria. In questo caso il giudice differirà il processo per consentire ai litiganti di terminare la fase conciliativa e, però, certamente, l'incombente non condiziona la procedibilità del processo³.

3. IL PROGETTO DELL'OSSERVATORIO PER LA GIUSTIZIA CIVILE DI MILANO

L'intentio del legislatore nella direzione di un sistema di Giustizia Civile coadiuvato da meccanismi di ADR è ulteriormente rafforzato dal disegno di Legge approvato dal CDM in data 17 dicembre 2013 (cd. collegato alla Legge di Stabilità 2014). Il Disegno normativo citato prevede - de jure condendo – che nelle controversie in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti ovvero da responsabilità medica e sanitaria, l'espletamento del procedimento di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile costituisca condizione di procedibilità della domanda introduttiva del giudizio di merito (con conseguente esonero dall'obbligo di esperire il procedimento di mediazione a norma dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28). Viene, però, per tale via, estesa ulteriormente la cornice applicativa della giurisdizione condizionata da ADR preliminari in quanto vengono riportate a tale sistema anche le controversie sui sinistri stradali che il Decreto del Fare aveva esonerato dalla mediazione obbligatoria.

Certo è che gli uffici giudiziari hanno evidente opportunità nell'introduzione di prassi virtuose che, profittando della mediazione disposta dal giudice (o su suo invito), prendano di mira l'obiettivo di migliorare il servizio pubblico di Giustizia. Le iniziative volte ad incrementare il ricorso volontario alla mediazione si rivelano allineate ai migliori *standards* europei: basti pensare che, dal 2012, le A.D.R. sono state selezionate dalla CEPEJ (Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa) come uno degli elementi di valutazione del sistema giudiziario.

In questa cornice, il progetto sulla mediazione, avviato dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano va qualificato indubbiamente come «prassi virtuosa», in perfetta sintonia con la politica legislativa per l'anno 2013. E, infatti, il Ministro della Giustizia, con la direttiva del 12 dicembre 2012, definendo per l'anno 2013 gli obiettivi, le priorità i

³ Sia consentito richiamare, in questi termini: BUFFONE, *La ricombinazione genetica della mediazione (in arrivo il decreto del Fare)* in *La Mediazione*, 2013, 7-8, Giuffrè editore

programmi e le direttive generali anche per la Giustizia Civile, ha incoraggiato la diffusione delle migliori esperienze organizzative per migliorare la funzionalità degli uffici giudiziari, perseguendo obiettivi di diminuzione del flusso di entrata della domanda di giustizia, aggredendo gli arretrati. Le basi teoriche del progetto⁴ rispondono ad una interpretazione razionale del testo normativo, prendendo spunto dalle migliori esperienze europee, vicine all'Italia e soprattutto valorizzando l'importanza della sinergica collaborazione tra tutti gli interlocutori interessati, in primis, giudici, avvocati, mediatori.

Il Progetto, ovviamente, cambia anch'esso in parte la Sua morfologia poiché «assorbe» anche la nuova mediazione ex officio. I lavori del progetto, pertanto, non avranno come compito solo quello di sensibilizzare l'utilizzo della mediazione ma, anche, di offrire cornici applicative virtuose attorno alla nuova mediazione ex officio.

Si è detto che la mediazione su invito del giudice “non scompare” ma, anzi, resta nell'ambito dei poteri di governance giudiziale. E', allora, utile ricordare quali siano i tasselli applicativi di questo istituto, riesumabile per via interpretativa dalle sue ceneri.

3.1. Il consenso alla mediazione prestato dall'Avvocato.

Nel caso in cui il giudice scelga di suggerire alle parti di iniziare una mediazione volontaria, l'adesione all'invito costituisce una estrinsecazione del potere di cui all'art. 84, comma I, c.p.c.: in tal senso, quando la parte sta in giudizio col ministero del difensore, questi può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati. E', però, ovvio, che, invece, di fronte alla mediazione disposta ex officio, alle parti non residui altra scelta se non quella di ottemperare al provvedimento del giudice. E' ammissibile, rispetto all'ordinanza di mediazione ex officio, una istanza per l'esercizio dello jus poenitendi, nel senso che la parte può richiedere al giudice di revocare il proprio provvedimento ex art. 177 c.p.c. L'istanza, però, non sospende i termini innessatisi per promozione giudiziale e, dunque, nelle more, le parti sono tenute a rispettare la decisione giudiziale. L'ordinanza, fuori dalle ipotesi di revoca, non è impugnabile.

3.2. La scelta dell'organismo

I lavori parlamentari illustrativi della legge sulla mediazione, spiegavano che l'omessa previsione di un criterio per la scelta dell'Organismo di mediazione si giustificava con la necessità di conservare intatta la matrice squisitamente volontaristica dell'istituto; da qui l'assenza di previsioni che comportassero la “procedimentalizzazione” del rito mediativo. Il decreto del Fare, come noto, ha introdotto invece una norma sulla competenza: ai sensi dell'art. 4 comma III d.lgs 28/2010 (come modificato dalla l. 98/2013) è dotato di *potestats mediandi* «l'organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia». Pertanto, in tutti i casi, le parti devono fare riferimento alla norma di nuovo conio per individuare l'organismo di mediazione. Organismo che non deve giammai essere indicato dal giudice: naufragato il tentativo legislativo in tal senso, l'indicazione del magistrato costituirebbe una ingerenza inopportuna nella selezione della parte “privata o pubblica” che deve offrire il servizio di mediazione.

Il criterio di competenza è previsto ad hoc nella previsione introdotta dalla legge 11 dicembre 2012, n. 220 per le controversie condominiali: l'art. 71-quater disp. att. c.c., infatti, prevede che, nelle controversie in materia di condominio, “la domanda di mediazione deve

⁴ I lavori conclusivi del progetto traggono linfa da una intensa attività dell'Osservatorio e dalla Formazione milanese che si sono snodati attraverso riunioni condivise con la classe forense e seminari di scambio di opinioni, con il coinvolgimento della Dottrina. V. ad es. RIVA CRUGNOLA E., *I laboratori della formazione decentrata. La mediazione obbligatoria: prime questioni processuali - Schema delle questioni ed esito della discussione*, Milano 5 maggio 2011 in www.ca.milano.giustizia.it, sezione “documentazione”, file D_710.pdf. Gli esiti della discussione, in questo caso, sono stati raggiunti mediante un laboratorio a cui hanno partecipato magistrati appartenenti a quasi tutte le sezioni civili del tribunale di Milano nonché ai tribunali di Aosta, Busto Arsizio, Lecco, Monza e Vigevano.

essere presentata, a pena di inammissibilità, presso un organismo di mediazione ubicato nella circoscrizione del tribunale nella quale il condominio è situato”.

3.3. L’adesione all’invito del giudice

Se il giudice dispone la mediazione, la parte che non adempie è sanzionata con la improcedibilità del processo. La Legge, invece, non ricollega alcuna conseguenza al rifiuto dell’invito del Giudice (quando non DISPONE la mediazione ma INVITA tout court a iniziarla) che non può essere colmata né con l’art. 116 comma II c.p.c., né con l’art. 88 c.p.c.; anche perché, oggi, il giudice, se non intende lasciare spazi di decisione ai litiganti, può disporre l’incombente ex officio piuttosto che invitare. Resta ferma, in tutti i casi, la possibilità di applicare l’istituto della responsabilità processuale aggravata ex art. 96, comma III, c.p.c.⁵ Che anche di mediazione possa abusarsi dovrebbe ritenersi pacifico: *di «abuso» può parlarsi in tutti quei casi in cui si verifica un’alterazione della funzione obbiettiva dell’atto rispetto al potere di autonomia che lo configura o perché si registra un’alterazione del fattore causale o perché si realizza una condotta contraria alla buona fede o comunque lesiva della buona fede altrui*⁶. Si pensi al caso del litigante convenuto che solleciti il giudice a disporre ex officio il procedimento mediazione e che una volta ottenuto il provvedimento del Tribunale, non si presenti al tavolo conciliativo ed emerga in modo chiaro come si sia trattato di una *mise en scène* per ottenere una dilatazione dei tempi del procedimento. In queste ipotesi, deve ritenersi che il giudice conservi la facoltà di sanzionare la parte, quale espressione del generale potere di *governance* giudiziale: per il fatto la parte di avere “utilizzato” la mediazione per un fine egoistico e sleale. In altri termini, anche per l’istituto della mediazione debbono valere le regole generali elaborate in tema di abuso dello strumento processuale⁷.

⁵ La natura giuridica dell’istituto resta, allo stato, oggetto di contrastanti opinioni. Gli *obiter dicta* di Corte Costituzionale, ordinanza 31 maggio 2012 n. 138 e Cass. Civ., Sez. I, 30 luglio 2010, n. 17902 attribuiscono alla previsione natura squisitamente “sanzionatoria”, discorrendo di pena pecuniaria. Cass. Civ., sez. VI, 30 novembre 2012 n. 21570 riconduce invece la previsione alla responsabilità aggravata tipizzata dall’art. 96 c.p.c. entro cui inserita la nuova previsione. Una terza soluzione – ad emersione giurisprudenziale – è quella che vede nella condanna ex art. 96 comma III c.p.c. una natura anfibologica: lo Stato sanziona mentre il giudice risarcisce. Anfibologia strutturale da intravedere nella doppia anima dell’istituto: resta un risarcimento (copre un danno “presunto” della parte) ma ha funzione sanzionatoria (il giudice rende la condanna consapevole degli importanti effetti che essa avrà anche “fuori” dal singolo processo e per rimarcare la disapprovazione per l’utilizzo emulativo dello strumento processuale). Sia consentito rinviare, per l’analisi di questa testi a: BUFFONE, *I sistemi omeostatici del processo civile ed il «danno strutturato» nella legge 7 agosto 2012 n. 134: come cambiano le regole del gioco in materia di ragionevole durata del procedimento e Abuso del Processo* in *Resp. Civ. Prev.*, 2012, 6, 1

⁶ ROMANO S., *Scritti minori*, MILANO, 1980

⁷ In questo senso, sono esempi eccellenti le pronunce *Trib. Milano, sez. VIII, ordinanza 13 dicembre 2011* e *Trib. Milano, sez. VIII, ordinanza 13 giugno 2012* (in entrambi i casi est. GALIOTO): nel primo caso si sanziona l’utilizzo in via meramente esplorativa della consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c. e nel secondo caso si reagisce ad una ipotesi dolosamente preordinata di convenuto fittizio (per i testi: www.ilcaso.it). V. anche: *Trib. Reggio Emilia sentenza 18 aprile 2012, n. 712* (est. G. Morlini).

4. MEDIAZIONE E PROPOSTA DEL GIUDICE EX ART. 185-BIS C.P.C.

L'esigenza di una applicazione "virtuosa" delle nuove «dotazioni» dell'ufficio giudiziario è amplificata dall'ulteriore novità introdotta dalla legge 98/2013: la proposta conciliativa/transattiva del giudice.

-

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 motivo di ricusazione o astensione del giudice

L'art. 185-bis c.p.c. ha generalizzato e regolamentato il potere del giudice di offrire alle parti una possibile soluzione della lite di tipo transattivo (mediante reciproche concessioni fotografate in un contratto compositivo della controversia) o conciliativo (con esiti atipici che prescindono dalla veste negoziale e non sono riconducibili al contratto di transazione: es. reciproco abbandono delle domande di cause). Si tratta di una norma di tipo processuale applicabile, dunque, anche alle liti pendenti (Trib. Milano, sez. X, 4 luglio 2013, est. Simonetti) che ha vocazione generale nel senso di riguardare tutte le controversie e, quindi, ad esempio, anche quelle familiari (Trib. Milano, sez. IX, 26 giugno 2013, Pres. Canali). Peraltro, può riguardare anche questioni estranee al processo (Trib. Milano, sez. IX, 14 novembre 2013, Pres. Dell'Arciprete) proprio perché tende a comporre il conflitto e non la singola lite. Da qui il suo contenuto atipico: il giudice non deve solo indurre a "transigere" ma può anche indurre a "conciliare" come accade, ad esempio, *"nel caso in cui, sulla base degli elementi di giudizio, appaia verosimile che il procedimento in corso richiederà una istruttoria sproporzionata, anche per i costi da sostenere, rispetto al reale interesse che le parti hanno posto alla base della controversia"*; in questi casi *"il giudice può formulare una proposta conciliativa nel senso di invitare i litiganti ad abbandonare le reciproche pretese avversarie"* (Trib. Milano, Imprese, 27 novembre 2013, est. Vannicelli).

Ebbene, sin dalle prime applicazioni, non è sfuggita la circolarità virtuosa che può innescarsi nel processo mediante la combinazione della proposta all'invito alla mediazione: il giudice formula una proposta e, per consentire alle parti di farne serio oggetto di riflessione, li rimette dinanzi ai mediatori. Una applicazione virtuosa in questi termini si rintraccia, ad esempio, nel provvedimento della Presidente della sezione specializzata per le imprese, del Tribunale di Milano, Elena Riva Crugnola la quale, con ordinanza dell'11 novembre 2013, ha formulato una proposta e disposto d'ufficio il procedimento di mediazione (Trib. Milano, Imprese, 11 novembre 2013, est. Riva Crugnola). Peraltro, il giudice può anche formulare la proposta e riservarsi di disporre il procedimenti di mediazione successivamente (così la già citata pronuncia del giudice Vannicelli, del 27 novembre 2013).

L'innesto della mediazione in un processo in cui sia nata una proposta del giudice esalta ulteriormente le potenzialità del processo civile di definire il contenzioso in modo «amichevole», con deflazione del carico giudiziario e formazione di provvedimenti molto più stabili. E' chiaro, però, che, in questa circolarità virtuosa, un progetto interno all'ufficio giudiziario può avere il Ruolo di garante di prassi omogenee nell'applicazione degli istituti.

5. ESPERIENZE EUROPEE (CENNI)

La Direttiva europea sulla mediazione (2008/52/CE) ha innescato un meccanismo di adeguamento degli ordinamenti interni, al *diktat* comunitario, particolarmente efficace: tant'è che, nel mese di settembre del 2011, già tutti gli Stati Membri si erano adeguati alla normativa sovranazionale, ad eccezione solo di Austria, Finlandia, Svezia e Repubblica Ceca (v. considerando lett. F della Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali: 2011/2026-INI). Vi è, peraltro, che molti Stati europei hanno profittato dei margini di discrezionalità della Direttiva introducendo benefici e agevolazioni di vario tipo in favore dei litiganti determinatisi nel senso di aderire alla procedura di mediazione: in Bulgaria le parti ricevono un rimborso del 50% dell'imposta statale versata (simile al nostro contributo unificato); in Romania, la tassa giudiziaria è rimborsata in modo integrale se le parti concludono un accordo di conciliazione; in Ungheria l'accordo determina in pari misura uno sgravio del prelievo fiscale; in Grecia e in Slovenia, l'accordo di conciliazione è favorito, sul piano dell'efficacia, in quanto la legislazione prevede e esso possa essere applicato Tribunali; in Stati come i Paesi Bassi, l'Austria e la Germania, gli accordi di mediazione acquisiscono un carattere esecutivo modellato sulla falsa riga della disciplina degli atti notarili.

Un estremo favore è riservato dagli Stati europei alla mediazione demandata dal giudice o comunque al modello di procedura mediativa in cui si registra l'intervento del giudice (cd. *Judicial mediation*): in questi casi, in genere, la valutazione del magistrato si focalizza attorno all'idea che l'accordo amichevole garantirebbe ad entrambi i litiganti la possibilità di risultati maggiormente soddisfacenti. Quanto, in modo specifico, alla *Court Annexed mediation*, essa è largamente diffusa come modello europeo virtuoso. I Paesi in cui è presente una procedura del genere sono: Belgio, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Germania, Grecia, Ungheria, Irlanda, Lituania, Lussemburgo, Malta, Monaco, Paesi Bassi, Norvegia, Romania, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Regno Unito. L'importanza dei sistemi alternativi di risoluzione delle liti si apprezza anche mediante lo sfoglio del rapporto della CEPEJ (Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa) per l'anno 2012, in cui ai suddetti meccanismi è riservato addirittura un apposito capitolo: il VI (pagg. 130 e ss.)⁸.

6. VERSO UN MODELLO DI «GIUDICE VIRTUOSO»

La mediazione, che sia su invito del giudice o disposta dal giudice – presuppone, ovviamente, il sollecito del magistrato, così come anche la proposta presuppone che il magistrato «proponga». Il Legislatore, in un generale clima di sfiducia verso il processo civile italiano, tende ad offrire al magistrato nuovi strumenti per accelerare la definizione della lite o quanto meno, provare a gestire il contenzioso in modo più efficiente ed efficace. Si va delineando un modello “virtuoso” di giudice che interviene nel processo, dialoga con le parti, tiene ferme le redini della procedura; un giudice che conosce bene gli atti, al punto da capire quando una mediazione può essere utile; quando una proposta può essere dirimente. Certo questo modello di giudice virtuoso coinvolge i suoi interlocutori nei meccanismi di risoluzione virtuosa della lite. In particolare quando dispone il procedimento di mediazione. L'ordinanza di mediazione ex officio, pertanto, dovrebbe essere: 1) motivata; ovviamente anche in modo sintetico, per consentire alle parti prima e ai mediatori dopo di cogliere quegli elementi valutati dal giudice come «indici rivelatori» di possibili *chances* di conciliazione o dell'opportunità del percorso di mediazione; 2) contestualizzata; nel senso di essere calibrata sulla specifica *res litigiosa* sottoposta a giudizio, in modo da non apparire

⁸ Il rapporto può essere liberamente prelevato dal seguente link:
http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf.

come eccessivamente astratta e formale; 3) ragionata; nel senso di dovere dare prevalenza a quei casi in cui effettivamente la letteratura o l'esperienza di settore consigliano la pratica della mediazione (v. ad esempio, la casistica selezionata dal progetto Mediazione dell'Osservatorio milanese).

Il provvedimento del giudice può produrre effetti di favore per la controversia anche oltre l'epilogo sperato e fisiologico ovvero la conciliazione: potrebbe realizzarsi, ad esempio, una composizione parziale della lite dal punto di vista oggettivo o soggettivo; potrebbe ottenersi una agevolazione della fase probatoria (dove, ad esempio, le parti abbiano concluso la fase mediativa senza esito conciliativo ma si siano determinate nel senso di produrre in giudizio – entro i termini ovviamente - alcuni esiti dello stesso: es. un elaborato peritale); può, comunque, ottenersi un affievolimento del fattore emotivo che anima e mette in moto il conflitto così potendosi pervenire ad un clima processuale che accelera la definizione giudiziale. Da questo punto di vista, in effetti, è come se il lavoro profuso per la composizione della controversia venisse suddiviso in piccoli lavori, tutti utili verso l'obiettivo finale di rimuovere il conflitto. E ciò non appaia di poco conto: come noto, *qualcuno* ha detto che «nessuna cosa è difficile se la dividi in piccoli lavori» (Henry Ford). Certo occorre avere un atteggiamento di favore verso la novità e la riforma. E, in questo, talvolta, si incontrano le più solide resistenti, capaci di sgretolare, per via interpretativa, un possibile mutamento culturale oltre che processuale. Sia consentito ricordare che, secondo il Giurista, «la sorda resistenza alle riforme è più pericolosa di un'aperta ribellione» (Calamandrei).